

MESTRADO EM DIREITO



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

Câmara Editorial – CED
Ministério Público Federal

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

Nelson Lacava Filho
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

MESTRADO EM DIREITO

Claudia Regina Lovato Franco

Brasília-DF
2017



série pós-graduação
volume 5 - tomo 1

Série Pós-Graduação

MESTRADO EM DIREITO

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

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação de originais e revisão de provas

Bárbara Seixas Arreguy Pimentel, Carolina Soares dos Santos

Projeto gráfico

Rossele Silveira Curado

Capa

Artur Dias Rocha, Rossele Silveira Curado

Diagramação

Sheylise Rhoden

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

M586 Mestrado em Direito / Claudia Regina Lovato Franco ...
[et al.]. – Brasília : ESMPU, 2017.
5 t. – (Série Pós-graduação ; v. 5)

ISBN 978-85-9527-010-7 (t. 1)

ISBN 978-85-9527-011-4 (t. 2)

ISBN 978-85-9527-012-1 (t. 3)

ISBN 978-85-9527-013-8 (t. 4)

ISBN 978-85-9527-018-3 (t. 5)

1. Valor social do trabalho. 2. Dumping social.
3. Responsabilidade civil ambiental. 4. Dano ambiental. 5. Aculturação.
6. Direitos indígenas. 7. Termo de ajustamento de conduta. 8. Polícia
judiciária militar – controle. 9. Segurança pública. I. Claudia Regina
Lovato Franco. II. Série. III. Título.

CDD 341.5

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-014-5

MESTRADO EM DIREITO

TOMO 1

**O valor social do trabalho
e o *dumping* social**

Claudia Regina Lovato Franco

*Para Rafaela e Rebecca, minhas filhas
queridas, motivação para meus desafios.*

*Para Claudio, meu amado marido, que me
acompanha e me incentiva em cada passo de
minha vida há mais de trinta anos.*

*Para meu pai, Roberto, e minha querida
mãezinha, Cida, que sempre aplaudiram
minhas glórias e que em momentos de derrota
me ensinaram a recomeçar...*

Agradecimentos

À professora orientadora doutora Leila Maria Da Juda Bijos, pela atenção a mim dedicada.

Aos membros das Bancas de Qualificação e de Defesa, professores doutores José Eduardo Sabo Paes, Maurin Almeida Falcão e Ricardo José Macedo de Britto Pereira, pelas valiosas observações.

Aos colegas de Ministério Público do Trabalho Roberto Rangel Marcondes, Tatiana Leal Bivar Simonetti, Patrícia Blanc Gaidex por me auxiliarem com ideias, proposições e revisões dessa dissertação.

A minhas filhas, Rafaela e Rebecca, e ao meu marido, Claudio, que me auxiliaram com traduções de textos, ideias e inestimável apoio de tecnologia da informação, que me atenderam em todos os reclamos e com as providências para que eu pudesse me ausentar do lar em todos os momentos das aulas e das orientações, durante os dois anos do curso, sem os quais jamais teria conseguido realizar esse intento.

Aos professores Júlio César de Aguiar e Benjamin Miranda Tabak, por me introduzirem aos estudos de análises econômica e comportamental do Direito.

Aos professores, funcionários e colegas do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília, especialmente aos Membros do Ministério Público da União.

Às queridas amigas e colegas de Ministério Público da União Lia de Souza Siqueira, Cibele Benevides Guedes da Fonseca e Carmem Elisa Hessel, guerreiras e modelos de atuação ministerial, que juntas construímos um laço forte de amizade com carinho e cooperação mútua.

Aos meus colegas de Ministério Público do Trabalho em São Paulo, que me substituíram em minhas ausências para elaboração desse trabalho e, especialmente, ao Procurador-Chefe, Erich Vinícius Schramm, que anuiu ao meu pedido de licença para conclusão da Dissertação de Mestrado.

Aos Membros integrantes do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, especialmente à Conselheira Relatora de meu

pleito de licença para afastamento de elaboração e defesa da Dissertação, Subprocuradora-Geral do Trabalho Dra. Sandra Lia Simón, e ao Procurador-Geral do Trabalho, Conselheiro Presidente, Dr. Ronaldo Curado Fleury, que, juntamente com todos os Conselheiros, diligentemente providenciaram e autorizaram a licença.

Aos servidores da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região Vinícius Mota de Jesus, Marcelo Corigliano Grimaldi, Pauline das Virgens Oliveira Silva, Emanuella Crozatti de Paula, Maria Regina Chiquetto da Silva, Joyce Angélica Freire Messa, e ao estagiário Matheus Caetano Tocantins, que em muito contribuíram com pesquisas sobre temas e jurisprudências dessa dissertação e busca de bibliografia especializada.

À amiga e colega de graduação Maria Zuleika Andrade Mendonça de Almeida Arvati, que com sua generosidade e diligência possibilitou-me apresentar, tempestivamente, à Comissão Examinadora, os documentos necessários para concorrer às provas de ingresso ao Curso de Mestrado da UCB.

À Escola Superior do Ministério Público da União, nas pessoas do Diretor e colega Carlos Henrique Martins Lima, por possibilitar ao Ministério Público da União o Convênio do Curso de Mestrado com a Universidade Católica de Brasília, promover a capacitação de Membros e especialmente por acreditar e me incentivar a prestar as provas de ingresso, e da colega Renata Coelho Vieira, que sempre atendeu minhas demandas com especial presteza.

*As coisas têm utilidade,
os seres humanos têm dignidade.*

Immanuel Kant

Abreviaturas

AAD - Acordo *Antidumping*

ACP - Ação Civil Pública

AED - Análise Econômica do Direito

ALCA - Área de Livre Comércio das Américas

ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas

ANTD - Agenda Nacional de Trabalho Decente

BENELUX - Bloco econômico formado por Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo

CAMI - Central de Atendimento ao Migrante

CAMPI - Centro de Apoio e Pastoral do Migrante

CCB - Código Civil Brasileiro

CECA - Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEEA - Comunidade Europeia de Energia Atômica

CFRB - Constituição da República Federativa do Brasil

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas

CNV - Comissão Nacional da Verdade

CONATE - Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo

CP - Código Penal

CPT - Comissão Pastoral da Terra

CTN - Corporações Transnacionais

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

EBES - Estados de Bem-Estar Social

EMN - Empresas Multinacionais e Política Social

EUA - Estados Unidos da América

FMI - Fundo Monetário Internacional

GATT - General Agreement on Tariffs and Trade
(Acordo Geral de Tarifas e Comércio)

GEFM - Grupo Especial de Fiscalização Móvel

I PNETP - I Plano Nacional de Enfrentamento
ao Tráfico de Pessoas

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IRDR - Índice de Resolução de Demandas Repetitivas

MTE - Ministério do Trabalho e Emprego

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

MPT - Ministério Público do Trabalho

NAFTA - North American Free Trade Agreement
(Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)

OCDE - Organização para Cooperação e
Desenvolvimento Econômico

ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

OIT - Organização Internacional do Trabalho

OMC - Organização Mundial do Comércio

ONU - Organização das Nações Unidas

OPEP - Organização dos Países Exportadores de Petróleo

PGT - Procuradoria-Geral do Trabalho

PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,
Sociais e Culturais

SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos

STF - Supremo Tribunal Federal

TAC - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta

TST - Tribunal Superior do Trabalho

UE - União Europeia

UNASUL - União de Nações Sul-Americanas

UNODC - Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

Sumário

Apresentação	21
A autora e a obra	25
Prefácio	27
Introdução	29
Capítulo 1 - Análise das transformações do trabalho	33
1.1 Origens políticas e econômicas até 1800. A Armadilha Malthusiana	33
1.2 A vida econômica a partir do século XIX	34
1.3 As grandes transformações do século XX: a Revolução Industrial	35
1.3.1 Século XXI e as questões econômico-laborais	41
1.3.2 A formação da economia capitalista de mercado	44
1.4 A influência do poder político e os processos de integração	50
1.4.1 Insuficiências teóricas das análises especializadas dos processos econômicos	57
1.4.2 A sociedade em rede	59
Capítulo 2 - Os desafios do desenvolvimento econômico sustentável	61
2.1 Dignidade da pessoa humana	61
2.2 Os direitos humanos	64
2.3 Conceitos de direitos humanos	64
2.4 Precedentes históricos que deflagraram o processo de internacionalização dos direitos humanos	67

2.4.1 Os direitos humanos no Brasil	68
2.5 Direitos humanos e o desenvolvimento econômico sustentável	69
2.5.1 Cidadania: noções	72
2.5.2 Os direitos humanos dos trabalhadores	72
2.6 Violações aos direitos humanos: o tráfico de pessoas	77
Capítulo 3 - As práticas predatórias neoliberalistas, o <i>dumping</i> e o valor social do trabalho	85
3.1 A ética liberal do mercado e a inobservância dos direitos humanos: os reflexos nos contratos de trabalho	86
3.2 O valor social do trabalho e a função social da empresa	89
3.3 Concorrência desleal	96
3.4 <i>Dumping</i>	102
3.4.1 <i>Dumping</i> : conceito	103
3.4.2 Modalidades de <i>dumping</i>	105
3.4.2.1 <i>Dumping</i> econômico	106
3.4.2.2 <i>Dumping</i> social	107
3.4.3 O <i>dumping</i> social e as condenações judiciais	109
3.4.4 Dano moral coletivo e as condenações indenizáveis em <i>punitive damage</i> e <i>dumping</i> social	114
Capítulo 4 - O novo Direito do Trabalho e a exclusão dos trabalhadores no mundo globalizado	121
4.1 Trabalho em condições indignas e o trabalho decente	123
4.2 Condições análogas às de escravo e o trabalho escravo contemporâneo	125
4.3 O trabalho em cadeias	128

4.3.1 Trabalho em cadeias de produção (<i>sweating system</i>) e as oficinas de costura. O trabalho degradante	128
4.4 Trabalho decente e o trabalho digno	133
4.4.1 A dicotomia do trabalho decente e o trabalho digno	133
4.4.2 O debate paradoxal: as diretrizes de trabalho decente e o desenvolvimento econômico	135
Capítulo 5 - A atuação do Ministério Público do Trabalho: o combate ao <i>dumping</i> e a responsabilização dos infratores	139
5.1 O combate ao <i>dumping</i> social	139
5.2 Medidas internacionais <i>antidumping</i>	141
5.2.1 Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas no combate ao <i>dumping</i>	141
5.2.2 O Programa Better Work da Organização Internacional do Trabalho	142
5.2.3 Medidas <i>antidumping</i> de ação futura	143
5.2.4 As medidas no Brasil	143
5.3 Estudos de casos	149
5.3.1 XYZW (empresa sob sigilo, nome fictício XYZW)	150
5.3.2 Caso Zara	151
5.3.3 Caso Gregory	153
5.3.4 Caso Le Lis Blanc	154
5.3.5 Caso M. Officer	156
5.4 A nova cultura dos precedentes na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro e os reflexos na seara laboral	158
5.4.1 A aplicação no processo trabalhista	158
5.4.2 A avaliação da efetividade da atuação dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário	160

5.4.3 Propostas para atuação do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário Federal do Trabalho	162
Considerações finais	169
Referências	175

Apresentação

A integração da visão prática de membros do Ministério Público da União (MPU) com a produção acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB) permitiu o desenvolvimento de relevantes pesquisas acerca de temas que irão contribuir de forma significativa para a atuação dos profissionais ligados ao universo jurídico. Desde o ingresso da primeira turma (até o momento temos quatro, sendo uma concluída), já se vislumbrava a contribuição significativa que essa parceria poderia trazer tanto para o Mestrado em Direito da UCB quanto para a comunidade científica e a sociedade brasileira.

O interesse pela pesquisa e o estudo de temas gerais do campo do direito público logo conduziram os discentes do MPU à diligência pela publicação de artigos como parte de suas atividades acadêmicas. Neste espaço vamos apresentar a quinta publicação desta série de edições da linha de pesquisa que visa ao estudo sobre o exercício do Ministério Público.

Esta publicação da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) reúne ensaios que discutem diversos aspectos da interface da práxis do Ministério Público com temas transversais do ordenamento social sob o mérito da análise e da interpretação jurídica possíveis. Temas como direito ambiental, valor social do trabalho, direito indígena, ação da polícia judiciária militar e a avaliação da eficácia dos termos de ajuste de conduta (TACs) compõem esta quinta publicação dos alunos do Mestrado em Direito da UCB que atuam junto ao MPU.

Dando continuidade às reflexões oriundas da produção acadêmica dos discentes, com esta edição a ESMPU vem oferecer aos brasileiros alguns ensaios jurídicos com o propósito de interpretar e ampliar o sentido da ação do MPU em relação aos mais diferentes temas da sociedade.

Uma análise do valor social do trabalho e o “*dumping social*” é o tema do livro de Claudia Regina Lovato Franco. Em seu texto, a autora situa historicamente o valor social do trabalho em sua conceituação desde o período do desenvolvimento industrial até a era da competitividade dos mercados. Destaca o fenômeno do “*dumping social*” como

resultado do desequilíbrio econômico-social desse processo histórico. Em seguida, avalia os resultados da atuação do sistema de justiça trabalhista para calcular as penalidades resultantes do dano moral coletivo inscritas nos termos de ajustamento de conduta e nas decisões judiciais. Com isso, demonstra metodologias de desestímulo de práticas ilícitas por parte de empresários e conclui, de forma otimista, pela melhoria das condições de vida dos trabalhadores brasileiros como consequência da valorização social do trabalho.

Felipe da Silva Müller trata do impacto das decisões judiciais reparatórias na indução de comportamentos ambientalmente preventivos. Seu tema é a responsabilidade civil ambiental. Nessa perspectiva, correlaciona a aplicação, por parte de juízes, do cumprimento de certas medidas judiciais com o sucesso no resultado de práticas ambientais preventivas via responsabilidade civil. Tais medidas judiciais são descritas de forma exemplar, como a recuperação integral do dano causado, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e a publicização de decisões proferidas. Conclui que a responsabilização civil, para ser preventivamente eficiente, deve promover a aversão à perda, presente nas pessoas, com o fim de motivar a tomada de decisões ambientalmente benéficas em situações de risco.

O ensaio de Carlos Humberto Prola Júnior delinea a trajetória de construção dos direitos do Povo Kaingang da região Oeste do Estado de Santa Catarina. Para esse propósito, remonta ao período de consolidação da ocupação do Oeste catarinense, com o início de um novo movimento colonizador da região, o qual irá trazer sucessivas investidas sobre o território do povo Kaingang. Segundo o autor, inicia-se nos anos 1970, no Oeste catarinense, uma interessante articulação de demandas por direitos indígenas perante os órgãos estatais, concomitantemente ao movimento de retomada de suas terras nativas. Esse processo, de acordo com a pesquisa, irá culminar com a discussão e consolidação de políticas públicas para o povo Kaingang, desde a demanda pelo exercício da jurisdição especificamente indígena, até a reivindicação por educação escolar indígena, entre outras.

Illan Fonseca de Souza oferece aos leitores seu ensaio sobre uma análise empírica da efetividade dos termos de ajuste de conduta fir-

mados pelo Ministério Público do Trabalho. Logo de início, chama a atenção para o fato de que sua pesquisa quer mesmo saber se os chamados termos de ajuste de conduta, instrumentos utilizados pelo Ministério Público, estão sendo cumpridos. Para esse fim, foram realizadas pesquisas empíricas junto às Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª Regiões do Estado de São Paulo. Acaba por concluir pela fragilidade do desempenho atual dos TACs no sucesso em alcançar seus objetivos precípuos, e também pela constatação de padrão de recalcitrância dos empregadores frente aos ajustes de conduta.

Antônio Duarte encerra o volume trazendo à discussão o tema do controle externo da atividade da polícia em geral e, de modo destacado, o da Polícia Judiciária Militar. Salienta a definição de sistema de justiça militar segundo a Carta Magna de 1988 para a aplicação de normas relacionadas ao ordenamento penal militar. A seguir, traz à discussão o padrão de Polícia Judiciária Militar constituído no Brasil, destacando, sobretudo, suas deficiências, ao mesmo tempo em que aponta para a necessidade de sua readequação à realidade nacional. Conclui, por fim, com um elenco de propostas para a melhoria da atividade de Polícia Judiciária Militar, entre as quais a sua institucionalização.

Ao compartilhar esta publicação com a academia e a sociedade brasileira, esperamos nós, dirigentes de instituições de educação, contribuir para o processo continuado de debate entre educadores e a sociedade civil organizada ligada ao mundo jurídico, bem como para a mobilização de agentes públicos na perspectiva da melhoria dos métodos e processos judiciais em prática no Brasil.

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior
do Ministério Público da União

Gilberto Garcia
Reitor da Universidade
Católica de Brasília

A autora e a obra

Com muita alegria, recebi o convite para apresentar o livro de Claudia Regina Lovato Franco intitulado “O valor social do trabalho e o *dumping* social”, fruto de dissertação que rendeu à autora o título de Mestre e em cuja banca tive a honra de participar.

Claudia possui vasta experiência em sua atuação profissional no Ministério Público do Trabalho, na Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, em São Paulo, onde se vive com grande intensidade o dia a dia das relações trabalhistas. Como Procuradora do Trabalho, cumpre-lhe manejar os mecanismos de tutela previstos no ordenamento jurídico, para resguardar os direitos sociais trabalhistas previstos na Constituição e nas leis.

Referida vivência levou a autora a abordar, em sua dissertação, os problemas atuais do campo trabalhista a partir de uma visão macro, pela qual são analisadas as profundas transformações na ordem econômica mundial e a necessidade de se preservarem os padrões que asseguram a prestação de trabalho digno na sociedade.

O livro trata dos efeitos perversos do sistema produtivo na atualidade sobre as relações de trabalho e do desafio de assegurar o valor do trabalho constitucionalmente protegido. Embora mudanças venham ocorrendo na maior parte dos países, evidencia-se o intuito de favorecer com elas a flexibilização ou eliminação do modelo de trabalho protegido.

As cadeias produtivas no ramo de confecção apresentam-se como o exemplo que bem retrata essa contradição. Numa ponta, a marca, com todo o seu apelo propagandístico, espelha a realização do desejo de pessoas bem-sucedidas ao adquirir determinados bens, enquanto, na outra ponta, há a identificação de trabalho em condições análogas à de escravo por trás da produção de algumas das mais famosas grifes. Isso bem retrata a exploração e a degradação que podem integrar esse processo de produção direcionado a pessoas com maior poder aquisitivo.

A autora é categórica ao repudiar ganhos econômicos que não levem em conta um modelo de desenvolvimento sustentável. Este só pode ser alcançado mediante o respeito à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho.

Sob o ponto de vista econômico e social, a figura do *dumping* apresenta-se na contramão desse modelo de desenvolvimento sustentável. A reação do Judiciário trabalhista a essa prática vem-se mostrando bastante efetiva, uma vez que se volta não apenas para o caráter repressivo, mas também para o pedagógico-preventivo. A atuação do Ministério Público do Trabalho é essencial para alcançar esse resultado no Judiciário, ao lado da resolução de inúmeras violações mediante mecanismos extrajudiciais.

Por fim, a obra lança uma proposta de atuação do Ministério Público do Trabalho e do Judiciário trabalhista no atual contexto de reformas legislativas do processo civil, em que foi implantado em nosso ordenamento um regime de precedentes vinculantes, cuja força até então era restrita a alguns pronunciamentos judiciais.

O leitor tem à sua disposição um trabalho bastante abrangente, que espelha o dinamismo e a complexidade da sociedade atual e busca dar respostas a variadas violações ao ordenamento jurídico trabalhista, em especial as que afrontam a dignidade da pessoa humana no intuito de acumular e concentrar riquezas.

O mestrado, realizado em convênio entre a Escola Superior do Ministério Público da União e a Universidade Católica de Brasília, vem-se destacando pela formação de um quadro de mestres de alta qualificação, o que tem impactado de forma extremamente positiva a atuação do Ministério Público como um todo, e do Ministério Público do Trabalho em especial.

Tenho certeza de que com sua obra, que é o coroamento do curso de mestrado ao qual se dedicou com todo o afinco, Claudia reúne renovada disposição e instrumentos mais requintados para atuar no Ministério Público do Trabalho e inspirar todos aqueles que operam em prol da inclusão pelo trabalho.

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

Subprocurador-Geral do Trabalho

Prefácio

Aqueles que acompanham a trajetória de Claudia Regina Lovato Franco, em etapas dos processos de seleção para o Ministério Público do Trabalho ou para o programa de Mestrado, na Universidade Católica de Brasília, mal podem imaginar que, por trás de seu invejável bom humor e de sua amabilidade, se escondam tantos raciocínios astutos, que agora podem ser comprovados com a publicação de sua dissertação.

A autora desde cedo demonstrou saber muito bem o que queria com sua pesquisa e com seus estudos a respeito do aviltamento da condição humana verificado em certos círculos econômicos.

Tomando por base os procedimentos investigativos deflagrados pelas autoridades em torno da indústria do vestuário paulista, sua pesquisa conseguiu alinhar os grandes temas contemporâneos dos direitos fundamentais da pessoa humana à urgência do resgate daqueles envolvidos em ciclos produtivos penosos, em meio à complexa legislação brasileira sobre o tema.

O livro trafega com grande naturalidade por assuntos áridos, como o trabalho em cadeias produtivas, a agenda do trabalho decente – ou suficiente – proposta pela Organização Internacional do Trabalho, a tensão histórica responsável pela afirmação dogmática do direito do trabalho e a sistematização da jurisprudência correlata.

Esse debate em profundidade somente é encontrado em livros de grande envergadura, porque, no mais das vezes, adota-se o lugar-comum de dizer que todos são livres para contratar e serem contratados, como se todos os trabalhadores fossem soberanos e autossuficientes.

Nota-se, também, uma rara felicidade na presente publicação quando explica que nem todos os compromissos de ajustes de conduta – expressão conhecida dos procuradores do trabalho, mas que ela utiliza após uma série de explicações eruditas – e nem todas as decisões judiciais podem ser consideradas iguais ou eficazes no combate à degradação do ser humano, havendo expressivas distinções entre as cláusulas penais, as tutelas inibitórias e os compromissos a serem firmados por todos os elos da cadeia produtiva.

Tudo isso justifica a expressão utilizada pela autora no sentido da indispensabilidade do fomento aos “mecanismos de desestímulo das práticas deletérias e ilícitas dos empresários, aspiração à melhoria das condições de vida da coletividade dos trabalhadores brasileiros e oportunidade à valorização social do trabalho”.

Aumenta o interesse da leitura a experiência norte-americana, recontada em detalhes pela autora, particularmente no que diz respeito aos temas complexos do regime de indenizações conhecido por *punitive damages*.

Peca o legislador brasileiro ao efetuar as reformas legislativas necessárias ao combate ao trabalho degradante de modo pontual e disperso, embaralhando os pensamentos e mesclando as hipóteses. No senso comum, isso dificultaria a pesquisa. Mas não para Claudia Franco.

Conceitos bem delineados sobre direitos humanos, dignidade do ser humano, cidadania e, sobretudo, internacionalização dos direitos fundamentais são também pontos de destaque na presente obra. Nesse contexto, a seção dedicada ao estudo sobre tráfico de pessoas é das mais contundentes.

É seguro que o leitor ficará com o gosto do querer mais, na expectativa de novas publicações de Claudia Franco, que não pode nos privar de compartilhar suas perspectivas sobre as relações trabalhistas.

São Paulo, outono de 2017.

Homero Batista Mateus da Silva

Professor do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, e Juiz titular da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo.

Introdução

A pesquisa traz reflexões a respeito das atividades econômicas com práticas – exacerbadas e inadequadas – de gerenciamento de pessoas exercidas por empresários, com simples e deliberado propósito de obtenção de mais-valia. O resultado de tais práticas é a dilapidação da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

O trabalho aborda, de modo crítico, os principais pontos do desenvolvimento econômico da sociedade e do desenvolvimento sustentável, com ênfase especial nas questões laborais.

Apresenta-se um panorama, em contexto histórico, do valor social do trabalho, no transcorrer dos séculos, notadamente para o desequilíbrio econômico-social que originou o *dumping* social e repercutiu no Direito Internacional Econômico.

Este estudo analisa as inovações tecnológicas de um mundo novo, saindo da fase da manufatura para a industrialização e produção de peças em escalas. Essa mudança de fase transforma sensivelmente o modo do trabalho e a vida dos trabalhadores, que passaram a ser explorados e espoliados.

A pesquisa expõe, em particular, as circunstâncias que culminaram no desenvolvimento industrial e na competitividade dos mercados, para embasar as hipóteses formuladas. Com tais premissas, parte-se do princípio de que as empresas agem com escopo de lucratividade e a justificam informando que o fazem devido às exigências do mercado, o que trará luz ao tema, mostrando na íntegra como as empresas convivem com o ordenamento jurídico.

O estado da arte ou estado de conhecimento é estudado com base em pesquisas bibliográficas relacionadas ao tema e que se incorporam na análise da atual crise econômica financeira que assola os países desenvolvidos e em desenvolvimento. O macrossistema de produção das empresas é analisado pelo Direito Econômico.

A pesquisa em apreço estuda as mudanças da economia de mercado, a internacionalização das relações econômicas, assim como a influência do poder político na vida dos cidadãos trabalhadores.

A delimitação do marco temporal se assenta na Revolução Industrial até os tempos atuais. Para analisar a exploração dos trabalhadores, o *dumping* social, também se faz necessário destacar os anos que antecederam o período industrial. Isso é necessário para embasar os estudos e demonstrar que o homem sempre foi e continua sendo explorado, na proporção direta de suas necessidades básicas de vida.

A pesquisa se debruça sobre a análise das teorias do bem-estar social, amplamente definido, em que não se limita o bem-estar social à seara econômica, assim como as teorias da nova economia do bem-estar, do liberalismo igualitário e da diminuição das diferenças regionais.

O *Capítulo 1* analisa as transformações do trabalho, partindo-se das origens políticas e econômicas, até 1800. Destaque especial é dado à Armadilha Malthusiana e, em seguida, analisa a vida econômica a partir do século XIX, perpassando pelas grandes transformações do século XX. Aborda a revolução industrial e a não qualificação dos trabalhadores. Trata dos fatos econômicos relevantes do século XXI, do capitalismo e da legalidade. Verifica como ocorre a formação da economia capitalista de mercado, sob a ordem das várias facetas das políticas econômicas: liberalismo, neoliberalismo e globalização. Mostra a influência do poder político e os processos de integração, analisa os processos econômicos especializados e a sociedade em rede.

O *Capítulo 2* pesquisa os reflexos do desenvolvimento econômico nos contratos de trabalho, abordando a internacionalização dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Relaciona o desenvolvimento econômico e sustentável com a observância dos direitos humanos. Explica o tráfico de seres humanos, apontando as questões das migrações e as violações dos direitos humanos.

O *Capítulo 3* aborda a ética liberal do mercado, o valor social do trabalho em face da função social da empresa e a inobservância dos direitos humanos, especificamente no que toca às questões relacionadas ao *dumping* social. Nesse intuito, apresenta as modalidades de *dumping* econômico – esporádico, predatório, defensivo e social –, relacionando-o com a livre concorrência, aduz sobre o dano moral coletivo e as condenações indenizáveis em *punitive damages* e *dumping* social.

O *Capítulo 4* trata das questões relacionadas ao novo direito do trabalho, abordando as nefastas ações desenvolvimentistas do mundo globalizado no trato com a dignidade humana do trabalhador. Além disso, versa a respeito da dicotomia do trabalho digno e do trabalho decente, reflete sobre o trabalho escravo contemporâneo e as condições análogas às de escravo, revelando o trabalho em cadeias de produção (*sweating system*) das oficinas de costura e o trabalho degradante nelas encontrado. Isso traz o relevante debate paradoxal que se infere das diretrizes do trabalho decente e do desenvolvimento econômico da modernidade.

O *Capítulo 5* é o ponto fulcral dessa pesquisa. Analisa o desempenho das atividades dos membros do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário em busca de práticas trabalhistas na defesa dos direitos dos trabalhadores, com base em estudo de casos de exploração no ramo da confecção têxtil. Aborda o dano moral e o cálculo do seu montante para fins de condenação e reparação de direitos difusos e coletivos de trabalhadores e a responsabilização dos infratores. Cuida dos riscos e do desestímulo das práticas de ações inconstitucionais e ilegais, vislumbrando-se a quebra do apoio indireto do sistema e do Estado. Da análise, sugere propostas de atuação ministerial, mormente no que concerne ao cálculo do montante das indenizações para o caso de cometimento de ilícitos laborais, aplicando-se a novel sistemática processual civil dos precedentes decisórios, a Teoria da Racionalidade e os instrumentos extraídos da disciplina Análise Econômica do Direito, jungidos aos parâmetros obtidos dos dispositivos estatuídos na Lei n. 12.529, de 2011.

Para ao final concluir a respeito das relações laborais, das transformações econômicas mundiais e da vida do trabalhador inserido nos processos econômicos. O objetivo da análise é promover discussões e sugerir propostas de atuação que sirvam de subsídios úteis aos especialistas do direito, mormente aos membros do Ministério Público do Trabalho, do Poder Judiciário Trabalhista, aos operadores do direito, bem como aos profissionais das Ciências Sociais e a todos os atores sociais do mundo do trabalho, para formulação de políticas públicas que vislumbrem combater o *dumping* social ou mesmo para que se promovam medidas *antidumping*.

Capítulo 1 - Análise das transformações do trabalho

1.1 Origens políticas e econômicas até 1800.

A Armadilha Malthusiana

Antes de 1800, seguia-se um modelo simples da lógica econômica de todas as sociedades, baseado na taxa de crescimento do progresso tecnológico diretamente relacionado ao crescimento populacional, como nos ensina Clark (2008). Nesse modelo, de acordo com o autor, a economia dos seres humanos revela não ser mais do que a economia *natural* de todas as espécies animais, com os mesmos tipos de fatores a determinarem as condições de vida de animais e seres humanos.

O ponto de vista de Clark (2008) sobre a Armadilha Malthusiana nos leva à condição da ideia que subjaz do modelo de Thomas Robert Malthus que, em 1789, no *Ensaio sobre o Princípio da População*, deu os primeiros passos para compreensão da lógica dessa economia, que se remete com propriedade aos tempos atuais.

Ressalte-se que o modelo de Malthus se refere a fatores naturais como clima, doenças, recursos naturais, tecnologia e também fecundidade. Tais fatores definem e moldam os níveis de vida material.

As leis econômicas que direcionam a sociedade humana da época são aquelas das sociedades da humanidade e dos animais, sujeitam-se à seleção natural durante toda a era malthusiana e não terminam com a Revolução Neolítica, mas persistem até a Revolução Industrial.

E ainda, Clark (2008), na mesma obra citada anteriormente, relaciona o êxito econômico com o êxito reprodutivo. À época, quanto mais abastados eram os homens, maior o número de filhos, uma vez que sobreviviam à morte duas vezes mais que os pobres. Esses sobreviviam porque tinham mais dinheiro para comprar alimentos e porque possuíam modo de vida salubre.

Em suma, as diferenças de energia social nas sociedades sempre existiram, verificam-se nas variações de densidade populacional dos mecanismos malthusianos.

1.2 A vida econômica a partir do século XIX

No colapso do sistema internacional, de acordo com Clark (2008), verifica-se que no jogo de equilíbrio de poder não se pode assegurar a paz; está fracassada a economia mundial sobre a qual essa paz repousa. Salienta que o século XIX produz um fenômeno sem precedentes e, nos anais da civilização ocidental, a paz durou cem anos, de 1815 a 1914.

Enfatize-se que, após 1815, a repercussão da Revolução Francesa reforça o cenário da Revolução Industrial, em que se estabelecem os negócios pacíficos, como um interesse universal. Aqueles que apoiam o novo “interesse pela paz”, afiança Polany (2000), são os que dela se beneficiavam. São as dinastias feudalistas, cujas posições patrimoniais são ameaçadas pela onda revolucionária de patriotismo, que invade o continente, onde a paz se revela um subproduto bem-vindo do sistema de equilíbrio de poder.

Dentro desse interstício plástico de paz mundial, surgem as duas grandes teorias para explicar o capitalismo (CATANI, 2011), a corrente histórica de Karl Marx e a corrente culturalista de Max Weber.

A corrente histórica de Marx explica o conceito de capitalismo como um determinado modo de produção de mercadorias, que se desenvolve desde o início da Idade Moderna, com maior ênfase no processo de produção industrial inglês, o qual denominou Revolução Industrial. O processo de produção é o modo pelo qual se utilizam os meios de produção apropriados, como as relações que se estabelecem entre os homens a partir de suas ligações com esse processo.

Informa Netto (2009) que o capitalismo não é apenas um sistema de produção de mercadorias, mas também um determinado sistema em que a força de trabalho é transformada em mercadoria, colocada como qualquer objeto de troca no mercado. De modo que é necessária a concentração da propriedade dos meios de produção de mercadorias em apenas uma classe social; e, também, é necessária a presença de outra classe, para a qual se venda a força de trabalho, e, mais, que tal seja o único meio de se obter a subsistência.

Já a corrente culturalista, de Max Weber (KRONMAN, 2009), explica o capitalismo por meio de fatores externos à economia, ou seja,

ele se constitui a partir da herança de um modo de pensar as relações sociais capitaneadas pelo movimento da Reforma na Europa, como os movimentos de protestantismo e calvinismo, de Lutero e Calvino.

Essa corrente explica o capitalismo como a valorização do trabalho, a prática de uma profissão com o escopo de se obter a salvação individual; de modo que a criação de riqueza através do trabalho e da poupança é sinal de que o indivíduo pertence ao grupo dos predestinados (CATANI, 2011). Tal o fundamento de uma ética, desenhada pela Reforma, com princípios e normas de conduta que expressam a mentalidade e o espírito capitalista.

Assim se revela o capitalismo cultural, em que há provisão industrial das necessidades de uma comunidade, executada pelo método de uma empresa, pelo estabelecimento racional e pela contabilidade do capital.

1.3 As grandes transformações do século XX: a Revolução Industrial

Antes da Revolução Industrial, até o final do século XVIII, a maioria da população europeia vivia no campo e produzia o que consumia, sob o sistema de economia de subsistência, de maneira artesanal, em que o produtor domina todo o processo produtivo.

Apesar de a produção ser predominantemente artesanal, países como a França e a Inglaterra possuíam manufaturas que consistiam em grandes oficinas onde diversos artesãos realizavam as tarefas manualmente, entretanto subordinados ao proprietário da manufatura.

A Revolução Industrial e a transição demográfica se relacionam e juntas constituem as grandes questões de história econômica, relacionando-se os progressos em termos de eficiência com a taxa de acumulação de conhecimentos, em que o nexos depende de fatores acidentalmente ligados com a procura, o comércio e os recursos.

A Revolução Industrial é um conjunto de mudanças que aconteceram na Europa perpassando os séculos XVIII e XIX. Caracteriza-se pela substituição do trabalho artesanal pelo assalariado, bem como pela utilização de máquinas. Assim:

A Revolução Industrial assinala a mais radical transformação da vida humana já registrada em documentos. Durante um breve período ela coincidiu com a História de um único país, a Grã-Bretanha. Assim, toda a economia mundial foi edificada com base na Grã-Bretanha, ou antes, em torno desse país [...]. Houve um momento na história do mundo em que a Grã-Bretanha podia ser descrita como sua única oficina mecânica, seu único importador. Seu único importador e exportador, em grande escala, seu único transportador, seu único país imperialista e quase seu único investidor estrangeiro; e, por esse motivo, sua única potência naval e o único país que possuía verdadeira política mundial. Grande parte desse monopólio devia-se simplesmente à solidão do pioneiro, soberano de tudo quanto se ocupa por causa da ausência de outros ocupantes. (HOBSBAWM, 1983, p. 9).

Como se pode inferir das palavras de Hobsbawm (1983), a primeira etapa da Revolução Industrial (1760 a 1860) limita-se, primeiramente, à Grã-Bretanha, ocasião em que houve uma quebra em termos de acumulação de conhecimentos, que se sobrepôs à trajetória ascensional iniciada na Idade Média. A burguesia poderosa concentra riquezas e põe cabo à monarquia absolutista. Surgem indústrias de tecidos de algodão com o uso do tear mecânico. Nessa época, o aprimoramento das máquinas a vapor contribui para a continuação da evolução.

Segundo Clark (2008), a Grã-Bretanha é precursora da Revolução Industrial devido a diversos fatores, entre eles: por possuir uma rica burguesia, por ser a mais importante zona de livre comércio da Europa, pela ocorrência do êxodo rural e também pela localização privilegiada junto ao mar, o que facilita a exploração dos mercados ultramarinos.

Nesse contexto, verifica-se que o capitalismo jungido aos princípios da legalidade e da igualdade formal serviram de lema para as revoluções liberais. A legalidade torna-se plena no capitalismo. A vitória de um governo de lei, não de homens, e a vitória do mecanicismo institucional sobre a vontade do soberano só se tornam possíveis a partir do momento em que a lógica econômica é de autorreprodução. O absolutismo (WEFFORT, 2006) provavelmente foi a última expressão de um mundo político não plenamente adequado à autoprodução econômica e seu conseqüente regime de plena legalidade.

A chave da interpretação culturalista weberiana, atrelada à perspectiva estratégica de autoconsciência metodológica do positivismo

de valores, encontra-se no Direito. Não podemos ignorar os conceitos da sociologia weberiana (KRONMAN, 2009).

A vitória da legalidade é a vitória de um mundo tal um grande mercado (MASCARO, 2008). É o espelho em que todos se igualam na condição de compradores e de vendedores, no qual até a exploração deixa de ser de um patrão sobre um proletário.

A burguesia inglesa à época, reitera-se, compunha-se de pessoas que buscavam reconhecimento social, muitos eram advogados ou, quando não eram, utilizavam os serviços jurídicos desses para analisarem os negócios. Nessa medida, com escopo de preverem os acontecimentos favoráveis ou desfavoráveis aos negócios, analisavam os riscos, o que somente era possível com regimentos e leis, para que pudessem fundamentar as escolhas futuras.

A sociedade inglesa possuía a necessidade de analisar os riscos dos investimentos. Diante de tal situação, sua burguesia qualificada se destacava e se colocava à frente do processo capitalista.

Nessa esteira, outra possível explicação para a revolução industrial ter-se iniciado na Inglaterra foi a utilização do sistema de decisões judiciais do *common law*, o *stare decisis*, o sistema dos precedentes judiciais.

Nesse sistema, decidem-se os casos judiciais não pelo enquadramento do fato à norma, mas do enquadramento do fato a um outro caso semelhante já decidido, tende-se a ser mais previsível, aumenta-se a previsibilidade dos resultados jurídicos. Essa sistemática é de extrema importância para o mercado e para a economia, como regra geral, pois saber qual será o resultado, favorável ou não, reflexamente, antecipa a previsibilidade na economia.

Com as análises do mercado realizadas pelos letrados burgueses, aliadas aos fatores da alta produção em escala industrial e ao aumento da venda dos produtos, muitos empresários ambicionando lucrar ainda mais passaram a explorar o operário, forçando-o a trabalhar até 15 horas por dia em troca de um salário baixo. As máquinas eram operadas por empregados vindos da área rural. A migração traz a população rural para área urbana, e os trabalhadores, também ávidos por trabalho, sujeitam-se à exploração.

Esse trabalhador espoliado denomina-se proletário. Conceitua-o Nascimento como a seguir:

O proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral, nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo. (NASCIMENTO, 1997, p. 7).

Não bastassem a exploração generalizada e o excesso de mão de obra, nessa incluídas as mulheres e as crianças, porque eram pequenas e cabiam em lugares em que os adultos não poderiam trabalhar, cuidavam de trabalhos que se exigia delicadeza. A espoliação dos trabalhadores era generalizada e, além de o local de trabalho ser insalubre, as crianças dormiam embaixo das máquinas, não aguentavam o esforço da rotina laboral.

O trabalho infantil era muito utilizado na Grã-Bretanha. As crianças eram oferecidas pelos pais aos distritos, por meio das paróquias (NASCIMENTO, 2004), em troca de alimentação. A prática era um verdadeiro tráfico de seres humanos, com contratos de compra e venda, uma fonte de riqueza nacional da Grã-Bretanha. A situação feminina era semelhante. Em 1830, cerca da metade do trabalho do ramo de indumentária era realizada por mulheres. O mesmo ocorria na Rússia na década de 1920 com os trabalhadores em *sweating system* (NASCIMENTO, 2004), a classe de trabalhadores denominada de *Kustarni*, pessoas que prestavam os serviços em casa.

Nesse contexto de exploração dos trabalhadores, de desequilíbrio em repartir a riqueza, Keynes (2010) defende com propriedade a tese do Estado Providência. Este surge para reger e estabelecer parâmetros para frear os abusos econômicos. Razão pela qual se questiona a época da livre concorrência.

Interessante registrar que não se fala em trabalho escravo, nem em trabalho degradante, uma vez que até então sequer se cogitava em direitos humanos, direitos de saúde e segurança do trabalhador, para ambos, tanto para o trabalhador como para o empregador. O intuito era produzir mais para aumentar o ganho do capital.

O capitalismo instaura a civilização das desigualdades. Para Hobsbawm (1983 apud AVELÃS NUNES, 2015), a economia levanta

voo, o grande aumento da produtividade e da capacidade de criação de riqueza gera a miséria degradante, abre-se um enorme fosso entre os ricos e os pobres. Na mesma esteira, afirma-se com indignação que:

[...] deste imenso esgoto jorra a maior corrente de atividade humana para fertilizar todo o mundo. Desta suja sarjeta corre ouro puro. Aqui a humanidade atinge o seu mais absoluto desenvolvimento e o auge da brutalidade. Aqui a civilização opera seus milagres e o homem civilizado quase se torna um selvagem. (TOCQUEVILLE apud NUNES, 2010, p. 40).

Os trabalhadores, explorados, desprovidos de emprego, de saúde, de dignidade, buscam o socorro do Estado. Assim, lança-se o Estado social. O Estado regulador, que chama para si a proteção dos trabalhadores em face dos proprietários das fábricas, os exploradores desalmados.

A busca de maior produtividade, de maior lucro, acarreta excessiva produção. O mercado local se satura. O empreendedor parte em busca de novos horizontes a fim de escoar seus produtos. A economia mundial passa a se mover para o cenário externo, surgindo questões relativas às exportações e, concomitantemente, a questão dos conglomerados bancário-industriais.

A segunda etapa da Revolução Industrial ocorre entre 1860 e 1900, e em tal período emerge o capitalismo monopolista. O emprego do aço, a utilização da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo, a invenção do motor a explosão, da locomotiva a vapor e o desenvolvimento de produtos químicos foram as principais inovações desse período.

Ao contrário da primeira fase da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, países como Alemanha, França, Rússia e Itália também se industrializam. Tal período é comandado pelo capital bancário mesclado ao grande capital industrial, conformando-se o capital financeiro, com o surgimento de outras potências industriais, como os Estados Unidos e o Japão.

Quebra-se o monopólio industrial inglês. Os países que se destacam com o mercantilismo exploram o colonialismo monopolista e as principais potências capitalistas repartem o mundo (NETTO, 2009). As exportações de capitais se intensificam, assim como a concorrência entre os diversos capitalismo financeiros.

Cabe salientar que os avanços tecnológicos dos séculos XX e XXI, a saber, o computador, o fax, a engenharia genética, o celular, a internet, a tecnologia de ponta, seriam algumas das inovações dessa época de abertura do novo século, com novas regras de sociedade, a denominada sociedade de massa, os sinais dos novos tempos, da sociedade em rede, a globalização.

Nessa medida, os avanços tecnológicos delineiam a terceira etapa da Revolução Industrial e a primeira fase da globalização. Clark (2008) a denomina de idade de ouro, que, de 1870 a 1913, após muitas vicissitudes, principalmente após a crise de 1929, voltou a emergir na década de 1980, com movimentação do mundo todo em direção ao intercâmbio livre de bens e de capital entre democracias, aliada ao término do poder comunista.

Após a Revolução Industrial, no século XVIII, verifica-se um sensível desequilíbrio entre países ricos e pobres. A defasagem se constata da diferença em eficiência, que é maior em países ricos, por três razões. Uma, eles possuem maior acesso à tecnologia; outra, eles revelam a maior capacidade em utilizar a tecnologia; e, finalmente, empregam eficazmente a mão de obra, ou seja, empregam mão de obra qualificada.

Os artefatos tecnológicos, que caracterizam a primeira fase da globalização, desencadeiam o fenômeno da integração econômica, muito bem abordado por Beltran (1998). A variável que explica o êxito ou o fracasso das economias entre 1800 e 2000 é a eficiência do processo produtivo.

Com o propósito de proteção dos direitos dos trabalhadores, surgem regramentos em nível internacional, cite-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), firmado por Estados-partes na Organização das Nações Unidas, seguindo orientações de outros textos afetos à matéria, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948. Observa-se, ao final da década de 1970, o neoliberalismo (DUMÉNIL; DOMINIQUE, 2014), um novo estágio do capitalismo, o capitalismo moderno, caracterizado por dinâmicas históricas das hegemonias internacionais, mormente a norte-americana. Duménil e Dominique (2014) revelam que o neoliberalismo foi instalado inicialmente

nos Estados Unidos e no Reino Unido, difundindo-se pela Europa continental e posteriormente por todo o mundo.

Essa nova ordem internacional do liberalismo ficou conhecida por globalização neoliberal e impôs severos custos para a Ásia e para a América Latina nas décadas de 1990 e 2000. Ressalte-se que o principal instrumento político da neoglobalização é a existência de um governo local pró-imperialista. Para tanto, é preciso que haja colaboração das elites do país local.

O objetivo dessa dominação é a extração de “excedentes” por meio da imposição de preço baixo aos recursos naturais e investimentos no exterior, podendo ocorrer tanto em bolsas de investimentos como em investimentos externos diretos.

Os países avançados repetiram a história em busca de extração de excedentes, rechaçaram os problemas sociais. Vislumbram apenas maior produção de mercadorias para as indústrias dominantes se manterem no controle do mercado. Pode-se concluir que do capitalismo surge a necessidade de ampliação do mercado para exportar o capital para regiões em que sua reprodução se torne mais fácil e lucrativa, originando-se o imperialismo dos países avançados.

Nesse diapasão, Bukharin (1986) e Diniz (1999) aduzem com propriedade a respeito da necessidade de os países expandirem-se e buscarem novos mercados, mirando a maior lucratividade possível. Cuidam de levar o capital para o exterior, explorar países atrasados, menos avançados, e buscar mão de obra barata. Assim, investe-se em novas localidades, tais quais as colônias da época da expansão do mercantilismo, que optam novamente pela utilização do trabalho escravo.

1.3.1 Século XXI e as questões econômico-laborais

Ao analisar o liberalismo no início do século XXI, percebe-se claramente a negatividade da classe trabalhadora e do trabalho assalariado, que é prestado em regime de exploração dentro do sistema capitalista. Assim nos diz e conclui Grau (2014) que as formas institucionais das relações de trabalho são desenhadas em três fórmulas, a seguir explicadas.

A primeira aborda o Estado, sob ótica da dimensão pública, mas em um desenho dual, um projeto contratual, em que se vê a reivindicação do público frente à privatização, à individualização liberal, em que o Estado aparece como um elemento de referência em um desenho institucional, Estado-nação, e na norma pública como forma de regulação hegemônica das relações de trabalho.

A segunda fórmula institucional é a da constitucionalização, incorporação do trabalho às instituições democráticas, às estruturas públicas da cidadania, das sociedades que buscam a materialização da democracia e não apenas seu aspecto formal. A constitucionalização do trabalho leva à cidadania e essa é transportada para as relações de trabalho, na medida em que, por meio de sindicatos, garante a representatividade dos direitos dos cidadãos nos locais de trabalho.

Em tal desenho afirma-se por uma regra básica a estabilidade do emprego, o trabalho estável. É dizer, nessa fórmula temos a ideia do garantismo individual, dos direitos dos trabalhadores, através de tutela judicial e da tutela coletiva. São os garantismos dos Estados de Bem-Estar Social (EBES) (DELGADO; PORTO, 2007), do sistema do *welfare state*. O Estado frente ao capitalismo desenfreado, que se traduz em uma das mais importantes conquistas da civilização ocidental, envolve ideais de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, floresce a justiça social e o bem-estar das populações envolvidas.

Esses EBES firmam-se no marco político-sindical, nos movimentos trabalhistas e socialistas estruturados na Inglaterra, França e Alemanha. E Robortella, explicando a respeito da importância do intervencionismo estatal, a seguir transcrito, nos diz:

É inegável a importância do intervencionismo estatal, desde o final do século XIX, para temperar os excessos do liberalismo econômico. Seu peso tornou-se maior após 1945, quando contribuiu para o reerguimento da Europa, do Japão e para o crescimento dos países do Terceiro Mundo, como o Brasil e o México. (ROBORTELLA, 1997, p. 354).

A terceira e última fórmula institucional, pensada por Grau (2014), é por ele tratada de constituição de mercado e não constituição de trabalho. Nela o olhar do desenho institucional é que produz o desenho do mercado de trabalho, que produz a despolitização do

trabalho, que deixa de ser o centro, o valor político fundador da democracia, com a lógica das liberdades fundamentais e não sobre a lógica contratual. Sob a cláusula da livre empresa, liberdade de estabelecer e prestar os serviços e a livre concorrência.

Nesse sentido, é vinculado o crescimento econômico ao bem-estar de todos à contenção, à degradação dos padrões comuns das condições de vida e de trabalho; vale dizer, na versão agradável do modelo, um direito de natureza salarial, de condições de saúde, de exercício da prestação trabalhista que permita uma vida digna ao trabalhador.

Grau, com grande propriedade, enfatiza que, em época de crise, se ocorrer escassez na economia, o primeiro a ser sacrificado é o direito social. No contexto de cláusula de livre empresa e não sobre a individualização da relação de trabalho, é a riqueza que cria a empresa eleita socialmente. Nesse compasso, torna-se relevante analisar a globalização.

O imperialismo é o pressuposto histórico da globalização, pois foi com ele que o capitalismo se propagou, transcendeu mercados, fronteiras, regimes políticos, projetos nacionais, regionalismos, geopolíticas, culturas e civilizações. O capital se torna universal, como o dólar americano, sem vínculos nacionais, ligado apenas à transferência de riquezas, razão pela qual o centro de poder se desterritorializa, desloca-se de suas bases nacionais, por consequência, cai em declínio o ente estatal.

A globalização faz do ser humano um objeto. Sua transformação em coisa nova necessita, diuturnamente, conectar-se com o mundo virtual, inserir-se ao novo. A inovação desenfreada leva o homem à solidão em um mundo espelhado. May (1994) acrescenta: “A sensação de isolamento ocorre quando a pessoa se sente vazia e amedrontada, não apenas porque deseja sentir-se protegida na multidão, como um animal selvagem se resguarda vivendo em bando” (MAY, 1994 apud DINIZ, 1999, p. 44).

Seguindo o mesmo pensamento, do isolamento do homem moderno, May ainda argumenta: “Outra característica do homem moderno é a solidão. Ele a descreve como a expressão ‘estar por fora’ ou, caso seja culto, diz que se sente alienado. [...]” (MAY, 1994, p. 21).

O autor refere-se ao isolamento humano e à proteção da vida em multidão, tal qual a vida de um animal selvagem, que se resguarda vivendo em bandos, “no reverso da solidão do homem moderno está seu grande temor de ficar só” (MAY, 1994, p. 23). Constata-se que o homem está solitário, isolado, que se coloca fora do seio da sociedade real e apenas passa a viver a sociedade virtual, onde a cultura do convívio é nula.

Destaque-se que, com a Revolução Industrial, a mecanização da produção enfraqueceu os vínculos que ligavam o homem do campo à terra, de modo que o centro de comando da economia mundial se transferiu para as áreas urbanas, para as cidades.

Salienta Chesnais (1996, p. 37) que o termo global, nas chamadas *business schools*, “refere-se à capacidade da grande empresa de elaborar, para ela mesma, uma estratégia seletiva em nível mundial, a partir de seus próprios interesses”. De maneira que se espalham pelo mundo com escopo de maior lucratividade e menor custo. É a expansão das empresas, geradora da sociedade em rede.

Quadro semelhante referido por Chesnais, acima, é o percurso dos trabalhadores da área rural para a urbana, que se repete no mundo global, infere-se o êxodo dos trabalhadores, todavia para fora do âmbito nacional. Da mesma maneira que, ao migrar do campo para a cidade, os vínculos se enfraquecem, ao partir para outros mercados, fora do território nacional, os vínculos do homem com a empresa diminuem ainda mais; não há importância com o trabalhador.

1.3.2 A formação da economia capitalista de mercado

A expansão traduz o ideário da globalização, surge com as corporações e conglomerados transnacionais, juntamente com uma nova visão internacional do trabalho, com as cidades globais, a decadência do Estado-nação.

No paradigma capitalista, de economia de mercado, surge a necessidade de separar o trabalho das outras atividades da vida. Tal opção o sujeita às leis do mercado, o insere como mercadoria, aniquilam-se todas as formas orgânicas da existência e substituem-se por um tipo diferente de organização, uma organização atomista e individualista.

A estratégia global é tanto integradora como excludente, quer seja integração entre países, quer seja entre empresas, ou até mesmo entre os trabalhadores.

Entende-se sua ideologia, indiscriminadamente, sob o manto da integração e da convergência, mas, em verdade, verifica-se um movimento de dual polarização. Internamente, na medida em que se aponta o distanciamento entre os mais altos e os mais baixos rendimentos, cujo efeito é o desemprego, aumenta o capital monetário e diminuem as relações salariais. Externamente, a polarização internacional se infere, acentuando as distâncias entre os países do centro do oligopólio mundial e os países periféricos.

As cidades globais refletem a estrutura capitalista da era da globalização. Os *shoppings* e os supermercados enviam a mensagem subliminar de que o mundo é a mercancia em si. Vende-se a imagem de que tudo que é bom lá está.

Aqueles que não conseguem trabalho, porque não se qualificam para acompanhar a tecnologia, são os párias do sistema. Nota-se a carência de mão de obra especializada, persiste a massa de proletários que deseja consumir a qualquer preço, pretende a inserção no sistema; em oposição à extrema riqueza que apresenta as novidades de produtos a serem consumidos.

Os indivíduos revelam-se impotentes, as relações interpessoais tornam-se cada vez mais áridas, os países periféricos deixam de ter interesse econômico ou estratégico. Despersonalizado, o indivíduo deixa de ser importante, somente se valorizam os bens materiais, a regra não é do ser, mas do ter.

Tal ideia, da regra do ter *versus* ser, revela Sachs (1998), comentando o aniversário dos 50 anos de conquista dos direitos humanos, desde os idos 1998, que o desenvolvimento é tal qual uma civilização do ser que divide o ter e essa é a regra do novo mundo. O ter passa a definir a ética e o ser não mais é importante; é a regra que decorre do mundo capitalista, com o neoliberalismo.

A questão global traz uma mudança crucial no binômio espaço-tempo, traz a convergência das sociedades ao redor do mundo, a oportunidade de participar virtualmente e em tempo real de eventos

e processos em todos os lugares concomitantemente. Obviamente, tudo isso afeta o conceito de diretrizes e objetivos voltados para um desenvolvimento social pleno.

É a sociedade em rede (CASTELLS, 1999), que se insere sub-repticiamente no sistema de oferta de mão de obra global, o fator decisivo para a produção na era da economia informacional, virtual, a era da tecnologia, a era da anulação do tempo e do espaço.

O mundo globalizado imprime em todas as relações sociais e econômicas a velocidade e a superficialidade, aponta para a descartabilidade relacional, que deve ser reciclada, para demonstrar que estamos em um mundo novo. O mesmo se repete com a mão de obra trabalhadora, que é descartável e despersonalizada. É a era do descaso com a dignidade do ser humano. A era das relações efêmeras.

À medida que a globalização avança, esses valores imateriais se transformam rapidamente em muitos lugares, um processo de inseguranças e, nesse cenário, os grupos realçam os valores tradicionais, com escopo de se orientarem em face das incertezas contemporâneas. Tal como ocorreu na Coreia do Norte e em Cuba, que se fecharam no ideário socialista e rechaçaram a inovação neoliberalista.

O fundamentalismo religioso é uma demonstração da desfiguração dos valores morais e imateriais, como se depreende dos estudos de Jelenic:

É um contraponto fora da curva da modernização, uma vez que se trata de uma rejeição aos alegados princípios “Ocidentais”, na constituição do estado e da sociedade. Nesse sentido, há lugares em que em resposta aos efeitos da globalização, os direitos humanos e a democracia representativa são rejeitados como “culturalmente alienante”, uma reação que é encontrada na Ásia, assim como na África. Apesar de que foi a globalização que popularizou o conceito de direitos humanos e democracia em todo o mundo. (JELENIC, 2007, p. 13).

Os valores no mundo globalizado apresentam-se repaginados, verifica-se a necessidade de uma política de cooperação internacional com uma estrutura básica, que apresente condições para um conceito de valores, com escopo de salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Na esteira de proteger a dignidade da pessoa humana, de redefinição dos valores que não se encontram no mesmo patamar dos países desenvolvidos em setores econômicos, científicos e tecnológicos, importa averiguar o problema da moralidade nas relações humanas, na necessidade de voltar ao início da ética e indicar os principais conceitos propostos por Aristóteles, ressaltando a relevância da proposta ética.

A economia e a ética interligam-se desde os ensinamentos de Aristóteles, informa Sen (1990 apud SACHS, 2008, p. 13), “por duas razões centrais de fundo: por problema da motivação humana e avaliação de conquistas sociais”. Nessa medida, a motivação humana, hoje com valores éticos renovados sob a ótica aristotélica do bem, avalia suas conquistas sob o enfoque da busca do ideário democrático.

O vetor aponta para dirigir o foco aos parâmetros da democracia, das relações do ser humano, com outros povos, outras nações, analisar as razões das crises dos países e de suas democracias.

Ao relembrar a história, nota-se que o período que intermedeia a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais, 1920 a 1940, aponta a “crise do capitalismo”, como recorda Matsushita (apud NAKADA, 2002, p. 12). A queda da bolsa de Wall Street, nos Estados Unidos, em 1929, e a da Inglaterra, em 1933, gera, como consequência, queda também no volume do comércio internacional, e assim começa a corrida para a desvalorização cambial. Preocupam-se os Estados em proteger a indústria, o comércio e os interesses internos em detrimento das exportações para os países, inaugurando-se uma nova era, da lógica e do nacionalismo econômico.

O nacionalismo, explica Sorensen (2010, p. 46-47), ao comentar e se fundamentar no pensamento do economista Keynes (1933, p. 48), baseia-se na afirmação de “que os mercados devem ser internos sempre que possível e possivelmente conveniente; e sobretudo, o financiamento deve ser principalmente nacional”. Consoante se conclui que se deve partir de dentro para fora, a fim de reforçar o interno, o nacional, para se evitar o externo e empréstimos internacionais.

E na medida em que existe o intercâmbio ou a integração econômica entre os países, depreende-se uma “integração superficial manifestada

em grande parte através de tratos sem favorecer em bens e serviços entre empresas independentes e por meio de movimentos internacionais investimento de capital estrangeiro” (ONU, 1993, p. 113).

O comércio internacional, nesse contexto, reflete o predomínio das economias nacionais. Embora pareça um paradoxo, ele consiste no intercâmbio de matérias-primas e produtos agrícolas por produtos industrializados e implica a provisão de insumos necessários para os sistemas manufaturados nacionais. Enfim, o espírito é o nacionalismo das grandes potências.

Nesse intuito nacionalista, os Estados Unidos, em 1930, adotam três medidas econômicas. Por meio da Lei Alfandegária Smoot Hawley, aumentam as tarifas alfandegárias, restringem as importações e impõem *dumping* cambial, fortalecendo o regime protecionista.

Essas medidas, que afetam o comércio exterior, fazem com que países como Austrália, Espanha, Itália, Cuba, Canadá, França, México e Nova Zelândia, em represália, aumentem suas tarifas. E, ainda em 1931, outros 36 países restringem suas importações, em busca do controle cambial.

Em consequência, em 1932, a Inglaterra afasta-se do livre comércio para induzir as tarifas gerais, e posteriormente constituiu-se, em Ottawa, o Sistema de Tarifas Preferenciais do Império da Federação Britânica. Isso ocasiona a formação de blocos econômicos entre os países para protegerem suas indústrias, diminuindo-se o comércio nacional, contribuindo como um dos fatores que eclode a 2ª Guerra Mundial.

Reportando-se ao mundo oriental, com propriedade apresentada por Bijos (2016), a exemplo, o Japão, à época, com os conglomerados empresariais *zaibatsu*, forma-se com a inovação tecnológica e administrativa, importa tecnologia ocidental voltada para a transformação dos lucros em expansão e diversificação. Vale-se dos benefícios para formar grandes concentrações de riqueza e de poder econômico, sedimenta-se no poder político, beneficia-se das economias externas e capta os lucros para empresas individuais.

A eclosão da Segunda Guerra Mundial abala também as estruturas seculares dos grandes conglomerados japoneses. A imposição de

uma nova característica de formação das empresas a partir da ocupação dos Estados Unidos caracterizou a dissolução dos grupos empresariais majoritários, o afastamento dos executivos familiares e a contratação de gerentes especializados fora da linha hierárquica de sucessão familiar piramidal, que formava o topo da elite japonesa.

Os referidos grandes conglomerados empresariais japoneses, *zaibatsu*, transformam-se em *keiretsu*, a nova ordem empresarial, inserida nas exigências do mundo moderno do mercado. Sem a hierarquização familiar horizontal, visa à abertura de fronteiras em nível internacional com informações céleres, ofertas inovadoras e novas técnicas para fidelização da clientela.

Sintetiza Bijos, a respeito da inserção do Japão no contexto globalizado, e nos diz:

A experiência japonesa apresenta lições indeléveis de uma economia submetida a um processo de rápido crescimento, repleto de conflitos com a política industrial, com a defesa da concorrência, num arcabouço jurídico e institucional necessário para o desenvolvimento do país. (BIJOS, 2016, p. 39-69).

Como se percebe, o mundo oriental também se insere no mundo competitivo e de ética nacionalista. Com escopo de afastar o estrangeiro, busca afastar a concorrência de seus produtos.

Retomando a análise do mundo ocidental, em 1944, um ano antes de terminar a guerra, os Estados Unidos e a Inglaterra, juntamente com mais 44 países aliados, reuniram-se por representação de seus Ministros da Fazenda em Bretton Woods, vilarejo norte-americano de New Hampshire, que ficou conhecida por Conferência de Bretton Woods.

Essa versava quanto à criação de um Fundo Monetário Internacional e de um Banco Mundial para reconstrução e desenvolvimento de um novo sistema monetário e financeiro internacional. Deliberou a respeito de duas propostas: uma norte-americana, em que seu ministro Harry Dexter White propôs um Fundo de estabilização internacional; e a outra, inglesa, por John M. Keynes, que defendia uma moeda internacional, o Bacor, instituição de Banco Central Mundial para suprir o fluxo monetário internacional.

Por fim, deliberaram favoravelmente à proposta norte-americana e, então, criou-se o Acordo do Fundo Monetário Internacional (FMI), para um novo sistema monetário.

Posteriormente, em 1946, foi estabelecido, na Europa, o Banco Mundial, com escopo de financiar a reconstrução da economia dos países destruídos após a guerra e conceder empréstimos para projetos de países em vias de desenvolvimento, tornando-o órgão especializado da Organização das Nações Unidas.

Assim, o sistema de Bretton Woods do pós-guerra registrou-se como um marco político que liberou as relações econômicas, especialmente entre Europa ocidental, América do Norte e Japão.

Nessa medida, o comércio e os investimentos estrangeiros cresceram em maior velocidade que a produção. Ao mesmo tempo, surgiram, gradualmente, novas possibilidades tecnológicas em matéria de transportes, comunicações e produção. Estas melhoraram notavelmente as oportunidades para estabelecer sistemas de fabricação, em escala regional ou mundial, propalando-se em definitivo o capitalismo global, fatores que exacerbaram em muito as desigualdades regionais.

Dessa forma, Piketty (2015) ensina que os teóricos e socialistas revelam a lógica do sistema capitalista, que em muito aumentou a desigualdade que já havia entre as duas classes sociais opostas, os proletários e os capitalistas. Tal fato se deu não só nos países pobres, como também nos países ricos.

1.4 A influência do poder político e os processos de integração

Sob o prisma jus-filosófico, pondera Aranha (2008, p. 21), cabe à filosofia repensar a racionalidade moderna ocidental e indicar novos caminhos para superar o temor e o caos. Cabe também à filosofia do direito repensar a racionalidade jurídica e reformular os caminhos para se reconciliar o direito e a moral, de modo que não se desprezem os avanços tecnológicos da positivação. Essa, além de dar suporte à segurança jurídica, apoia as discussões contemporâneas sobre a moral e a dignidade da pessoa humana.

De fato, importa, e em muito, a questão da ética e do trato do ser humano. Hodiernamente, estamos na luta contra a pobreza, destaca Hours (2012). E essa luta constitui uma ruptura com o conceito de desenvolvimento. O desenvolvimento a longo prazo praticamente desapareceu do vocabulário multilateral e foi substituído pela luta contra a pobreza, que é um projeto de natureza diferente. Assim nos revela que:

Após o fim da Guerra Fria, o binômio subdesenvolvimento-desenvolvimento, que evoca um salto quantitativo e qualitativo, foi substituído por um binômio estático, mais propício ao tratamento estatístico, entre riqueza e pobreza. (HOURS, 2012, p. 23).

Analisando o novo binômio, Hours ressalta, ainda sob o ângulo da ética, que pobre não tem condições de ser inserido num mercado consumista, uma vez que se as políticas públicas de amparo à pobreza falham, deixam-no na mesma situação – em uma abordagem das teorias evolucionistas, tal qual a de Malthus – de rejeitados e abandonados.

Nesse contexto, também revelam Banerjee e Duflo (2012)¹ que a pobreza deve ser devidamente pensada e revista, não apenas pelo enfoque econômico, mas também social, em que se detecta a ausência de dignidade da pessoa humana.

Diante das desigualdades registradas, surgem novos vínculos entre as economias avançadas, parte-se para a integração entre elas. Este processo de integração, revelado por Sorensen (2010), denomina-se *integração profunda* e consiste em:

[...] que as corporações transnacionais (CTN) organizavam grandes partes da atividade econômica. A integração “profunda” se estende na ordem da produção de bens e serviços e, ademais aumenta o comércio visível e invisível. Em consequência os vínculos entre as economias nacionais são influenciados cada vez mais por atividades transfronteiriças que agregam valor interno das CTNs e das redes estabelecidas

1 *En este debate nadie discute la premisa [] básica de que deberíamos ayudar a los pobres cuando podamos hacerlo, lo que tampoco debe sorprendernos. El filósofo Peter Singer ha escrito sobre el imperativo moral de salvar las vidas de aquellos a quienes no conocemos. Muestra que la mayoría de las personas estarían dispuestas a sacrificar un traje de mil dólares para rescatar a un niño al que ven ahogarse en un lago y sostiene que no debería haber diferencias entre ese niño que se está ahogando y los nueve millones de niños que mueren anualmente sin haber cumplido los cinco años. Muchos también estarían de acuerdo con el economista-filósofo y premio Nobel Amartya Sen en que la pobreza conduce a una pérdida de talento intolerable. Tal como lo expresa Sen, “la pobreza no es solamente la falta de dinero, sino la incapacidad para desarrollar todo el potencial de la persona como ser humano”.*

pelos CTNs. (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO, 1993, p. 13).

Nesse compasso, de integração profunda (HOOGHE; MARKS, 2001 apud LANGENHOVE; SCARAMAGLI, 2011, p. 198)², inicia-se o sistema comunitário, com a criação da Organização Europeia de Cooperação Econômica, que tem como objetivo distribuir o auxílio enviado pelos Estados Unidos para os países da Europa Ocidental, do Plano Marshall. Perante a Convenção de Paris de 1960, esse organismo foi substituído por outro, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Seu objetivo era alavancar a economia dos Estados-membros e também o desenvolvimento do comércio mundial, já se falando em liberdade econômica.

Busca-se a redução de barreiras alfandegárias pelo cooperativismo e, em 1947, cria-se o General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), para facilitar as exportações. Posteriormente, esse organismo foi substituído pela Organização Mundial do Comércio (OMC), um organismo intergovernamental com função de se constituir um foro de negociação de relações comerciais entre seus membros, promover e desenvolver a cooperação com outros organismos internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Em 1949, o Conselho da Europa foi criado objetivando impulsionar o progresso econômico e social dos Estados Unidos. Nesse mesmo ano, a demonstração efetiva de integração econômica surgiu com o BENELUX (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo).

Posteriormente, outros organismos internacionais continuaram a surgir, tais como Declaração de Schuman; Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA); Tratados de Roma (EURATOM e CEE); e, por fim, após vários tratados europeus, em 1992, firmou-se em Maastricht, na Holanda, o Tratado de União Europeia (UE),

2 *The EU is the exemplar case of an economic regionalization that has broadened towards other areas of society. Because it is believed that a true economic integration cannot be achieved if trade and economy are isolated from the rest of society, the EU has “depended” integration beyond economic issues and, in some policy domains, co-operation – not to say integration – is still very weak or even non-existent. The European Union is a political model that challenges conventional assumptions about governance all over the world. European integration is a “policy-creating process in which authority and policy-making influence are shared across multiple levels of government – subnational, national and supranational”.*

vislumbrando a integração total dos países-membros, com unificação de moeda, da economia e da política.

Como consequência histórica da integração, a União Europeia é vista e se comporta como um verdadeiro micromundo, constituído de Parlamento, Conselho, Comissão, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas. Em seguida, foram unificados, entre outros, também o Conselho da Europa, o Instituto Monetário Europeu e o Banco Central da Europa.

E é nesse mundo integrado, em que se entrelaça o avanço tecnológico com o encurtamento das distâncias, que, Brandão (2012) revela, “ocorre a supressão da independência e da autonomia dos lugares que serão acionados por tal processo, submetendo todos às mesmas leis coercitivas”.

Nesse diapasão, Brandão apresenta os quatro elementos fundantes das relações espaciais da acumulação de capitais, em que os processos, as dimensões e as forças são: homogeneização, integração, polarização e hegemonia.

Podemos extrair desses conceitos e ensinamentos que do processo de integração decorre a homogeneização (BRANDÃO, 2012). Do desfazimento de fronteiras, da supressão da independência e da autonomia econômica dos Estados-membros, decorre o movimento uniformizador do capital, em que se comprometem e unificam os espaços para a valorização do capital.

Depreende-se que o capital se valoriza sem delimitação de espaços. Mas, nesse processo integralizador, há um domínio de natureza desigual, uma relação centro-periférica e um processo polarizador que afloram as diferenças regionais, chamadas por Brandão de ondas desconcentracionistas (BRANDÃO, 2012, p. 71), que desabrocham a hegemonia.

Em consequência da mitigação da autonomia dos Estados, abre-se o mercado internacional e os países que não têm consumo interno podem competir externamente. Jungida a essa dinâmica de dimensão global, surgem os espaços supranacionais de mercados, que se integram regionalmente, tais quais, a exemplo, a União Europeia (UE) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul).

A globalização tem dimensão financeira, penal e social, com reflexos diretos nos direitos trabalhistas, formata direitos básicos internacionalmente aceitos, apresentados nas Convenções e Resoluções da Organização Internacional do Trabalho.

Nesse processo de construção de uma economia complexa há a dimensão de capital, denominada por Chesnais (1996) de mundialização, e vale ressaltar alguns de seus aspectos importantes. Esse autor chama de intercâmbio intrassetorial a forma dominante do comércio exterior, que se caracteriza pelo intercâmbio intragrupo no quadro dos mercados privados das multinacionais e também por suprimentos internacionais organizados pelos grupos em insumos e produtos acabados.

Ademais, a globalização apresenta-se em dois movimentos conjuntos e interligados. Um, o mais longo, caracteriza a fase de acumulação ininterrupta de capital; e o outro refere-se às políticas de liberalização, privatização, desregulamentação e desmantelamento das conquistas sociais e democráticas. Conforme Chesnais:

Sem a intervenção política ativa dos governos centralizadores, determinando uma própria linha de conduta e do conjunto de governos que se submetem à intervenção, bem como sem a implementação das políticas desestruturantes, o capital financeiro internacional e os grandes grupos multinacionais não podem ter destruído tão rápido e radicalmente os entraves e os freios à liberdade de se expandirem à mercê, à vontade de explorarem os recursos econômicos, humanos e naturais, onde lhes pudessem ser conveniente. (CHESNAIS, 1996, p. 34).

Os grandes mercados continentais, União Europeia e North American Free Trade Agreement (NAFTA), bem como o mercado final da concorrência oligopolista, explicam e exigem proximidade de produção, garantida pelo *toyotismo* através da regionalização do comércio exterior nos três polos da Tríade, de grupos americanos, japoneses e europeus.

Preleciona ainda Chesnais que as denominadas “empresas-redes” se utilizam de novas formas de gerenciamento e controle, além da terceirização, com escopo de auxiliar os grandes grupos a reconciliar a centralização do capital e a descentralização das operações, por meio de recursos virtuais de informática e da automação industrial. Isso

aumenta o grau de interpenetração entre os capitais de diferentes nacionalidades, surgindo novos oligopólios mundiais, e faz crescer, diuturnamente, o número de indústrias da Tríade, delimitando-se entre si um espaço privilegiado de concorrência e de cooperação. É nesse sentido que ocasiona a nova lógica financeira interligada ao capital investido no setor de manufaturas e serviços.

Verifica-se que o movimento da mundialização, pontuado por Chesnais (1996), caracterizado na década de 1980, é excludente, na medida em que marginaliza os países em desenvolvimento, exceto aqueles denominados “novos países industrializados” que ultrapassaram, em 1980, o patamar de desenvolvimento industrial e que introduziram inovações na produtividade e conseguiram manter-se competitivos. A única preocupação é econômica, não se cogita estudar, discutir, nem ao menos refletir sobre a dignidade humana dos trabalhadores, confirmando-se a tese do descaso a partir da Revolução Industrial, que passou a entender os trabalhadores como objeto de negócio.

A preocupação com o desenvolvimento somente vislumbra o capital, e os elementos constitutivos dos direitos sociais, tais como dignidade da pessoa humana e os direitos humanos do trabalhador, somente são lembrados para serem flexibilizados e mitigados com escopo de aumento de poder de capital. A história é cíclica e se repete, o neoliberalismo alavanca o desenvolvimento econômico, mas não o faz com sustentabilidade.

Em vista dessa despreocupação dos Estados com o desenvolvimento sustentável e da desigualdade exacerbada, os instrumentos internacionais – Acordos, Convenções, Resoluções, Recomendações da Nações Unidas, bem como de suas agências especializadas – relativos ao desenvolvimento integral do ser humano, ao progresso econômico e social e ao desenvolvimento de todos os povos, os Estados-membros das Organizações das Nações Unidas deliberaram e estabeleceram regras para o desenvolvimento econômico, pensando-o sustentável.

Avaliaram os instrumentos relativos à descolonização, à prevenção de discriminação, ao respeito e à observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, aliados aos direitos de autodeterminação dos povos para a busca de seu desenvolvimento econômico,

social e cultural, visando respeitar e observar os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Estabeleceram-se os ditames do desenvolvimento, ainda refletindo sobre a dominação estrangeira, a ocupação, a agressão, as ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, bem como sobre as ameaças de guerra, tudo a ferir os direitos humanos e as liberdades fundamentais, sabidamente indivisíveis e interdependentes. Para promover o desenvolvimento, deve ser dada atenção igual à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais, jungindo-se ao fato de que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que a política de desenvolvimento deve fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento e, ainda, que o indivíduo é vulnerável. Por todas essas justificativas e também que a responsabilidade primária do desenvolvimento é do Estado, proclamou-se a Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, sobre o Direito ao Desenvolvimento. Passou-se a repensar o desenvolvimento, não apenas ligado à seara econômica, ao aspecto quantitativo, mas também a faceta qualitativa e, confirma essa assertiva:

O desenvolvimento não é mais compreendido como sinônimo de crescimento econômico. O crescimento é um dado quantitativo, vinculado ao aumento de indicadores de riqueza, ao passo que o desenvolvimento é um dado qualitativo, que diz respeito à melhoria das condições de vida da população. Pode haver aumento da riqueza de um país (crescimento) sem que isso se reflita na qualidade de vida da sua população (desenvolvimento). (ANJOS FILHO, 2013).

Ao se reavaliarem as questões intrínsecas afetas ao desenvolvimento, verificamos em relatórios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sob o tema *Síntese de Indicadores Sociais* (IBGE, 2015, p. 9), que trazem indicadores específicos e que foram, nesse sentido, reformulados e passaram a adotar os novos critérios que definem o conceito de desenvolvimento, assim explicados:

Tal processo esteve embasado inicialmente no documento *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*,

onde foram propostos novos caminhos para a mensuração do bem-estar que incorporem não apenas indicadores de produção, mas principalmente, informações que qualifiquem as formas de apropriação da riqueza gerada pelos países. Mais recentemente houve a inclusão de elementos fundamentados nas ideias oriundas das discussões em torno da Agenda Pós-2015 da Organização das Nações Unidas (ONU) os denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que, ao partirem de uma concepção sistêmica de desenvolvimento, integram as dimensões econômica, ambiental e social em um mesmo *framework* de análise. (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2009).

No tocante ao regionalismo econômico, na América do Sul, dois são os tratados de expressão. O Protocolo de Ouro Preto, segmento do Trabalho de Assunção que estabeleceu o Mercosul, foi assinado em 1991 e delimita a zona de livre comércio, união aduaneira e o mercado comum. Não se trata de união econômica nem monetária. Outra organização americana é a ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), implementada a partir de 2005.

Com escopo de se unir, os países da América Latina formaram a União das Nações Sul Americanas (UNASUL) (BIJOS, 2015), tratado que se propõe ao diálogo político entre os membros contratantes para assegurar, entre outras questões, o desenvolvimento social e humano, o desenvolvimento de infraestrutura regional, a integração financeira, a proteção ao meio ambiente, para reduzir as assimetrias (CHEVALLIER, 2009) locais. Além disso, o tratado garante aumentar a relação e integrar para avançar as relações puramente voluntárias, cooperação em matéria de migração e trânsito de pessoas, complementação e desenvolvimento conjunto de políticas e pesquisas para integrar a produção, e outras questões relativas à segurança e às ameaças à estabilidade local.

1.4.1 Insuficiências teóricas das análises especializadas dos processos econômicos

Nessa esteira de se exterminar, ou ao menos mitigar, as desigualdades regionais, estudos de ciência econômica, notadamente de ciência econômica regional e urbana, partem da constatação da desigualdade na distribuição espacial dos fatores de produção e das atividades. Onde tudo se transformaria em uma questão de distribuição

locacional, em um ambiente não construído, mas dado naturalmente, inerte. Assim, a economia regional é a economia da imobilidade regional (espacial) dos recursos.

Essa seria uma concepção estática, positivista e utilitarista, ou seja, uma ciência (regional) que procura analisar as causas da ineficiência alocativa de recursos escassos no espaço. O foco é a verificação da natureza das escalas espaciais no capitalismo.

Na toada da ciência econômica regional, há escolas doutrinárias, como nos revela Brandão (2012), que tratam das abordagens locais, da localização agrícola em gradientes, em anéis concêntricos de produção, em que o ótimo da localização industrial ocorre onde se opera com menores custos de produção, incorrendo em menor custo de transporte, de modo que para ser disponível, um recurso deve ser acessível. Ao final, uma distribuição ótima do espaço geográfico seria aquela racionalizada das pessoas e dos objetos.

Depreendemos que, em um espaço homogêneo e contíguo, as aglomerações humanas e as atividades econômica, de produção de bens ou de serviços apresentam sua ótima escala de produção se repartem regularmente o mercado territorial. As empresas, quando assim atuam, fogem da concorrência e buscam maior proximidade dos clientes (BENKO, 1999). O que motiva essa incessante busca de viabilização de espaços, o encurtamento das distâncias, é a lógica inexorável pela maximização de lucros.

A globalização de processo de transformação do Estado traz o debate, apresentado por Sorensen (2010), a respeito das teorias dos crentes e dos céticos, em que os primeiros entendem que um novo sistema global se forma e o mesmo acontece com o Estado, que se enfraquece em função da entrada de novos mercados externos. Em oposição, os céticos defendem que os Estados e os mercados interagem. No entanto, os Estados conservam seu poder soberano e não se enfraquecem.

Nesse compasso e em sintonia com Alves (2003), afirma-se que:

Um dos grandes paradoxos da época contemporânea, sobretudo a partir de meados da década passada, consiste precisamente na força com que

se realiza a globalização econômica ao mesmo tempo em que se esvazia de conteúdo a noção de direitos humanos. (ALVES, 2003, p. 190).

As reflexões sobre as transformações do trabalho, que perpassam esses novos tempos sem muita dificuldade, são a da despreocupação com os valores sociais, a da ausência de respeito aos direitos humanos laborais, a da exclusão social dos trabalhadores, a do desemprego e a da fragilidade da sociedade.

Estudam-se novas teorias sobre os espaços, o regionalismo, as polarizações, todavia, não há qualquer atenção com a pessoa do humano, que é um homem trabalhador. Abrem-se espaços sim, mas para a marginalidade, a criminalidade, o trabalho degradante, quando não para o trabalho escravo, que por sua invisibilidade se imiscui na sociedade contemporânea.

1.4.2 A sociedade em rede

Apresentadas a análise e as reflexões a respeito das atividades econômicas e do desenvolvimento econômico desde 1800 até a atualidade, explicando as etapas econômicas pelas quais passam as sociedades, as transformações ocorridas no mundo do trabalho, percorrendo desde a época das corporações de ofício, das manufaturas, onde as relações pessoais funcionam como coração das atividades laborais, pela qual perpassa a Revolução Industrial, revela-se o mundo contemporâneo onde vivemos.

Nesse processo de evolução da sociedade, nas trilhas da globalização, desenha-se a passagem do trabalhador sem qualificação, que trabalha sob o modo de produção do fordista para o trabalhador especializado do taylorismo, convergindo essa caminhada para o trabalho em cadeias, com o toyotismo, a racionalização do trabalho e o *just in time*.

Assim, Castro nos revela com maestria sobre o modo de produção contemporâneo e como este se adentra à sociedade virtual e em rede, assim:

[...] a literatura pertinente aponta a ocorrência de um colapso das identidades modernas, com seu deslocamento ou descentramento (HALL, 2006, p. 57-65), mediante uma mudança estrutural, que

implica a mudança das identidades pessoais, com a perda de um sentido de si e descentração dos indivíduos, tanto de seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmos. Trata-se de uma das características da sociedade pós-moderna. Enquanto o sujeito do Iluminismo era unificado e centrado e o sociológico se encontrava diante da complexidade do mundo moderno e desenvolvia uma interação entre o “eu” e a sociedade, o sujeito pós-moderno se vê diante da multiplicidade de identidades, ao tempo em que são múltiplas, cambiantes e possíveis, instauram na modernidade tardia, para o indivíduo, a variação de sua posição no mundo e da forma como o sujeito é interpelado ou representado. As sociedades modernas mudam constante, rápida e permanentemente, o que impõe aos sujeitos experiências novas, o que também alcança as questões de classe social. (CASTRO, 2014, p. 100-101).

Apontou-se que o mundo contemporâneo tecnológico, na seara empresarial-laboral, com ramificações transnacionais, é virtual. Vive-se em uma sociedade em rede, na mundialização já referida por Chesnais (1996), a qual se coloca para coordenar não só as relações negociais e as interpessoais; entretanto, falha na restauração da ética, uma vez que nesse novo mundo ela é tratada com uma peça supérflua, resultando em relações humanas desprezadas, efêmeras e fragilizadas.

A pesquisa revela uma nova dicotomia nominal no mundo econômico. No passado dividiam-se os países em duas categorias, desenvolvidos e subdesenvolvidos, apresentando-se hoje sob nova denominação, países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Porém, não há qualquer diferença de fato, pois continua o binômio riqueza-pobreza. Houve apenas nova nomenclatura, para um mundo novo, onde a pobreza, sim, se apresenta com novo perfil, sob duas formas: a pobreza estrutural e a pobreza moral.

Capítulo 2 - Os desafios do desenvolvimento econômico sustentável

Este capítulo revela a indissociabilidade da dignidade da pessoa humana com a liberdade e a igualdade do trabalhador, referendadas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Demonstra que a dignidade da pessoa humana se traduz no eixo central dos direitos do homem.

A proposta embasa-se nos precedentes históricos que deflagraram a universalização dos direitos humanos, a sistemática normativa de proteção internacional que há de ser aplicada na seara laboral brasileira.

Contempla o desenvolvimento econômico no Brasil, nos últimos dez anos, observando os padrões de sustentabilidade e a questão do tráfico de seres humanos para fins laborais.

Balizando, fundamentalmente, o comportamento das empresas transnacionais, que desrespeitam as normas internacionais reguladoras da obediência aos direitos humanos e avaliam as medidas punitivas em nível internacional e nacional. Questiona-se, juridicamente, se há punição para o caso de as normas não serem observadas.

2.1 Dignidade da pessoa humana

A terminologia utilizada pelos doutrinadores que tratam do instituto direitos humanos não é única, varia entre os autores, geralmente se utilizam direitos do homem, ou direitos humanos e ainda direitos fundamentais. Contudo, os diferentes pontos de vista convergem e apresentam um eixo central, eles devem cuidar de proteger a dignidade da pessoa humana.

A tal respeito, preleciona Comparato (2010) que os fundamentos para se compreender a pessoa humana e, também, para se afirmar a existência dos respectivos direitos universais verificam-se desde o período axial da história, entre o século VIII e II a.C., do nascimento da filosofia, da substituição do mundo religioso-mitológico, na Ásia e na Grécia, pela racionalidade.

A dimensão multidimensional traz a pessoa humana com atributos intrínsecos do ser humano, tais como liberdade, igualdade, integridade física e psíquica. A exemplo, Sarlet (2013) ressalta que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável. É um elemento que identifica um ser humano e é inerente ao ser humano. Esclarece, com sapiência, que a dignidade da pessoa humana independe de consideração de circunstâncias concretas, por isso, até os maiores criminosos são iguais em dignidade, uma vez que são reconhecidos como pessoas. Razão pela qual as pessoas, mesmo aquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não podem ser objeto de desconsideração.

A fundamentação teórica, a respeito de dignidade da pessoa humana, vislumbra-se em duas dimensões: uma multidimensional e outra individual.

A dimensão multidimensional, repita-se, como já disse Comparato (2010), traz a pessoa humana como ser humano de forma integral. Já a dimensão individual caracteriza-se pelo contexto histórico-cultural em que se pontua o indivíduo. Nesse sentido, pondera Häberle (2013) que ela é a reação aos horrores e violações perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial e em sua dimensão prospectiva aponta-se para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa. Nesse diapasão, extrai-se que a dignidade da pessoa humana é o vetor de onde partem os ditames dos direitos humanos.

A importância do princípio da dignidade que é dada pela ordem jurídica é tal que o coloca como um superprincípio (PIOVESAN, 2006) que orienta tanto o Direito Internacional como o Direito Interno, norteia o constitucionalismo contemporâneo com racionalidade, unidade e sentido.

A dignidade da pessoa humana deve ser analisada e interpretada à luz de uma concepção jus-filosófica, ou seja, pelo aspecto das exigências da justiça, e ter base axiológica, para os princípios constitucionais de justiça e ética.

Assim ocorre nos ditames da Constituição Republicana Brasileira de 1988 ao introduzir inovações significativas no plano das relações

internacionais, quando se refere à independência nacional, à não intervenção, bem como à autodeterminação dos povos.

Nessa mesma toada, adverte, com propriedade, Barcellos (2002 apud GUERRA, 2013, p. 181) que o constituinte brasileiro, situando a dignidade da pessoa humana como um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro, elevou-a à categoria de princípio fundamental da República (art. 1º, III, CFB/88), adiante transcrito:

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

Comungando de igual entendimento, Guerra (2013) afirma que a dignidade da pessoa humana, em um contexto macro de direitos humanos, foi alçada à categoria dos princípios republicanos. Evidencia-se que os direitos humanos entendidos e reconhecidos como feixes de valorização tornam-se o sustentáculo protetivo dos direitos individuais e sociais consagrados na Constituição Federal.

Já Gosdal (2007) compreende a dignidade como função limite, para relações intersubjetivas, públicas e coletivas, que alicerça os direitos fundamentais; bem como a função de instrumentalizar o indivíduo para que se desenvolva o fazer, ao criar e se transformar. A dignidade, assim, como os direitos humanos em geral, tem um componente utópico que vislumbra transformar a realidade.

Para essa autora, a dignidade caracteriza-se como um princípio fundante porque informa o ordenamento jurídico. Deve ser observada pelo legislador e pelo intérprete do Direito e conclui que ela é também um direito que comporta pretensões que podem ser perseguidas e obtidas judicialmente de acordo com as previsões do Direito Positivo.

Por fim, a autora (GOSDAL, 2007, p. 103) estabelece uma linha tênue perpassando entre a dignidade e o trabalho, assim: “[...] o trabalho não é condição da dignidade, mas a dignidade é que deve estar presente no trabalho”.

Essa é a pedra fundamental da relação trabalhista, entre o empregador e o empregado, ou, ainda, em qualquer relação jurídica que se estabelece sob o manto da Constituição Cidadã, deve-se zelar pela dignidade da pessoa humana.

2.2 Os direitos humanos

Os fundamentos dos direitos do homem, preleciona Bobbio (2004, p. 43), são um problema, pois “apresentam-se diferentemente, conforme se trata de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter”. Para fundamentar um direito que já se tem, busca-se o ordenamento jurídico, alguma norma em que ele se enquadre, ao passo que, para aquilo que gostaríamos de ter, buscam-se as razões para se defender a legitimidade do direito em questão.

2.3 Conceitos de direitos humanos

Os direitos do homem são uma classe variável de direitos, pois se modificam com as mudanças e as condições da história, de maneira que o rol desses direitos catalogados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) varia de acordo com as necessidades e os interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para suas realizações. Depende, a exemplo, das transformações técnicas, tal como ocorreu com os direitos humanos criados após a Revolução Industrial, reconhecendo-se os direitos humanos dos trabalhadores.

Diante da variabilidade, o que pode ser fundamental em uma época, em uma determinada civilização, pode não ser em outras. Dessa forma, podemos concluir que não há direitos fundamentais por natureza, mas que se trata de invenção humana. Variam conforme o valor que se atribui à pessoa humana.

Piovesan (2011) entende e defende que os direitos humanos não são estáticos, revelam-se com a evolução da história, são um construído em movimento que se revela em constante processo de construção e reconstrução.

Ressalte-se que o momento de constituição dos direitos humanos surgiu no período pós-guerra, em resposta às atrocidades cometi-

das pelos adeptos de Hitler. Nesse contexto, de se condenar comportamentos nazistas, cabe salientar as palavras de Bobbio, que revelam com propriedade que a proteção dos direitos humanos é realizada por obrigações negativas de certos comportamentos ou por imposição de outros determinados comportamentos, assim:

[...] Todas as declarações vigentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. (BOBBIO, 2004, p. 21).

Podemos inferir que a proteção dos direitos individuais é vislumbrada para salvaguardar a pessoa em face dos desmandos do Estado. É um limite da ação do Estado e, ao que concerne aos direitos sociais, ao contrário, a proteção do Estado é almejada pelos indivíduos.

Não há consenso no pensamento contemporâneo a respeito da natureza jurídica dos direitos humanos. Para desvendar seu fundamento, e ainda que houvesse consenso, explica Bobbio (2004), a problemática não seria justificá-los, mas como protegê-los. Verifica-se um problema não filosófico, mas político.

Ademais, o problema do fundamento, da justificativa dos direitos humanos, está solucionado desde meados do século XX, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Saliente-se que as características dos direitos humanos são reveladas com:

[...] historicidade, pois afirma-se como produto do contexto histórico; universalidade, abrangem todo e qualquer ser humano; irrenunciabilidade, indisponibilidade ou inalienabilidade, não cabe ao titular renunciá-lo; relatividade, pois os direitos humanos colidem entre si e podem sofrer restrições por ato estatal ou do próprio titular; imprescritibilidade, não se lhes aplica a prescrição pois possuem natureza personalíssima e têm como objetivo salvaguardar a dignidade da pessoa humana; concorrência, complementariedade ou interdependência, são passíveis de exercício concomitante, a

exemplo a liberdade de expressão e a liberdade de religião; constitucionalização, previstos na Constituição da República com escopo de obter a proteção e a centralidade; supremacia, decorre de estar na Constituição da República, alcança forma normativa destacada dentro do ordenamento jurídico, vincula e limita os poderes políticos constituídos e, por fim eles possuem aplicabilidade imediata. (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 423).

Em suma, caracterizam-se os direitos humanos por serem universais, irrenunciáveis, indisponíveis, relativos, imprescritíveis, concorrenciais, complementares, interdependentes, centrais, supremos e de aplicação imediata.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, na acepção de Bobbio (2004, p. 47), é a manifestação da única prova que nos traz um sistema de valores que pode ser humanamente considerado e reconhecido. Surge de um consenso geral, entre os 48 Estados signatários, esse sistema de princípios fundamentais da conduta humana, é livre e expressamente aceito pelos governos dos respectivos países, a maioria dos homens livres da Terra, daí sua universalidade.

O universalismo não surgiu de um dia para o outro. Ao contrário, surgiu em um processo muito lento, e as teorias filosóficas que os informam estenderam-se durante três fases.

As fases também são denominadas por gerações (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 70-74). A primeira enfrenta o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas; a segunda, dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais; e a terceira geração luta contra a deterioração da qualidade de vida do homem e outras mazelas, com os direitos de solidariedade ou de fraternidade, contemplam o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio e, também, ao patrimônio comum da humanidade.

Em sentido diverso, revela Cançado Trindade (2003) que as teorias a respeito das gerações não são corretas e que juridicamente são infundadas, pois a expansão e o fortalecimento dos direitos humanos consagrados não são estáticos para se referir em períodos distintos, mas são complementares e estão em constante interação.

2.4 Precedentes históricos que deflagraram o processo de internacionalização dos direitos humanos

A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiu em meados do século XX, após a 2ª Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo, em decorrência das absurdas violações de direitos humanos perpetradas por Hitler.

A guerra significa a ruptura com os direitos humanos e o pós-guerra deve, então, significar sua reconstrução (PIOVESAN, 2011). Assim afirma que:

O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945 a vitória dos Aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional, simbolizadas pela Carta das Nações Unidas e pelas suas Organizações. (HENKIN apud PIOVESAN, 2011, p. 184).

Diante de um quadro perverso, de vidas perdidas e direitos transgredidos, idealiza-se um horizonte de paz, lança-se um sopro de esperança na história da humanidade.

A partir desse momento, no pós-guerra, no período de reconstrução da sociedade, inicia-se uma nova ordem internacional. Instaure-se um novo modelo de conduta nas relações internacionais com preocupações que vão desde a manutenção da paz e segurança internacional, passando pelas relações amistosas entre os Estados, traçando mecanismos de cooperação internacional, proteção ao meio ambiente, implantação de uma nova ordem econômica e, principalmente, a proteção dos direitos humanos.

Após três anos do advento da Carta das Nações Unidas, foram definidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais com precisão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Aprova-se tal documento por 48 Estados. Nessa medida, atribui-se natureza jurídica universal, como ensina Piovesan (2011), na medida em que se consagram em consenso os valores que os Estados-partes devem seguir.

Sob essa ética universal, ampara-se o tripé homem, democracia e paz, que se entrelaçam e reconhecem as condições mínimas de

vida em sociedade. Nesse diapasão, Lafer infere-se na apresentação de *A Era dos Direitos* (BOBBIO, 2004), reproduzindo sua doutrina “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

Nesse compasso, a comunidade internacional, conscientemente, reconhece que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes (VATTEL, 2004), é cidadão de seu país e também cidadão do mundo, uma vez que a proteção internacional também se lhe assegura a paz e o desenvolvimento pleno. Em abril de 2006, criou-se o Conselho de Direitos Humanos, órgão temático da ONU, e a partir de então os Estados-membros passaram a regular as normas internacionais e a aplicá-las no arcabouço do direito internacional privado. O Brasil, como parte dessa organização, cuidou para que o fenômeno se desenvolvesse em seu território.

2.4.1 Os direitos humanos no Brasil

O Estado brasileiro encontra-se em fase de alfabetização da sociedade, os direitos humanos são promovidos por parcerias entre o governo e o Terceiro Setor, identificado com o conceito de sociedade civil. Com matrizes teóricas importantes baseadas em posições de Tocqueville, Habermas e Gramsci, referendado por Paes (2010). No Brasil, tornam-se evidentes as parcerias com associações, comunidades e corporações com papel normativo e sociológico fundamental nas relações entre indivíduos e o Estado. Através do Terceiro Setor ou Organizações Não Governamentais (ONGs), o governo delega a elas a responsabilidade de instruir e promover ações práticas de cidadania.

A ação governamental brasileira, na acepção de Hillman, Peller e Da Silva (2001), que orienta as políticas de direitos humanos, é recente e somente se nota sua efetividade a partir de 1996. Todavia, há iniciativas anteriores, que se verificam em três processos independentes.

O primeiro processo, em 1970, floresceu com os movimentos da sociedade civil organizada, com a mobilização da opinião pública (BIJOS, 2014), em face das ações truculentas do regime militar, das práticas de perseguições, prisões, torturas e exterminações dos indiví-

duos, imbuídos de ideais diametralmente opostos aos praticados pelo autoritarismo do regime ditatorial.

O segundo processo inicia uma nova fase na política dos direitos humanos, conservadora, mas não obstrutiva, e irrompeu-se em 1974, com o recrudescimento de denúncias de sérias violações que perduraram até 1984.

Na esteira da Convenção Internacional, ressalta-se a igualdade de tratamento perante a lei. Leva-se em consideração os interesses de minorias, como direito das crianças e adolescentes, dos idosos, das mulheres, negros, população indígena, estrangeiros, refugiados, migrantes, pessoas com HIV, dependentes químicos, homossexuais, pessoas com deficiência e também os trabalhadores.

A maior demonstração da internalização e prática dos direitos humanos verificou-se em 2011, com a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV) (BRASIL, 2012), para apurar as graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

Definitivamente, o que garante a observação dos direitos humanos é sua internalização. Sua iniciação basal em escolas de aprendizado fundamental, como ocorre no Reino Unido, onde há tradição de educação cívica, e os adolescentes são introduzidos desde o ensino médio nos princípios do *Bill of Rights* (ESTADOS UNIDOS, 1689).

O Brasil carece de educação especializada, como nos diz Sachs (2008), planos de políticas públicas de disseminação do conceito de direitos humanos, diretamente relacionados com democracia. Os programas educacionais estudantis básicos devem incluir a disciplina direitos humanos, para que os brasileiros assimilem a lógica da cidadania, onde todos possam identificar os valores, individualizando-os e racionalizando-os.

2.5 Direitos humanos e o desenvolvimento econômico sustentável

A respeito do desenvolvimento econômico sustentável, Donnelly (1989) adota como ponto de partida um olhar sobre os sistemas políticos, relacionando-os à observância dos direitos humanos em prol

do desenvolvimento econômico. Entende que há uma convenção de bom senso que deve ser assimilada, explica a tragédia do sucesso do desenvolvimento no Brasil, no período do “milagre brasileiro”, entre as décadas 1960 e 1970, aponta um crescimento rápido com média *per capita* de 5,1% e, ao todo, de 1968 a 1973, com crescimento de 11,5%. Houve aumento de riqueza tanto para os ricos como para os pobres, mas em realidade houve desrespeito incomensurável aos direitos humanos.

A política governamental da época optou pelo desenvolvimento econômico irresponsável. Não havia planos para o presente nem para o futuro, concernentes aos direitos sociais, o mote de então convergia para realização de grandes investimentos, mormente no setor de construção civil, indústria de base e construções de estradas. Como consequência, o Brasil inseriu-se na corrente daqueles países que realizam desenvolvimento insustentável.

Nesse contexto, de desvalorização humana, Gosdal aponta para a neutralização dos valores morais e éticos, esvaziados na sociedade mercadológica e desenvolvimentista:

A lógica econômica é aceita sem reservas, assim como os primados da produção e do crescimento. Generaliza-se a ideia de que os homens estão reunidos em sociedade para produzir mais. O bem-estar, possibilitado pelo crescimento econômico, torna-se fim dos indivíduos e da sociedade, colocando-se a produção, os meios de produção e a técnica no centro dos interesses da sociedade. Como o dinheiro é o principal meio para realização desta finalidade, o objetivo da produção passa a ser o dinheiro. Nenhum valor se opõe à técnica e o indivíduo e sua existência humana passa a ser uma mera contingência. (GOSDAL, 2007, p. 22-23).

Inédito foi o crescimento da Coreia do Sul, o sucesso da história, desenvolvimento com atenção para as questões das desigualdades, cuidou das atividades necessárias como desenvolvimento rural, investiu em economia dos pequenos agricultores, vulneráveis a desastres naturais. Investiu-se também muito em educação, considerando-se a educação fator de contribuição para o trabalho, inclusive em indústrias, tudo se refletiu no pleno emprego dos cidadãos coreanos.

Há questões inevitáveis, decorrentes da globalização (MACIEL, 1998), e que refletem no direito dos trabalhadores, da evolução tecnológica, e das quais decorre o desemprego.

Refletindo mais sobre a crise estrutural gerada pelo desenvolvimento insustentável, obtempera Herrera Flores (2005 apud GUERRA, 2013) que a globalização, na fase em que se encontra, é caracterizada pela proliferação de centros de poder com uma rede de interconexões financeiras, e a informatização possibilita gerar efeitos no mesmo momento e, também, a espoliação aos direitos trabalhistas e sociais, contribuindo para mudanças significativas em matéria de direitos humanos.

A Declaração dos Direitos ao Desenvolvimento, por meio da Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, trouxe as diretrizes que devem ser observadas pelos Estados-membros para frear a exploração aos direitos humanos.

Preleciona com sabedoria Anjos Filho (2016), a Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento consagra uma dupla dimensão, individual e coletiva, desse direito.

O direito ao desenvolvimento terá sempre uma dimensão individual, com foco no ser humano. A posição central da pessoa humana é assegurada pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pelos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, a partir do momento em que todos esses documentos tomam como fundamento a dignidade da pessoa humana. Mas o direito ao desenvolvimento também possui uma dimensão coletiva, que abrange os povos e os Estados.

A questão global traz uma mudança crucial no binômio espaço-tempo, traz a convergência das sociedades ao redor do mundo, a oportunidade de participar virtualmente e em tempo real de eventos e processos, em todos os lugares, concomitantemente. Todos esses elementos afetam o conceito das diretrizes e dos objetivos do Estado, voltados para um desenvolvimento social pleno.

Há outros sujeitos que também podem ser inseridos na dimensão coletiva do direito ao desenvolvimento, como, por exemplo, as coletividades internas regionais, os grupos vulneráveis e as minorias. Na doutrina, até mesmo as futuras gerações podem ser compreendidas como titulares do direito ao desenvolvimento.

2.5.1 Cidadania: noções

A cidadania instaura-se a partir dos processos de lutas, desde a Independência dos Estados Unidos da América do Norte e da Revolução Francesa, que romperam com o princípio de legitimidade que vigia até então, baseado nos deveres dos súditos, passaram a estruturá-lo a partir dos direitos do cidadão.

Defender a cidadania social deve ir além da configuração prevista nos instrumentos jurídicos, deve-se assegurar direitos econômicos, sociais e culturais. Contemplar também modelos que deem conta de todas as pessoas nacionais ou não, que possam buscar alternativas para a pobreza e desigualdade, conjugando esforços transnacionais, para a efetivação da dignidade da pessoa humana, como um valor, em dimensão de direitos humanos.

Nessa medida, a cidadania, em sua acepção mais ampla, é a expressão concreta do exercício da democracia.

2.5.2 Os direitos humanos dos trabalhadores

Desde 1948, já estavam expressas as garantias mínimas dos direitos humanos laborais, já se pautavam os ditames de trabalho decente, mormente nas disposições estatuídas nos artigos XXIII a XXIV, em rol elucidativo, do patamar mínimo dos direitos do homem-trabalhador.

Não somente a Declaração Universal dos Direitos do Homem trata da proteção aos direitos humanos dos trabalhadores, há outros pactos internacionais, tais como a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (1966, o Pacto de São José), o Protocolo Adicional de São Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais de 1988, outras convenções da OIT, que cuidam do tema em comento, a saber, n. 87 e 98, que tratam da liberdade sindical; n. 29 e 105, que versam sobre trabalho forçado; n. 138 e 182, que nos revelam a proibição de trabalho abaixo de idade mínima e da eliminação das piores formas de trabalho; e, também, n. 100 e 111, que cuidam da proibição de discriminação.

Vale destacar, a XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, lá nos idos de 1966, aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (BRASIL, 1990), que

deliberou sobre esse conjunto mínimo de direitos humanos dos trabalhadores. E o Brasil o ratificou em 1992, vigente até o presente.

A respeito da pauta dessa Assembleia, afirma-se com propriedade que:

Os Estados-membros reafirmaram o compromisso de respeitarem, promoverem e tornarem realidade, de boa-fé, o direito dos trabalhadores e empregadores à liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, assim como a trabalharem pela eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a erradicação efetiva do trabalho infantil e a supressão da discriminação em matéria de emprego e ocupação. (SÜSSEKIND, 2007, p. 24).

Analisando o texto da *Declaration universelle des droits de l'homme* (HAARSCHER, 1993), verifica-se que o artigo 23 (ONU, 1948)³ inspirou e ainda inspira modelo para todas as nações, oferecendo o balizamento dos direitos mínimos dos trabalhadores, quais sejam: as pessoas têm direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego, a salário igual para trabalho igual, não pode haver discriminação, o valor do salário deve observar o mínimo necessário para a subsistência do trabalhador e sua família, e deve ser garantida a dignidade da pessoa humana.

Informa Pereira (2015) que no passado se discutiu muito a respeito dos tratados internacionais – que versam sobre os direitos humanos, pactuados antes da Constituição de 1988 –, se haviam sido incorporados ao nosso ordenamento jurídico. A pá de cal, para pôr fim às discussões, foi recentemente posta pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através da Súmula Vinculante n. 25, a qual modificou antigo entendimento jurisprudencial que os admitia com critério de paridade da lei ordinária e passou a admiti-los com *status* de supralegal, assim, foram promovidos e consagrados ao *status* de norma constitucional.

Importante ressaltar que a principiologia orientadora das regras que elencam os direitos sociais, no âmbito internacional, como nos apresenta Piovesan (2010), deve orientar em âmbito nacional os direitos sociais, internamente, dos Estados-membros que ratificaram o

3 *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre el chômage. 2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal. 3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitale et satisfaisante lui Assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme 'la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale.*

Pacto Internacional. E os princípios: a) da observância do *minimum core obligation* (é o dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais e tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos) segundo essa autora; b) da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, do qual decorre o princípio do não retrocesso social; c) da inversão do ônus da prova; e d) dos deveres dos Estados. E, ainda, para a mesma autora, a respeito dos tais princípios, dois são extremamente importantes, a saber:

O princípio da proibição do retrocesso, em que da obrigação de progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula da proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados-partes retroceder no campo da implementação desses direitos. A progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos e cabe aos Estados-partes o ônus da prova.

[...] O outro, o princípio democrático da participação, da transparência ou da *accountability*: enfatiza-se o dever, dos Estados-partes assegurar, ao menos, o núcleo essencial mínimo, a cada direito econômico, social e cultural enunciado no Pacto, porque tem eles como fonte o princípio maior da dignidade humana, o princípio fundante e nuclear dos direitos humanos, o que demanda absoluta urgência e prioridade. (PIOVESAN, 2011, p. 235).

Extrai-se que, em termos de direitos humanos sociais, há de serem preservados os direitos que foram conquistados, sob pena de perda das conquistas, e que os Estados-partes devem assegurar que sejam efetivados os direitos basilares para uma vida digna.

Estabelece, também, o referido Pacto Internacional que os Estados-partes devem adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos. São eles direitos sociais, também conhecidos por direitos ao bem-estar.

Os direitos sociais, do modo apresentado, são verdadeiros *welfare*. São uma construção social internacional em que a responsabilidade primeira está reservada aos Estados-partes. Contudo, não há penalidades, no campo jurídico, para caso de descumprimento. Já no

plano político, ocorre o chamado *power of embarrassment* que o Estado violador sofre, na área política-moral, nacional e internacional.

Atenção especial deve ser dispensada aos arts. 6º e 7º dos dispositivos elencados no PIDESC. Quanto aos arts. 8º e 9º, embora também sejam importantes e tratem de matéria trabalhista – o 8º dispõe regras sindicais, liberdade sindical, exercício do direito de greve dos trabalhadores e o 9º cuida de reconhecer o direito à previdência social e ao seguro social –, não são objeto de reflexões neste trabalho, mas sim a exploração do trabalhador.

Pois bem, refletindo a respeito do art. 6º (BRASIL, 1990)⁴, dele se entende que os trabalhadores são livres para escolher e aceitar um trabalho, bem como deve o Estado assegurar a orientação e a profissionalização aos trabalhadores, por meio de normas por ele expedidas, com escopo de resguardar aos indivíduos as liberdades políticas e econômicas fundamentais. Assim, conclui-se que trabalhador enganado, arregimentado para trabalho o qual não foi exatamente o que escolheu, pode pleitear ao Estado-parte, signatário do Pacto, que tome medidas para coibir atos que o levaram a ser enganado.

Estabelece, da análise do art. 7º (BRASIL, 1990)⁵, o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, preservar a dignidade da pessoa humana para que o trabalho seja praticado em condições justas e favoráveis.

Nessa toada, de internalização do conceito de trabalho decente, Zas (2014), com propriedade, salientou a importância dos direitos hu-

4 Art. 6º .1. Os Estados-Parte do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado-Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

5 Art. 7º - Os Estados-Parte do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: Uma remuneração que propicie, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores à dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; a segurança e a higiene no trabalho; igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhe corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

manos diante da precarização das condições de vida e trabalho promovidas pela avalanche neoliberal, ressaltando o conteúdo, o alcance e as relações entre direito interno e o direito internacional. Sintetizando e fazendo coro nesse entendimento, Pinto (1997 apud ZAS, 2014) nos diz que a ordem do dia, no concernente aos direitos humanos dos trabalhadores, é a proteção do ser humano, do homem trabalhador, assim:

[...] la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional há motivado intensas controversias; en especial, en lo relativo a la concurrencia entre normas internacionales e internas, sea para seleccionar la aplicable, sea para determinar la validez de alguna de ellas de presentar alguna incompatibilidad.

E ainda

[...]. El principio pro homine o por persona es un criterio de interpretación que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de retañecer derechos protegidos, e inversamente, trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (PINTO, 1997, p. 163).

Do exposto, desponta do princípio do pró-homem ou também chamado de pró-pessoa, a característica fundamental dos direitos do homem, de se colocar sempre em prol e favor dos homens.

No que tange aos direitos específicos dos trabalhadores:

São eles englobados na segunda geração ou dimensão, que trata, entre outros, dos direitos econômicos e sociais, que não são, entretanto, apenas os direitos trabalhistas, mas o direito educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, além de outros. (BRITO FILHO, 2004, p. 50).

Esse é o entendimento majoritário dos doutrinadores que tratam da matéria, inserem os direitos sociais no quadro da segunda geração da classificação dos direitos humanos, já oportunamente referida.

Ressalte-se que em junho de 1998, na 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, definiu-se que o conjunto de convenções na Declaração da OIT são os princípios e os direitos fundamentais no campo laboral, portanto o regramento tem abrangência de Direito Internacional privado para todos os Estados-membros que firmaram as convenções, e, assim, devem as regras ser respeitadas pelos pactuantes.

2.6 Violações aos direitos humanos: o tráfico de pessoas

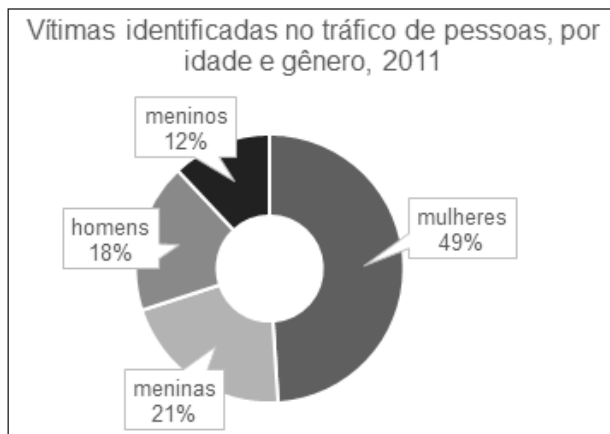
O tráfico de pessoas é uma atividade de baixos riscos e de altos lucros, como se pode inferir dos ensinamentos de Cunha Dias (2005) revelando a publicação especial da OIT em conjunto com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, do Poder Executivo Federal.

As pessoas, em especial as mulheres traficadas, podem entrar nos países com visto de turista e as atividades ilícitas são facilmente camufladas em atividades legais, como o agenciamento de modelos, babás, garçonetes, dançarinas ou, ainda, mediante a atuação de agências de casamento.

Consoante Albuquerque (2011), quanto à violação de direitos humanos, há uma triste verdade a respeito do tráfico de pessoas, essa chaga é uma das atividades criminosas mais rentáveis, mais ainda que o tráfico de entorpecentes e de armas.

O *Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas*, divulgado em 24 de novembro do mesmo ano, em Viena/Áustria, pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), destaca que não há lugar no mundo onde mulheres, homens e crianças estejam a salvo do tráfico humano. Em cada três vítimas conhecidas, uma é criança, e em cada três crianças vitimadas, duas são meninas, o que somado ao número de mulheres representa 70% das vítimas do tráfico mundial, conforme Gráfico 1, abaixo:

Gráfico 1

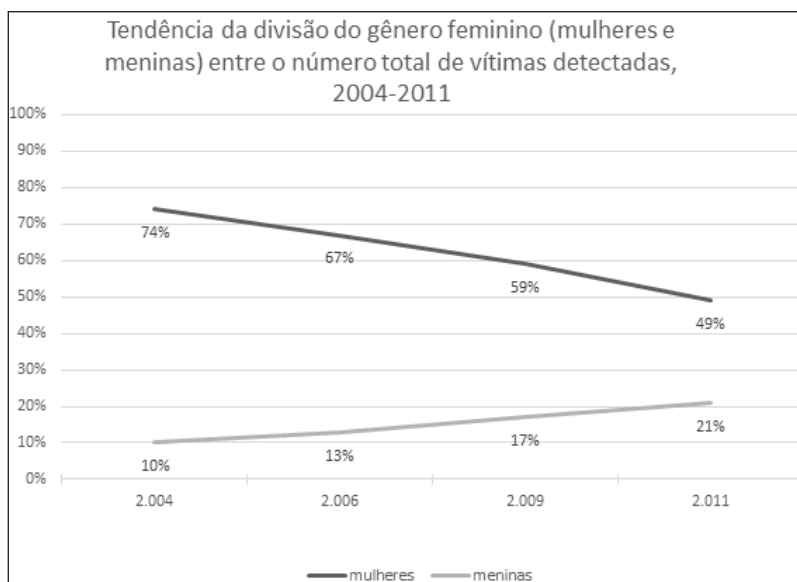


Fonte: UNODC, 2014.

Os dados demonstram que o gênero feminino, considerando-se mulheres e meninas, compreende mais da metade de todas as pessoas que são traficadas.

Destaque-se, ainda, que nenhum país está imune. Os dados alarmantes representam apenas o que foi notificado, sabendo-se que a realidade é muito mais grave. Estima-se que mais de 2,4 milhões de pessoas são vítimas do tráfico em nível mundial. Foram identificados na pesquisa 152 países de origem e 124 países de destino do tráfico de pessoas, além de mais de 510 fluxos ou rotas ao redor do planeta. Como se pode verificar no Gráfico 2, a seguir:

Gráfico 2



Fonte: UNODC, 2014.

O Gráfico 2 nos revela que, no período entre os anos de 2004 e 2011, no tráfico de pessoas ocorreu um deslocamento de gênero. Houve um significativo decréscimo do número de mulheres traficadas, mas, na mesma proporção, cresceu o número de meninas traficadas. Uma questão muito importante a se analisar. As meninas estão sendo mais utilizadas como objeto de tráfico, muito provavelmente pela maior vulnerabilidade.

Com o escopo de enfrentar o tráfico de pessoas nos últimos anos, o Brasil adotou medidas direcionadas ao desafio de acolher milhares de pessoas que transpõem suas fronteiras, seja por questões climáticas, seja por conflitos armados, perseguições religiosas ou políticas, entre outras, bem como o de receber estrangeiros que chegam para trabalhar, em busca de melhores condições de vida.

Outras medidas, de caráter relevante, foram adotadas pelo Brasil para garantia dos direitos humanos, a exemplo temos: na questão migratória, a Lei n. 11.961, de 2 de julho de 2009 (Lei de Anistia Migratória), firmado o Acordo de Livre Residência para os nacionais dos Estados-Partes do Mercosul, Bolívia e Chile – Decretos n. 6.964/2009 e n. 6.975/2009 – e para o Peru, em 2011, e Colômbia, em 2012, firmando, também, a Declaração de Brasília (Brasil) sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano (11 de novembro de 2010) e a Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional dos Refugiados (23 de novembro de 2012), em Fortaleza/CE/Brasil, entre outras. Ratificou, também, cumpre lembrar, a Convenção n. 97/1949, da OIT – Decreto n. 58.819/1966 –, que cuida do regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes.

No continente europeu, verificou-se um paradoxo. Quanto mais medidas de segurança são tomadas contra migrantes e refugiados, mais eles se tornam dependentes dos contrabandistas e mais esses se tornam poderosos, por isso:

Duas políticas foram estudadas e implementadas pelas centrais da EU: a Parceria para a Mobilidade entre a UE e a Tunísia, e a Agenda europeia em matéria de migração. Ambas demonstram que a ênfase excessiva na securitização da migração leva a um aumento do contrabando de migrantes, ao invés de redução, o que resulta em cada vez mais vidas sendo perdidas no mar. (ROMDHANI, 2014).

Muito embora o Brasil tenha alcançado uma posição de destaque em protagonismo de política e economia internacionais, historicamente é reconhecido como um país acolhedor de populações migrantes das mais diversas nacionalidades, bem como um Estado de origem de muitos migrantes. Nota-se um paradoxo em sua posição, de único país do Mercosul que não ratificou a Convenção da OIT

(BRASIL, 2011) sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, em vigor desde 2003.

Essa Convenção, não ratificada pelo Brasil, é um instrumento internacional de fundamental importância para garantir os direitos dos trabalhadores migrantes e de suas famílias, protegê-los de situações de exploração, sobretudo de exploração laboral e do trabalho escravo, promover o acesso à educação e à capacitação profissional.

O Brasil também não ratificou a Convenção n. 143 da OIT, que cuida da promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento aos trabalhadores migrantes, inclusive prevendo, pioneiramente, garantias trabalhistas mínimas para os trabalhadores migrantes em situação irregular. A Convenção n. 143 foi expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 86/1989.

E mais, não possui uma lei atualizada e adequada para o tratamento da situação do estrangeiro no país, mantém o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), norma obsoleta, da era do regime militar, cujo viés é claramente direcionado à segurança nacional, divorciada dos princípios internacionais dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o país é signatário.

Todavia, cumpre registrar a existência de um anteprojeto de Lei de Migrações que, segundo André de Carvalho Ramos (2014), um dos membros da Comissão de Especialistas responsável pela elaboração da citada norma, encontra-se fortemente voltada à promoção dos direitos humanos.

Os países vizinhos do Brasil, mormente o Paraguai e a Bolívia, o enxergam como um verdadeiro pote de ouro, o eldorado, um prêmio em terra com oportunidades de trabalho e renda muito acima daquelas por eles diuturnamente experimentadas e vividas.

Segundo Bijos, a situação dos bolivianos é a mais precária dos povos sul-americanos:

[...] o panorama socioeconômico da Bolívia mostra-a como uma das nações de renda per capita mais baixa da América do Sul, da ordem de US\$ 950 (PNB), conforme dados do Banco Mundial (1999), uma expectativa de vida de 61 anos, com uma taxa de mortalidade infantil alta, uma

em cada dez crianças morre de diarreia, desidratação ou desnutrição (*Relatório de Desenvolvimento Humano 1998-9*). (BIJOS, 2013, p. 94).

Diante dessa pobreza estrutural da Bolívia, referida pela autora, os interessados em uma situação menos precária, em busca da cidadania, arriscam-se em migrar para o Brasil. Tomam conhecimento das oportunidades, de forma simples e muito comum, cuja prática já é antiga. Extrai-se, a exemplo, da leitura do romance de Steinbeck (2012, p. 187), que narra a respeito da vida de homens, em êxodo do Norte para o Sul do Estado, assim: “Porque o homem, ao contrário de qualquer coisa orgânica ou inorgânica do universo, cresce para além de seu trabalho, galga os degraus de suas próprias ideias, emerge acima de suas próprias realizações”.

Os homens que saem em êxodo pelas estradas rumo aos sonhos, com um papel na mão, perseguindo o aviso, o recorte de jornal (LIMA, 2015)⁶ noticiando que em algum local pagam-se bons salários, que estão precisando de gente para fazer colheita, vão em busca de trabalho e o aceitam até mesmo por pagamento de um pedaço de carne. E os sonhos se esvaem.

Nesse mesmo movimento, saem os bolivianos e as bolivianas de suas casas, muitas vezes a família inteira, com crianças de colo, deixam seu país com a notícia do rádio, de promessa de trabalho digno, com fornecimento de casa, comida e salário, esperança de um mundo melhor, todavia se deparam com outra realidade.

Os dissabores bolivianos também são contados por Lima:

Chegando ao destino, a realidade não se torna melhor, pois se deparam os trabalhadores com condições extremamente precárias, muitas vezes morando, dormindo e comendo no mesmo lugar em que exercem suas atividades laborais (oficinas de costuras, muitas vezes), tendo de pagar por tal “moradia”, além de pagarem também pela parca e quase sempre de baixíssima qualidade alimentação que lhes é fornecida. (LIMA, 2015, p. 325).

A realidade da chegada dos imigrantes bolivianos ao destino é totalmente díspar, é ela perversa e se repete. Deparam-se com con-

⁶ Nessa obra, o autor relata fatos cotidianos da vida real, nos deparamos com a repetição dos fatos narrados no romance referido, *As vinhas da ira*, de Steinbeck. A vida real e a fantasia se confundem.

dições de trabalho precárias, dormem, trabalham, fazem as refeições dentro de um mesmo aposento de uma oficina de costura, podendo ser até mesmo dentro de banheiros. Somando-se a esses fatos, na maioria das vezes, os imigrantes chegam ao seu destino devendo o dinheiro do transporte da Bolívia para o Brasil, e muitas vezes chegam sem qualquer documentação, geralmente indocumentados.

O que se pode extrair das preciosas informações de Lopes (2009), sintetizando, é que o trabalhador boliviano, que labora em oficinas de costura, experimenta o sabor amargo da exploração humana, o tratamento desumano de ser tratado como se escravo fosse, desprovido de sua dignidade.

A ciranda de exploração humana e o aviltamento de vidas de trabalhadores decorrem da ética liberal do mercado, imbuída de desrespeitar os direitos humanos para obtenção de aumento de poder econômico.

Retomando ao tráfico de pessoas, não há unanimidade na conceituação, mas é pacífico que “é uma categoria jurídica que nasceu dentro da discursividade da necessidade de policiamento das fronteiras transnacionais” (NOGUEIRA; NOVAES; BIGNAMI, 2014, p. 25).

O enfrentamento ao tráfico de pessoas não é prioridade somente internacional, como nacional. No Brasil, temos políticas públicas, como a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto n. 5.948, de 26 de outubro de 2006), e para implementá-la temos o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP), de 2008, e o II Plano, de 2013, Decreto n. 7.901, de 4 de fevereiro de 2013.

Tão importante é o PNETP, que, quando da elaboração de sua segunda versão, denominado II Plano, foi desenvolvido com participação interdisciplinar de entidades representativas da sociedade civil, do Poder Judiciário, do Ministério Público e também de grupo interministerial do Poder Executivo Federal.

A definição de tráfico de pessoas está ligada ao que foi firmado por instrumentos internacionais, notadamente o Protocolo de Palermo

(BRASIL, 2004)⁷, que trata o tráfico no sentido de exploração e da mercantilização das pessoas e ainda toca a questão do aliciamento e da redução à condição análoga à de escravo (NOGUEIRA et al., 2014).

Os fatores circunstanciais que favorecem o tráfico de pessoas são: globalização, pobreza, ausência de oportunidade de trabalho, discriminação de gênero, instabilidade política, econômica e civil em regiões de conflito, violência doméstica, emigração indocumentada, turismo sexual, corrupção de funcionários públicos e legislação inadequada e desatualizada, em que ocorrem ausência de harmonização das normas nacionais, burocracia excessiva e atividade judicial morosa que estorvam o combate ao tráfico.

Para o tráfico ser bem-sucedido, é necessário que o traficante mantenha a vítima com medo, controlando-a, e esse controle é obtido por meio de violência, tortura, estupro, intimidação, pode ser a ameaça sob a forma velada, na qual a ameaça a familiares da vítima faz com que ela obedeça ao traficante.

Ademais, há de se observar as formas em que podem ocorrer a exploração, a saber: para prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual; para o trabalho ou para serviços forçados; para escravidão ou práticas similares à escravidão; ou à servidão ou à remoção de órgãos do corpo.

Importante, também, a análise do meio utilizado para o controle da vítima, por meio de fornecimento ou não de comida e de bebida; condição degradante; excesso de trabalho diário, jornadas

7 “Art. 3. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão ‘tráfico de pessoas’ significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados ‘tráfico de pessoas’ mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo ‘criança’ significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos”.

exageradas; exigência de pagamento de dívida, de transporte, de aluguel e do mercadinho.

Podemos verificar, a partir da análise do Protocolo de Palermo, que há três eixos (PRADO; COELHO, 2015) nos quais se assenta o tráfico: o recrutamento, o transporte e o alojamento ou acolhimento de pessoas.

A prática nesses eixos mencionados é executada, ainda com recurso à ameaça ou outras formas de coação, objetivando obter autoridade sobre uma pessoa, para fins de exploração. Ressalte-se que as finalidades da exploração são previstas no Protocolo de Palermo.

Analisando ainda o art. 3º do Protocolo de Palermo, nos informam Nogueira, Novaes e Bignami (2014), tratando da conduta do infrator, que o tipo penal caracterizador do traficante revela a pessoa que age, viciando de alguma forma o consentimento da vítima e tem a finalidade de agir. E o núcleo da ação da conduta é praticado por meio de cinco possibilidades: recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher pessoas.

Do arcabouço jurídico sobre migração e tráfico de pessoas podemos extrair que, para o tráfico de seres humanos, não é condição *sine qua non* que a pessoa tenha migrado forçadamente, é necessário, sim, o estudo do contexto social, dos fatores que levaram a pessoa a sair da localidade em que vivia.

Capítulo 3 - As práticas predatórias neoliberalistas, o *dumping* e o valor social do trabalho

Este capítulo enfrenta o tema dano e *dumping* social, sob a perspectiva do Procurador do Trabalho, exercendo a sua missão constitucional de defender os direitos e interesses, difusos e coletivos, dos trabalhadores, bem como a missão de fazer cumprir o ordenamento jurídico brasileiro e zelar pelos interesses da sociedade brasileira.

Um novo Direito do Trabalho se direciona, todavia, não para melhor aparatar o trabalhador de instrumentos que lhe permitam resguardar os direitos conquistados com tantas lutas, mas direciona-se para o término dos direitos mais comezinhos. Esse tema é tratado como o centro dos estudos, salientando-se que, com ele, a economia e a sociologia caminham juntas, entrosando-se em seus conceitos e ações concretas trabalhistas. E essa relação interdisciplinar se reflete em ações empresariais, em toda sociedade com avanços e retrocessos.

Especialmente quanto aos nocivos retrocessos, bem disse Pereira em artigo magistral que aponta as novidades perversas que estão sendo preparadas, a toque de caixa, pelos legisladores brasileiros, com a crise sistêmica que atravessa o Brasil em 2016, transcreve-se:

Em momentos de crise, a flexibilização de direitos, nessas circunstâncias, só favorece a expansão do capitalismo predatório, em que os grandes engolem os pequenos. [...]. O modelo do trabalho socialmente protegido deve resistir às investidas ultraliberais que, numa completa inversão dos valores constitucionais, difundem que os trabalhadores produzem mais quanto maiores são as suas dificuldades econômicas e a exposição aos riscos de toda natureza, como alerta Alain Supiot. A liberalização das barreiras, mediante eliminação ou flexibilização dos direitos, provoca danos irreversíveis. Um deles, segundo Supiot, é deslocar a concorrência dos produtos para a concorrência dos ordenamentos jurídicos. Ou seja, a rentabilidade das empresas, nesta lógica, não decorre da qualidade dos produtos, mas do espaço que alguns ordenamentos jurídicos conferem para explorar mais e se responsabilizar menos pelos estragos das ações. Submeter o nosso direito do trabalho à dinâmica do mercado total, tornando-o atrativo para práticas degradantes e precárias, atenta contra toda a sociedade brasileira e bloqueia, de uma vez por todas, o tortuoso itinerário para assegurar trabalho digno e decente aos brasileiros. (PEREIRA, 2016, p. 2).

Sob essa ótica, de um novo direito laboral avassalador, verificam-se as condutas dos empresários com práticas predatórias, explorando mão de obra, com prática de concorrência desleal. Por vezes ocasionando o fechamento de empresas de pequeno porte ou de atividades microempresariais, afetando diretamente o valor social do trabalho, a vida do cidadão trabalhador e a sociedade brasileira como um todo.

Pretende-se lançar, já neste capítulo, algumas ideias relativas ao trabalho realizado em cadeias produtivas, à exploração dos direitos dos trabalhadores, abordando conceitos e espécies de *dumping* social e econômico, tais como esporádico, cíclico, predatório e defensivo, apontando-se ao trabalho realizado em condições indignas.

3.1 A ética liberal do mercado e a inobservância dos direitos humanos: os reflexos nos contratos de trabalho

Os países desenvolvidos mais robustos utilizam-se de estratégias que põem em risco os direitos humanos dos trabalhadores, o que traz a necessidade de repensar os mecanismos do desenvolvimento econômico.

As empresas globalizadas são complexas e poderosas, espalhadas pelo mundo, e defendem a tese da teoria econômica liberal, na qual o Estado deve permanecer o quanto mais afastado possível da vida mercantil, devendo atuar apenas excepcionalmente. Assim nos diz Raz⁸:

A tradição liberal sempre foi ambivalente sobre o papel e justificação dos direitos fundamentais. Alguns dos maiores filósofos liberais, tais como J.S.Mill, cuja análise dos direitos é perspicaz e provou ser muito influente, não lhes atribuíram um papel fundamental em sua teoria moral ou política. Outros, como Locke, fizeram. É verdade que os direitos avultam em alguns escritos liberais, e quando o fazem são comumente pressionados em serviço do interesse de uma perspectiva moral individualista política de práticas liberais, no entanto, é muito mais ambígua. Muitos direitos foram defendidos em nome da liberdade individual. Mas

8 *"The collective aspect of liberal rights. The liberal tradition was always ambivalent on the role and justification of fundamental rights. Some of the greatest liberal philosophers, such as J.S.Mill, whose analysis of rights is insightful and proved very influential, did not assign them a foundational role in their moral or political theory. Others, like Locke, did. It is true that rights loom large in some liberal writings, and when they do they are commonly pressed into service in the interest of an individualistic moral outlook. Liberal practical politics, however, is much more ambiguous. Many rights were advocated and fought for in the name of individual freedom. But this was done against a social background which secured collective goods without which those individual rights would not have served their avowed purpose."*

isso foi feito contra um fundo social que garantiu bens coletivos sem os quais esses direitos individuais não teriam servido o seu propósito declarado. (RAZ, 2009, p. 250-251, tradução da autora).

A dinâmica da sociedade massificada global impulsiona as empresas transnacionais a lançarem mão de práticas expropriatórias e ao final prejudicam as possibilidades de efetivo crescimento dos países em desenvolvimento. São pobres e não suportam as barreiras impostas como condicionantes ao crescimento. Tem sido uma prática corriqueira e contumaz: a exploração da pobreza para produzir bens mais baratos, promovendo *modus vivendi* de desperdício em países desenvolvidos às custas dos Estados pobres.

Ressalte-se que a empresa global, a despeito de implementar novos empregos em suas filiais, promovendo direitos sociais, paradoxalmente, pode praticar abusos na promoção dos direitos sociais ao empregar crianças ou adolescentes, escamoteando-lhes os direitos mais comezinhos, a exemplo, o direito de não trabalhar antes da idade mínima parametrizada pela OIT por meio da Convenção n. 138 e Recomendação n. 146, que no Brasil foram internalizadas em nosso sistema jurídico, ambas promulgadas pelo Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.

A exemplo da expansão empresarial e da exploração de vidas de pessoas, adultas e crianças, geralmente muito pobres, carentes dos mais comezinhos direitos sociais, temos o clássico caso, que foi publicado em todas as mídias mundiais, de conhecimento público e notório, em que se reportou a exploração de trabalho escravo e infantil pela empresa Nike (BANJO, 2014). A fama começou em 1996, quando a revista *Life* publicou uma foto em que um menino paquistanês costurava bolas de futebol daquela marca. Desde então, essa empresa tem sido uma das companhias que há mais tempo luta contra a imagem de ser uma multinacional conivente com a exploração do trabalho escravo e infantil por parte de seus fornecedores.

Embora haja muitos instrumentos jurídicos pautando mecanismos para verificar a implementação da proteção dos direitos humanos, os avanços do mundo globalizado criam um cenário internacional livre de restrições, eliminando as barreiras comerciais. Favorecem-se a criação e a expansão de grupos empresariais, as empresas transnacionais, e, ao final, apesar de tais empresas serem potencialmente

capazes de interferir, dar efetividade e proteção aos direitos humanos, fazem o contrário: não só não se ativam nesse sentido, como promovem a violação de forma contumaz e voraz.

Concluem nessa toada Freitas Jr. e Panunzio (2006) que, muitas vezes, sequer são chamadas a responder pela violação de direitos que desrespeitaram. As empresas transnacionais, violadoras dos direitos humanos, devem ser responsabilizadas, arcar com obrigações e indenizações de reparação dos danos sofridos, decorrentes do ato violador. Ocorre que há uma lacuna na legislação e, a despeito dessa ausência de codificação, há parâmetros que devem balizar a matéria.

Deve-se seguir os costumes internacionais compilados pela Assembleia Geral da ONU, redigidos no âmbito da Comissão de Direito Internacional (ILC), os denominados *ILC-Draft Articles*. Tendo regras sobre a reparação integral do prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito, ainda cuidam os *ILC-Draft Article* de três possíveis formas: pela restituição, também denominada *restitutio in integrum* (art. 35); pela indenização (art. 36); e pela satisfação (art. 37). Sendo que, para casos de violação continuada, impõe-se também, ao violador, a cessação da prática do ato ilícito (art. 30).

Na prática, como nos ensina com maestria Sússekind:

Os procedimentos contenciosos podem ser instaurados mediante uma organização de empregadores ou de trabalhadores ou de queixa de um Estado-membro, pelo Conselho de Administração. Se a queixa for preliminarmente admitida pelo Conselho de Administração esse designa uma comissão de investigação, cujas conclusões lhe são submetidas para decisão. A Constituição da OIT possibilita a submissão do caso à Corte Internacional de Justiça (arts. 29 a 33). (SÜSSEKIND, 2007, p. 26).

Todavia, se restar demonstrado que há tolerância ou conivência do Estado com o ato violador da empresa global, deverá aquele responder internacionalmente, em razão do ilícito.

Nessa trilha salienta Beltramelli Neto (2014, p. 236-237) que “em se tratando de responsabilidade civil por violação de direitos humanos, o Estado ostenta posição dual: é, ao mesmo tempo, garantidor desses direitos e seu potencial violador”. Ressalta esse doutrinador que o Estado tanto responde por atos de órgãos *de jure* – respondendo por atos praticados por agentes estatais de todos os níveis, ainda que

se verifique a extrapolação de competência pelo autor do fato (atos *ultra vires*) – quanto por atos de órgãos *de facto* – atos praticados por pessoas privadas, físicas ou jurídicas, com delegação de atribuição, como as concessionárias e as permissionárias.

Foram consolidadas novas medidas satisfativas pela jurisprudência internacional, tais como obrigações de fazer ou não fazer. Dentre elas, encontram-se as *punitive damages* ou indenizações punitivas, que se trata de obrigação pecuniária exemplar, com escopo de se punir o Estado infrator.

As *punitive damages* foram inspiradas na teoria dos desestímulos de origem norte-americana. Baseia-se em punir exemplarmente o agente causador do dano, de forma a inibi-lo a reiterar a conduta danosa.

Sopesando atentamente os ensinamentos acima, todo o arcabouço de normas – internacionais e de Convenções, Resoluções e outras regras da OIT, bem como normas nacionais – foi construído com o escopo de não se rebaixar a dignidade da pessoa humana. Para não se ignorar a noção de mínimo existencial, bem como com respeito ao trato das relações empresariais, o desenvolvimento econômico deve ser realizado limitando-se às regras da proibição do retrocesso (SARLET, 2015), ou seja, não se pode permitir perder os direitos que já foram consagrados e que já estão na ordem de serem efetivamente implementados.

Deve-se saber e entender a noção correlata dos deveres de desenvolvimento sustentável e de progressiva realização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (SARLET, 2015).

Dessarte, o reconhecimento dos direitos humanos, da proteção e da dignidade da pessoa humana deve ser sempre apresentado como a pedra fundamental das relações humanas como um todo e, assim, propiciar o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos trabalhadores.

3.2 O valor social do trabalho e a função social da empresa

Preleciona Delgado (2006) que o homem é o autor protagonista da história, é o promotor da evolução humana, orientando-se por valores conscientes e reflexivos, pautados no predicado da razão, e essa o diferencia de todos os seres vivos.

Salienta ainda a autora que, na seara da filosofia do direito, o valor preexiste à norma jurídica, por isso integra o campo do ser e não do dever ser. Assim, o valor é uma realidade que pode estar presente ou não no campo da normatividade (seja religiosa, moral ou jurídica, por exemplo) (DELGADO, 2006). E quando está consagrado e positivado, o valor torna-se jurídico, podendo o operador do direito utilizar-se da coerção (mediante normas coercitivas) para protegê-lo (DELGADO, 2006).

No campo jurídico, os valores asseguram suporte ético, transmitem o ato de vontade do legislador no esplendor da época em que a norma foi legiferada, revelando uma característica marcante, a historicidade.

Os valores só se concebem em função de algo existente, ou seja, de coisas valiosas, e não admitem qualquer possibilidade de quantificação (REALE, 1986).

Os valores são caracterizados, segundo Reale (1986), como bipolares, sempre vêm em dupla, uma posição positiva e outra negativa, como exemplo, legal-ilegal, lícito-ilícito, decente-indecente, moral-imoral. Gozam de referibilidade, aquilo que vale para algo ou para alguém. Possuem sentido, são vetores e indicam uma direção. Têm objetividade, na qual se precisa diferenciar valor de valoração ou valor de interesse. É possível haver uma ordenação do valioso, não de forma absoluta, mas de acordo com os ciclos culturais da história.

No ramo jurídico, havendo pluralidade de valores, eles devem obedecer a uma escala hierárquica de escolha de aplicação de modo que quando se escolhe por um, rejeita-se o outro. E, quando não se pode descartar o outro, os valores devem ser sopesados (ALEXY, 1993). Ao colocá-los em uma balança e analisá-los ao mesmo tempo, aplica-se a valoração pelo peso dos princípios que os informam e se extrai seu grau de importância. Sempre terá uma valorização histórica e cultural, pois os princípios também são verdades culturais. Exemplifique-se: são variáveis os valores da vida humana para a cultura do ocidente e para os orientais fundamentalistas.

A pessoa humana é um valor-fonte (REALE, 1994), por isso deve condicionar todas as formas de convivência juridicamente ordenadas. Adota-se o conceito de homem como gênero humano para que seja a fonte inspiradora e espiritual de todos os outros valores. Nesse

contexto, os valores atribuídos pela sociedade e consagrados na norma jurídica são consolidados na perspectiva do homem, buscando-o como uma opção da essência humana de sua história.

Já exposto no *Capítulo 1*, vivemos sob a lógica do capitalismo, em que se vislumbra a lucratividade. Esse fenômeno se propaga desde a época da Revolução Industrial até os dias de hoje.

Não há novidade também quanto ao problema da “questão social”, a luta entre o valor capital e o valor trabalho persiste e se reproduz o neoliberalismo, trava-se a luta ocidente *vs.* oriente, assim:

Por outro lado, as transformações em curso no mundo laboral e na economia global estão a ter efeitos drásticos sobre os sectores menos qualificados da classe trabalhadora, com especial incidência no operariado industrial. No actual cenário de contractação e crise económica, as orientações neoliberais que têm prevalecido no contexto mundial e europeu, com a intensificação da concorrência dos países asiáticos e os processos de deslocalização de empresas, de privatização e reestruturação nos mais variados domínios, têm evidentes repercussões tanto na oferta de emprego como no tipo de vínculo laboral, o que incide directamente no maior ou menor grau de segurança, estabilidade ou precariedade das classes trabalhadoras. (ESTANQUE, 2010, p. 10).

Dentro dessa lógica neoliberalista, o valor do capital se sobrepõe ao valor do trabalho. O legislador constituinte cuidou de enfatizar na Constituição da República brasileira de 1988, em seu preâmbulo, o norte de sua proteção primordial, quando alterou sua natureza individual para a social, e assim dispôs:

Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos. (BRASIL, 2016).

Com tal direcionamento, a Lei Maior, em seu Capítulo I, art. 1º, arrola os princípios fundamentais (BRASIL, 1988), os quais devem embasar todas as relações que se resguardam sob o manto constitucional. Dentre tais princípios, extrai-se que a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa devem emoldurar a vida do trabalhador brasileiro. Ainda se destacam do art. 6º (BRASIL, 1988), que compõe o quadro dos direitos sociais, os seguintes princípios: o trabalho e a previdência social.

Os direitos sociais estão também protegidos por normas internacionais, como a exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, que respaldam os direitos humanos, as quais foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992). O mesmo albergou as regras internacionais a respeito dos direitos sociais e reconhece que todos têm direitos de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, destaquem-se os arts. 7º e 9º.

No que concerne às questões relacionadas à economia brasileira, pode-se relatar a mesma subsunção às disposições constitucionais. Verifique-se a respeito o *caput* do art. 170 (BRASIL, 1988), que alude à ordem econômica, sendo fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse compasso, há de se observar alguns princípios, dentre os quais destaquem-se: o da propriedade privada e de sua função social; o da livre concorrência; o da defesa do meio ambiente; o da redução das desigualdades regionais e sociais; e, ainda, o princípio da busca do pleno emprego.

Interpretando-se a Constituição Cidadã de 1988 de maneira sistemática e de acordo com o direcionamento por ela tracejado, qual seja, seus principais institutos jurídicos são emoldurados sob a finalidade social, não mais individualista, mas sim com o paradigma da solidariedade, devem ser regidos sobre esse vetor os direitos trabalhistas, o emprego, a propriedade privada, também entendida como as empresas.

Devem, os empresários, seus diretores, gerentes e todo o aparato do departamento de pessoal, dentro da sistemática inter-relacional e social, valorizar as obrigações legais, mormente trazendo-se à luz o art. 7º da Constituição Federal, que estabelece a todos os trabalhadores, entre outros, que visem à melhoria de sua condição social.

Reiterem-se os estudos apresentados anteriormente, o direito do trabalho se põe dentro do arcabouço jurídico como um direcionamento para regular as tensões que caracterizam o sistema capitalista. E assim, afirma-se que:

Em nosso entender, o rol dos direitos sociais – insculpido nos artigos 6º e 7º da Constituição de 1988 – não a mera justaposição de tópicos de um programa de ação. Trata-se, parece-nos, de totalidade que gravita em torno de *núcleo fundamental* que, ao mesmo tempo, funciona: a) como pressuposto para a compreensão de cada um desses direitos; b) como base de sustentação da sua eficiente implantação; e c) como constitutiva de valor transformador da sociedade. [...] esse núcleo fundamental, feixe de luz que ilumina a legislação e o *primado do trabalho*, colocado com o signo da transformação social que se avizinha. A fim de promover o resgate do valor *trabalho*, a Norma Fundamental vincula a esse valor toda a Ordem Social, conformando os fins sociais que a ela foram adjudicados com a busca de tal valor fundamental. (BALLERA, 1994, p. 1176).

Pois bem, do exposto com distinção por Ballera, é inegável se concluir que o trabalho é um valor social, a ser protegido pela Lei Maior, e que as obrigações advindas da relação de trabalho merecem igual proteção constitucional.

E dentro desse espectro do valor social do trabalho é importante estudar a empresa como um valor social, uma vez que toda a sua sistemática se insere em contexto social. Entender o valor social da empresa, como nos revela Carmo (2014), decorre da função social da propriedade, considerada na medida em que o empresário possui propriedade dos bens de produção e que, segundo Grau (2010), são revelados sob enfoque dual, de um poder-dever.

O binômio poder-dever da propriedade empresarial consiste em equilibrar os interesses do empresário com a atividade econômica, salvaguardando-se os interesses da sociedade que se encontra no entorno das atividades da empresa.

A circunstância da utilização dos bens, o uso, o gozo e a disposição devem ser limitados ao cumprimento das finalidades sociais e nossa Constituição Republicana (BRASIL, 1988)⁹ direciona para o cumprimento da função social da empresa, na medida em que assegura aos indivíduos a existência digna, que deve seguir os ditames da justiça social.

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade [...].

Nesse mesmo propósito, leciona Dubugras que a empresa, por ser composta por atos complexos e evolutivos e por ter função social, deve ser interpretada em vista dos regramentos dos direitos fundamentais, da propriedade privada e da livre concorrência, tal como a seguir:

[...] como atividade resultante de um complexo de atos evolutivos que desenham seu atual formato tem sua função social intrínseca a sua existência na medida em que gera emprego e renda, recolhe impostos ao Poder Público, além de taxas e contribuições sociais. Como atividade do empresário, definido pelo artigo 966 do Código Civil como aquele que “exerce profissionalmente atividade economicamente organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços”, a empresa tem sua função social extraída pela doutrina das referências decorrentes da função social da Propriedade, art. 170, III, da Constituição Federal e da função social do Contrato, art. 421 do Código Civil, e esta função social deve ser interpretada sistematicamente tendo em vista outros direitos fundamentais, dentre estes o da propriedade privada e o da livre concorrência. (DUBUGRAS, 2010, p. 90).

Nessa diretriz, de que a empresa tem a propriedade limitada pela sua função social, extrai-se da dicção do art. 170 da Constituição Cidadã que se deve pautar os atos empresariais sob o manto da livre concorrência e não se permitir que uma ação cause danos a outrem, ou, ainda, não se permitir que venha a pôr em risco atividades de outrem, há de serem observados os limites impostos pelo Estado brasileiro, onde todo o arcabouço jurídico se inter-relaciona, sistematicamente.

Sob a análise do binômio poder-dever, em que se deve pautar a ação do empresário, equilibrando seus interesses privados com os interesses da sociedade ao praticar atos que desviam o respeito aos interesses sociais, o Código Civil Brasileiro traz a definição de ilicitude (BRASIL, 2002)¹⁰ que, dentre outras circunstâncias, é aquela caracterizada pela ação voluntária do agente em violar direito e causar danos a outrem. E assim, pratica ilicitude civil aquele que abusar de seu direito de propriedade, no caso, os proprietários das empresas são as pessoas enquadráveis no tipo.

10 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. E também o Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Dessarte, ao interpretar o arcabouço jurídico brasileiro, a lei processual civil e a trabalhista, depreende-se que a ilicitude é constatada quando se descumprem, de modo contumaz, as normas laborais-sociais (art. 7º, CFRB, c/c art. 186, CCB), com o propósito de se diminuir a concorrência em prol da precarização dos direitos trabalhistas, com a consequente garantia de maior clientela e maior lucratividade.

Exemplificando, formula-se uma hipótese: um empresário, proprietário de empresa do ramo de comércio de confecções, ao invés de contratar empregados e inseri-los em seu quadro de empregados, providenciar os registros dos contratos de trabalho, pagar todos os respectivos encargos trabalhistas e sociais, cumprir com a legislação brasileira, ao fabricar os produtos que vende em seu comércio, o faz de maneira furtiva. Ele realiza encomendas de produção e peças, a serem pagas por preço vil, abaixo do valor razoável da mercancia. Ele contrata irregularmente os trabalhadores, como se não fossem seus empregados, simulando uma terceirização de serviços, porém, ao contratar, dá ordens na produção dos produtos, apresentando modelo, tecidos e materiais. Toda a produção, sub-repticiamente, ao final da cadeia de produção, é vendida em suas lojas a preço de mercado ou até muito acima. Isso com certeza garantirá um lucro exacerbado ou, ainda, com preços não tão altos, mas baixos o suficiente para garantir a clientela e o afastamento da concorrência.

Do caso hipotético, que em verdade é o caso clássico de produção terceirizada, quarteirizada, facilmente se infere que o empresário age de forma fraudulenta, praticando atos ilícitos. Ao fazer as contratações de trabalho por interposta pessoa, tenta mascarar uma situação que não é verdadeira e não cumprir com a legislação laboral. Utiliza a forma de trabalho terceirizado para aumentar sua possibilidade de vendas, ampliar a clientela (pois seus preços são mais atrativos) e, conseqüentemente, melhorar sua lucratividade.

Lima (2015) traz o clássico exemplo de irregularidades laborais com um caso prático de subcontratações sucessivas de oficinas de costura, apontando o trabalho em cadeia produtiva, onde no princípio da cadeia a peça é fabricada e paga por produção e o trabalhador recebe R\$ 5,00 por peça costurada. Ao final, na ponta da cadeia produtiva, o empresário a vende por cerca de 50 vezes o valor pago. Uma verdadeira afronta ao trabalho humano.

Na medida em que são desrespeitadas as obrigações laborais e sociais, os danos são causados não só ao trabalhador individualmente considerado, mas também à sociedade. Afeta-se a dignidade de uma coletividade, a dos trabalhadores, em sua generalidade, razão pela qual, como visto anteriormente, responderá (BRASIL, 1988)¹¹ o infrator pela reparação danosa que der causa a todos, tanto aos trabalhadores em si considerados como à classe comercial, que sofre com a concorrência desleal.

Verifica-se, assim, que a principiologia das normas civis se compatibiliza com a da seara trabalhista, em um mesmo propósito de se pretender debelar a precarização estrutural da sociedade trabalhadora brasileira, para valorizar as relações sociais e buscar a ascensão de uma sociedade em desenvolvimento para uma sociedade efetivamente desenvolvida.

Arrematando, o descumprimento voluntário e deliberado dos preceitos laborais, em práticas predatórias trabalhistas, habituais e repetitivas – tais quais: de contratação irregular por interposta pessoa, para não pagar impostos, taxas e outras obrigações legais; de pagar salário abaixo do valor mínimo permitido por lei; de exigir trabalho acima do limite constitucionalmente permitido, fazendo o trabalhador se ativar cotidianamente em horas extraordinárias excessivas; de não proporcionar o devido descanso ao obreiro, segundo o qual lhe garante a saúde e segurança no ambiente laboral –, não só se enquadra em prática de ilícitos civis e trabalhistas como complementa a prática da concorrência desleal, como se verá a seguir.

3.3 Concorrência desleal

Concorrência (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, 2008, p. 337), em sentido comum, é o ato de concorrer, é a pretensão de mais de um à mesma coisa, é uma competição. O que caracteriza a concorrência é a disputa temporal pela identidade de objeto e que se busque o bem no mesmo nicho de interesse.

11 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A livre concorrência é protegida pela nossa Constituição da República, todavia, o mesmo não ocorre com a concorrência desleal, que é passível de punição, nas três esferas jurisdicionais: penal, cível ou trabalhista.

Livre concorrência é aquela em que não ocorrem fraudes nem abusos. Trata-se de uma competição honesta. Para que assim seja a competição, honesta, o Estado estabelece parâmetros que devem ser observados pelos interessados na disputa.

Posto isso, em oposição, a concorrência desleal é aquela em que se praticam atos por ação ou omissão, em que se fraudam direitos ou interesses de alguém ou mesmo da sociedade como um todo.

Assim, se demonstrada a má intenção do competidor que objetiva desviar a clientela para si utilizando meios artificiosos, e se avaliada a finalidade do ato do agente, conclui-se que agiu deliberadamente com escopo de fraudar, de se beneficiar da fraude, em detrimento do outro que lhe é concorrente. Ainda, se os meios utilizados para praticar o ato são escusos, repudiados pela legislação brasileira, configurada está a prática de uma ilicitude.

A deslealdade competitiva é extraída justamente dos recursos utilizados pelo empresário para estar concorrendo no mercado, trata-se de avaliação do meio ilícito e não somente do resultado.

A Lei n. 9.279/96, no art. 195 e incisos, apresenta um rol de atos, taxativo, sob o enfoque penal. Contudo, para área civil-empresarial, o rol é exemplificativo, podendo ser ampliado para abranger os atos ilícitos de descumprimento deliberado e habitual das normas trabalhistas.

Podemos extrair os elementos caracterizadores da concorrência desleal: desnecessidade de dolo ou de fraude, bastando a culpa do agente; desnecessidade de verificação de dano em concreto; necessidade de existência de colisão de interesses; necessidade de existência de clientela; e ato ou procedimento suscetível de repreensão.

Por se tratar de prática de atos ilícitos, existindo prejuízos, obviamente, são passíveis de serem indenizados.

Indaga-se a respeito das vítimas, se são elas as pessoas que sofrem os prejuízos. São todas aquelas que direta ou indiretamente fo-

rem afetadas. No caso do exemplo acima (do empresário da confecção), prejudica diretamente os trabalhadores, porque lhes frustram todos os direitos trabalhistas, garantidos constitucionalmente.

Contudo, prejudica indiretamente toda a sociedade. O infrator pratica atos de comércio lesando os empresários concorrentes que efetuam corretamente o pagamento dos salários dos empregados, dos impostos e dos tributos em fiel obediência legal. Estes contribuem para o crescimento econômico sustentável da sociedade brasileira.

Não se pode olvidar que o Estado brasileiro é lesado e a sociedade é prejudicada em seus benefícios sociais quando deixa de receber os impostos e os encargos sociais. Frustram-se investimentos, ou até aumentam os gastos estatais, uma vez que os cofres públicos não recebem os valores esperados. É certo o prejuízo ao erário.

Por isso, a lei brasileira estabelece a diferença entre concorrência desleal e infração à ordem econômica (FAZZIO JÚNIOR, 2011), essa decorre de ato do empresário, que frauda a sociedade, a modalidade mais grave de agressão contra a economia de mercado, uma vez que atinge diretamente as colunas estruturais da sociedade; que envolve institutos de economia de mercado, monopólios e cartéis.

Nessa medida se pune, inclusive, o *dumping*, com legislação específica cuidando dessa temática, arts. 173 e seguintes da Constituição Federal e dispositivos infraconstitucionais, tais como arts. 36 e 37 da lei antitruste (Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011) e art. 195 do Código Penal.

Saliente-se que a responsabilidade do agente, do empresário fraudador da ordem econômica, é objetiva (COELHO, 2008) e solidária, ou seja, é irrelevante se agiu ou não com culpa, decorre apenas da avaliação objetiva dos efeitos da conduta empresarial.

A concorrência desleal diz respeito a atos praticados contra a clientela. Nosso direito admite a repressão (COELHO, 2008) àqueles que pratiquem a concorrência de maneira indevida, Lei n. 12.529/2011.

Caracteriza-se concorrência desleal quando o empresário pratica atos considerados ilegais para atingir o fim maior da atividade empresarial: os clientes. A abrangência da atividade somente alcança os

direitos dos concorrentes lesados e não o mercado como um todo, por isso é considerada menos grave que infração à ordem econômica.

Um empresário, quando fraudava legislação trabalhista, como anteriormente já se exemplificou, não efetuando os registros dos contratos de trabalho dos seus empregados, ora contratando-os na aparência de contratos civis como os de contratação de trabalhadores terceirizados, por cooperativas, ou mesmo por outra pessoa jurídica qualquer, em que não observa o cumprimento da legislação laboral, realiza prática de atos ilícitos, os quais são repugnados por todos que defendem o respeito à dignidade dos trabalhadores.

A pena para o empresário – descumpridor da lei, que versa sobre a proteção da ordem econômica e da concorrência desleal – vem da antiga Lei n. 8.884, já revogada pela Lei n. 12.529, de 2011 (BRASIL, 2011), como nos lembra Requião (2010), quem exerce atividades com abuso de poder econômico pode ser condenado a pagar multa que varia entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, e que nunca será inferior à vantagem auferida, sendo qualificável e quantificável, como se infere dos arts. 37, 38 e 39 da Lei n. 12.529, de 2011.

Tal parâmetro, por analogia, deve ser levado em conta na dosimetria das penalidades que forem atribuídas aos empresários fraudadores, que sejam incurso em concorrência desleal perpetrada em face da coletividade dos trabalhadores, para reparar-lhes ao menos parte dos danos que tenham sofrido. Esse assunto será tratado nos capítulos posteriores deste trabalho.

Carece maior desempenho dos operadores do direito em prol da defesa da sociedade e dos trabalhadores que a compõem. Assim se manifesta, diuturnamente, em decisões de processos judiciais, o juiz federal do trabalho Souto Maior, em suas palavras:

[...] é de suma importância compreender que com relação às empresas que habitam o cotidiano das Varas, valendo-se da prática inescrupulosa de agressões aos direitos dos trabalhadores, para ampliarem seus lucros, a mera aplicação do direito do trabalho, recompondo-se a

ordem jurídica individual, com pagamento de juros e correção monetária, por óbvio, não compensa o dano experimentado pela sociedade. A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não há lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência. De todo modo, essa objeção traz consigo o germe de sua própria destruição na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, em diversas passagens, atribui esse poder ao juiz. [...]

[...] Portanto, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada “ex officio” pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual. Da mesma forma, a atitude deliberada, consciente e economicamente inescusável de se agredir a ordem jurídica, com utilização de tática. O fato concreto é que as agressões deliberadas aos Direitos Sociais, muitas vezes com avaliação de vantagem pelo próprio trabalhador, que aceita trabalhar sem registro, mediante forjada formalização de uma pessoa jurídica fantasma, para não recolher contribuição previdenciária e pagar menos imposto, ocorrem de forma cada vez mais crescente, gerando a lógica destrutiva de uma espécie de “pacto anti-social”. Está claro, então, que as práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis (ou seja, sem o possível perdão de uma carência econômica) aos direitos trabalhistas constituem grave dano de natureza social, uma ilegalidade que precisa de correção específica, que, claro, se deve fazer da forma mais eficaz possível, qual seja, por intermédio do reconhecimento da extensão dos poderes do juiz no que se refere ao provimento jurisdicional nas lides individuais em que se reconhece a ocorrência do dano em questão. A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem ju-

rídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência. De todo modo, essa objeção traz consigo o germe de sua própria destruição na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, em diversas passagens, atribui esse poder ao juiz. (SOUTO MAIOR, 2007, n. 11).

O entendimento acima é transcrito, copiado e referenciado por muitos defensores dos direitos sociais trabalhistas e dele podemos inferir que é necessária a ação não só de membros do Ministério Público, mas também dos magistrados do Poder Judiciário Federal do Trabalho, vislumbrando-se defender a ordem jurídica, com escopo de corrigir os danos perpetrados à sociedade, configurado por atos ilícitos praticados no âmbito da competência cravada no art. 114 da Constituição Federal.

Essa nova tendência trazida por Souto Maior (2007) introduz o social como uma nova modalidade de dano: é mais amplo que o dano moral coletivo. Outra novidade por ele trazida é o entendimento de que é possível a condenação nesse tipo de dano, o social, sem pedido expresso da parte de ofício pelo magistrado e em casos de direito individual.

Algumas turmas julgadoras do Tribunal Superior do Trabalho (TST) têm proferido os julgados favoravelmente à ideia, por entender que

Não há que se falar em julgamento *extra petita*, não comportando reforma a sentença, por esse prisma, muito menos violação aos arts. 128 e 460, do CPC, já que, ainda que não tenha havido requerimento de indenização por dano social, incumbe ao julgador, *ex officio*, ao constatar que o empregador esteja infringindo reiteradamente direitos trabalhistas, adotar medidas que inibam tal conduta e comportamento. (REQUIÃO, 2010, p. 408).

Louvável a ideia, da condenação em indenização por dano social, como forma de o magistrado defender a sociedade, mas outra corrente defende que a regra processual ainda não ampara que tal possa ocorrer de ofício. Procedendo dessa maneira, o magistrado fere o princípio do contraditório, reproduzido no art. 10 do novo Código de Processo Civil (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2016), de aplicação subsidiária no processo trabalhista, de se sublinhar que do princípio do contraditório decorre a esperada segurança jurídica dos

jurisdicionados. Nesse sentido, muitas têm sido as decisões das Turmas do Colendo TST e fundamentam-se:

O deferimento de ofício, sem que tenha havido pedido na inicial, da indenização por *dumping* social (ou indenização por dano social) viola os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da CF/88), configurando manifesto julgamento *extra petita* (arts. 128 e 460 do CPC). (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2016).

Não se pode ignorar que o órgão ministerial e os sindicatos da categoria dos trabalhadores podem ser trazidos aos autos, noticiando-lhes por ofício das práticas contumazes, remetendo o magistrado todas as evidências, os indícios e bem mesmo as provas da repetição reiterada das irregularidades. Esses órgãos, sim, exercendo suas atribuições primárias e suas missões constitucionais, podem pleitear a indenização por dano social e o juízo decidir pela condenação.

Na esteira dessa nova modalidade de dano, o social, obtempera-se que:

A figura do dano social é uma formulação relativamente recente, que propõe reparação de danos provocados na sociedade de maneira mais ampla, em razão de lesões que afetam o seu nível de vida, provocando tanto o rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. (PEREIRA, 2014, p. 311).

Essa novel indenização por ofensa a dano social aproxima-se em muito de possibilitar alguma reparação para os brasileiros trabalhadores por sofrerem *dumping* social.

3.4. *Dumping*

Situando as relações trabalhistas sob o amparo e o manto da Constituição Federal, Pereira (2015) manifesta-se em total desacordo com a possibilidade de terceirização exacerbada, que se pretende implantar com as reformas trabalhistas que estão sendo costuradas no Congresso Nacional. O autor entende-a como uma verdadeira afronta aos ditames da Lei Maior e conclui que aceitá-la representa uma barreira impedindo o crescimento nacional. Esta se revela como um verdadeiro retrocesso constitucional e social, abaixo se transcreve:

Essa investida na liberalização da terceirização possui o objetivo de ampliar o âmbito do mercado, mediante o desmonte dos pilares de

sustentação do Direito do Trabalho. A terceirização não afasta o Direito do Trabalho, mas o fragiliza. O seu caráter altamente ideologizado encobre as suas reais intenções e os meios para alcançá-las, ao tempo em que forja um ideal de progresso e de desenvolvimento econômicos, como símbolos da modernidade, em que o modelo regulatório trabalhista tradicional seria a barreira arcaica que inviabiliza a prosperidade da nação. (PEREIRA, 2015, p. 2).

Dentro dessa volatilidade, de um modelo de acumulação flexível, prevalece mais uma vez o capital sobre o trabalho, criando-se, diuturnamente, mecanismos para precarizar as relações laborais.

No próximo tópico, cuidar-se-á do cerne desse estudo, o *dumping*, tratando-o mormente sob o enfoque juseconômico.

3.4.1 *Dumping*: conceito

A palavra *dumping* vem do verbo *to dump* e no inglês contemporâneo, informa Barral (2000), significa o movimento de atirar algo fora, descarregar, desfazer-se. Para esse autor, o *Dicionário Aurélio* possui a melhor definição, trazendo a ideia de um sistema de vendas de mercadorias abaixo do preço real, como medida de protecionismo do mercado. Destaca, ainda, que a expressão é utilizada pelos leigos em sentido de prática desleal ou de concorrência estrangeira e que até em dicionários jurídicos a definição é equivocada, baseando-se em vendas de bens por preços baixos, ou mesmo predatórios.

Definição semelhante é apresentada por Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p. 17), com clareza solar nos trazem o significado da expressão *dumping*: “[...] significa rebaixar algo à condição de lixo, foi aplicada, inicialmente, nas relações de comércio internacional, para designar as práticas de concorrência desleal. Deriva do verbo em inglês *to dump*, cujo significado é despejar, desfazer-se, jogar fora”. Nos dizem que referida expressão, em forma de gerúndio, foi utilizada para designar a concorrência desleal entre os países, uma vez que a definição é apresentada no GATT, de 1947.

Diante da semelhança das definições de Souto Maior e Barral, opta-se, neste trabalho, para os significados de descartar e desfazer-se. Partindo dessa ideia, analisaremos o *dumping*, inicialmente, sob dois aspectos: em sentido geral e em sentido estrito.

Dumping em sentido geral:

[...] pode ser entendido como um comportamento nocivo que ocorre em países que possuem o modelo da livre concorrência no que tange ao desenvolvimento econômico e social, razão pela qual o leva à sua proibição [...]. (MAGALHÃES, 2003, p. 11).

Assim, a regra geral é que o *dumping* trata de um comportamento nocivo.

Em sentido estrito, o *dumping* pode ser subdividido para facilitar o estudo, em que, didaticamente, temos: a) *dumping* social: relativo ao âmbito do direito do trabalho, relacionado às questões laborais; e b) *dumping* econômico: relativo ao mundo do direito econômico e à economia propriamente dita.

Em breve histórico, tracejado ainda por Barros (2003), sobre a legislação *antidumping*, podemos dizer que a primeira legislação nasceu em 1904, no Canadá, com escopo de se coibirem tentativas de entrada no país de produto exportado a preços abaixo do “valor justo”. E o valor justo seria o preço cobrado no mercado importador.

Ainda Barros (2003) revela que a regulamentação sobre o tema se expandiu por muitos outros países, tais como Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, França e Inglaterra, em virtude de ações da Alemanha. Esta estocava mercadorias para invadir os mercados com seus produtos, em decorrência também do temor da tomada do mercado por monopólios (trustes) e, por fim, com receio de que todos os países, com exceção da Inglaterra, possuíam altas tarifas de seus produtos, o que favorecia sua indústria nacional.

Nesse compasso, os países perceberam que a lei *antidumping*, criada pelo Canadá, apresentava mecanismos para conter a concorrência estrangeira e para não aumentar as taxas e dificultar as negociações. Assim, passaram a se utilizar da lei *antidumping*, uma vez que ela permitia a utilização de uma taxa especial sempre que um produto tivesse entrado no país com um preço abaixo do custo justo de mercado.

Dessa forma surgiu, em 1947, na agenda do GATT, para discussões dos países que o integravam, o *dumping*. Porém, somente houve

a deliberação em 1995, quando criaram metodologias-padrões para a determinação do *dumping*, dando ensejo ao atual Código *Antidumping*.

No Brasil, foi promulgado o Decreto n. 1.062, de 23 de agosto de 1995, incorporando ao nosso sistema jurídico o Acordo *Antidumping* (AAD), de modo que devemos observar os princípios e cumprir normas nele contidas.

Tratar-se-á apenas perfunctoriamente sobre o *dumping* econômico a título de trazê-lo ao conhecimento geral do assunto, uma vez que, para este trabalho, importará pontualmente o sentido de *dumping* social.

3.4.2 Modalidades de *dumping*

Como referido anteriormente, o *dumping* econômico, como o próprio nome diz, é analisado sob o aspecto puramente econômico e pode ser apresentado sob várias modalidades, diferenciando-se diante das motivações que o levaram a ser praticado.

De acordo com Barros (2003) e Hoekman e Kostecki (1996), podemos traçar algumas das modalidades de *dumping* (abaixo explicitadas de *a-e*), as mais pertinentes ao tema deste estudo, que, em verdade, são estratégias de vendas e que ao final dos processos beneficiam os trabalhadores, pois fazem com que as empresas se mantenham no mercado, a saber:

- a) esporádico: sem intenção deliberada de praticá-lo, apenas utilizado como uma estratégia de vendas, para baixar os estoques, e seus objetivos acabam por estimular a competição e ao final beneficiam o consumidor;
- b) cíclico: utilizado em períodos de baixa demanda, a empresa diminui os preços de seus produtos, com escopo de diminuir os custos, mantendo-se toda a sua estrutura de produção e de empregados, para que a longo prazo recupere a diferença, e se mantenha no mercado; diretamente beneficia os empregados, pois não modifica seu quadro de pessoal;
- c) defensivo: o motivo é minimizar perdas geradas de excesso de produção, visando diminuir e desestimular os concorrentes, trata-se de uma estratégia de produção, onde se objetiva deter a entrada de concorrentes nacionais no mercado estrangeiro por meio da diminuição de preços dos produtos;

d) frontal, utilizado na década de 1980 pelos japoneses objetivando atacar o líder de vendas no mercado estrangeiro, onde o exportador opta por exportar seus produtos a um preço que não cubra nem mesmo seu custo marginal, ao invés de aumentar os lucros, opta por maximizar as vendas e sobrepor-se ao líder de mercado.

Das modalidades acima descritas, verificamos que as quatro são praticadas com escopo de aumentar a capacidade empresarial de manter a empresa na competitividade e conseqüentemente de poupar o trabalhador e mesmo a própria sociedade das intempéries do mercado. Todavia, há uma modalidade que não favorece em algum momento os trabalhadores, nem menos a sociedade em sua concepção mais ampla, a saber:

e) *dumping* predatório, modalidade que é extremamente importante para o meio econômico e suas conseqüências refletem-se negativamente às questões trabalhistas, afetando a dignidade humana do trabalhador; é este o *dumping* predatório, o qual deu origem à legislação norte-americana, tal qual a Canadense. Os motivos são avassaladores, a necessidade de empresa monopolista extinguir seus concorrentes domésticos e também impedir a entrada de novos concorrentes em tal mercado.

Como dito, essa modalidade é nefasta, precariza as relações laborais, é nociva, perversa, ofende diretamente a integridade física e psíquica do trabalhador e da sociedade como um todo.

No próximo tópico tratar-se-á do *dumping* econômico, a título de apresentá-lo como origem do *dumping*.

3.4.2.1 *Dumping* econômico

O instituto apresenta-se conceituado no artigo 2 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, simplesmente denominado, por especialistas no assunto, por Acordo *Antidumping* (AAD), de onde podemos extrair que:

[...] para as finalidades do presente Acordo, considera-se haver prática de *dumping*, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo do país exportador [...]. (ACORDO ANTIDUMPING, 1994).

Inferre-se do artigo transcrito que para se caracterizar o *dumping*, na mesma sintonia que ensina com maestria Barros (2003), deve-se comprovar o dano material ou sua ameaça para a indústria doméstica.

Deve-se buscar onexo causal, é dizer, o dano ou a ameaça deve abranger a totalidade dos produtores nacionais de produto similar ao importado ou conjunto de produtos da mercadoria em análise constitua quantidade significativa da produção nacional, e deve resultar do *dumping*.

Os princípios que informam o instituto vêm dispostos no Artigo 1 do mesmo diploma anteriormente referido. Podemos entender que essas medidas *antidumping* somente poderão ser aplicadas nas circunstâncias previstas no Artigo VI do GATT. Tudo de acordo com investigações iniciadas e conduzidas segundo o disposto no mesmo instrumento legal, com procedimentos específicos que devem ser rigorosamente observados por aplicação do Artigo VI do GATT 1994.

3.4.2.2 *Dumping social*

Barral (2003) fala em novos temas de comércio internacional na modernidade global a que traz uma nova modalidade de *dumping* cambial e o *dumping* social. Aborda-se apenas o social, pela conectividade com esta pesquisa.

A denominação *dumping* social tem sua origem nos movimentos sociais dos países desenvolvidos, todavia, não passa de um mecanismo de concorrência desleal, praticada em países em desenvolvimento, por empresas geralmente advindas de países desenvolvidos, em que praticam atos devastadores das regras jurídicas protetoras dos direitos sociais. Direitos conquistados com muitas lutas sociais e com queda de reinados, que ocasionaram o desmantelamento do desenvolvimento e do Estado Democrático de Direito.

A expressão *dumping* social, para Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p. 13-17), possui outras sinónímias, quais sejam, “dano social” ou “indenização suplementar” ou “delinquência patronal”, destacando-as nas relações de trabalho.

E, para os referidos autores, conceitua-se *dumping* social como o desrespeito contumaz aos direitos trabalhistas com escopo de se obter

vantagem econômica sobre a concorrência. Prelecionam, ainda, que é uma séria agressão ao estado democrático de direito social.

Diante desse motivo, de extinguir concorrentes, podemos enquadrar a atitude empresarial na prática de *dumping* econômico predatório, anteriormente tratado, pois as consequências das atividades predatórias afetam diretamente a classe trabalhadora, ferindo direitos mais mezinhos: o direito ao trabalho digno, ao labor seguro, ao recebimento de quantias remuneratórias condignas com o trabalho dispendido, entre outros.

Podemos, ainda, compreender a existência do *dumping* social como uma ramificação do *dumping* econômico e predatório.

É a lógica da precarização, que consiste em não pagamento de salário, labor em horas extraordinárias em excesso, desrespeito ao meio ambiente saudável do trabalho, desrespeito à saúde, com práticas de assédio moral, comportamentos que rebaixam a dignidade humana do homem trabalhador e que afetam sua existência. A situação de desrespeito voluntário ao arcabouço jurídico laboral repercute, ainda, no custo social, mormente quanto à seguridade social, saúde e educação.

Nessa esteira, de apontar o *dumping* social como uma verdadeira chacina aos direitos sociais, Villatore e Gomes (2004) expõem com propriedade e clareza a seguir:

Já do *dumping* social se verifica com o desrespeito a algumas regras trabalhistas para diminuir custos de mão-de-obra, aumentar as exportações e atrair investimentos estrangeiros. As primeiras denúncias de *dumping* social partiram de Estados denominados desenvolvidos contra aqueles em desenvolvimento, sendo que tal preocupação se deu, infelizmente, não em favor dos trabalhadores, mas sim em razão da perda da competitividade dos primeiros em detrimento dos segundos. O desrespeito ao direito dos trabalhadores, gerando exploração de mão-de-obra barata para a obtenção de menores custos de produção é verificada, normalmente, naqueles países que querem aumentar, a todo o custo, os investimentos estrangeiros. Dentre os exemplos de *dumping* social temos o extrapolamento de duração do trabalho, na prática do trabalho infantil, no trabalho escravo ou análogo à escravidão fazendo com que os produtos gerados nesse sistema sejam bem menores aos valores normais de mercado. (VILLATORE; GOMES, 2004, p. 8-9).

Por todo o exposto, em especial pelos ensinamentos acima transcritos, pode-se concluir que o *dumping* social repercute no desenvolvimento econômico, de maneira a acentuar a insustentabilidade desenvolvimentista.

3.4.3 O *dumping* social e as condenações judiciais

Diante do comportamento desvirtuado dos empresários e de seus gerentes de departamentos de pessoal, envolvidos em práticas destemperadas de reiterado descumprimento legal, têm aumentado, e em muito, os pedidos em ações judiciais, que se fundamentam em prejuízos causados por essas afrontas costumeiras de disseminação de retrocesso social.

Os Tribunais Federais Regionais trabalhistas, bem como os magistrados de 1ª instância, têm enfrentado grande demanda de pedidos de condenação de empresas ao pagamento de indenizações por praticarem, deliberadamente e de forma contumaz, atividades concretas de descumprimento da Constituição Republicana, bem como do ordenamento jurídico laboral brasileiro, com escopo de diminuir a concorrência de seus produtos no mercado, defluindo-se a inexorável precarização dos direitos trabalhistas.

Julgados, em sua grande maioria, favoráveis aos pleitos de *dumping* social, podem ilustrar, com a transcrição de casos concretos, a seguir:

TRT 3ª R.; RO 866/2009-063-03-00.3; Quarta Turma; Rel. Des. Júlio Bernardo do Carmo; DJEMG 31/08/2009). REPARAÇÃO EM PECÚNIA. CARÁTER PEDAGÓGICO – DUMPING SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO. Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificativas do denominado *dumping* social, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. “As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a Relator Juiz Convocado Eduardo Aurélio P. Obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido *dumping* social” (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, enunciado n. 4). Nessa ordem de ideias, não deixam as empresas de

praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. “Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem derivada da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza” (LAFER, Celso “*Dumping social*”, in *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir, ainda que pedagogicamente. A utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir, evitando práticas nefastas futuras. O emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana.

TRT 18ª R.; RO 00539-2009-191-18-00-7; Primeira Turma; Relª Desª Elza Cândida da Silveira; *DJEGO* 23/11/2009). *DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. DANO SOCIAL. A contumácia da Reclamada em descumprir a ordem jurídica trabalhista atinge uma grande quantidade de pessoas, disso se valendo o empregador para obter vantagem na concorrência econômica com outros empregadores, o que implica dano àqueles que cumprem a legislação. Esta prática, denominada ‘dumping social’, prejudica toda a sociedade e configura ato ilícito, por tratar-se de exercício abusivo do direito, já que extrapola os limites econômicos e sociais, nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. A punição do agressor contumaz com uma indenização suplementar, revertida a um fundo público, encontra guarida no art. 404, § único, do Código Civil e tem caráter pedagógico, com o intuito de evitar-se a reincidência na prática lesiva e surgimento de novos casos.*

TRT 16ª Região, 180200601516005 MA 00180-2006-015-16-00-5. Rel. Des. LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR. Julg. 04/03/2009. Publ. 25/03/2009. Ementa: *DUMPING SOCIAL – INDENIZAÇÃO. – O constante descumprimento da ordem jurídica trabalhista acaba atingindo uma grande quantidade de pessoas, disso se valendo o empregador para obter vantagem na concorrência econômica com outros empregadores, o que implica dano àqueles que cumprem a legislação. Essa prática traduz-se em dumping social, pois prejudica toda a sociedade e configura ato ilícito, por exercício abusivo do DIREITO, já que extrapola os limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. O ART. 404, parágrafo único, do Código Civil, dá guarida ao fundamento de punir o agressor contumaz com uma indenização suplementar, revertendo-se esta indenização a um fundo*

público. COOPERATIVISMO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. A simples existência da cooperativa não legitima a terceirização de serviços, sejam eles inerentes, ou não, às funções finalísticas do empreendimento. Isto porque, como o contrato de trabalho é um contrato-realidade, faz-se imprescindível perquirir se os chamados “cooperados” atuaram como verdadeiros co-participantes, tendo sido, simultaneamente, beneficiários ou usuários dos serviços prestados pela cooperativa, ou se, em sentido inverso, laboraram em condições tradicionais de subordinação e dependência. Nesta segunda hipótese, a relação jurídica revelará uma forma camuflada de um verdadeiro contrato de trabalho. DAS ASTREINTES - As astreintes previstas no artigo 461, § 4º, do CPC surgiram com a finalidade de viabilizar a efetividade da prestação jurisdicional, compelindo o devedor a cumprir o comando da sentença, sendo, por isso, perfeitamente aplicáveis ao PROCESSO laboral, eis que compatível com a principiologia que norteia este ramo jurídico especial. Recurso conhecido e não provido.

TRT-4ª – RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 1310006320095040005 RS 0131000-63.2009.5.04.0005 (TRT-4) Data de publicação: 08/06/2011. Ementa: INDENIZAÇÃO POR “DUMPING SOCIAL”. Tendo a reclamada agido de forma reiterada e sistemática na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas, o entendimento referente à indenização por dano social é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda. Dessa forma, afigura-se razoável, diante da situação verificada nos autos, que a reclamada seja condenada ao pagamento de indenização a título de *dumping* social. [...]

TRT 15ª RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA – RO 0043200-77.2007.5.15.0096 – 5ª TURMA – 9ª CÂMARA. Rel. Des. FÁBIO ALLEGRETI COOPER – INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. DANO SOCIAL. CABIMENTO. Não obstante já exista eficiente intervenção do Ministério Público do Trabalho na função de guardião do interesse público, não há como deixar de observar e atuar o julgador como fiscal da lei. Neste caso, restou evidenciado que as Reclamadas, cada qual com sua razão, participaram de um processo produtivo onde foi explorada mão de obra de trabalhadores que não viram seus direitos trabalhistas reconhecidos. Não é admissível que o desenvolvimento de qualquer atividade econômica se dê ao custo de se ignorar os ditames que regem as relações de trabalho.

Como se pode inferir, dos arestos dos tribunais, a jurisprudência corre ao encontro do acolhimento dos pleitos de dano social. Todavia, há julgados em alguns tribunais, como o da Terceira Região, enten-

dendo em sentido diverso, que não acolhem os pedidos de *dumping* social, pois julgam pela ausência de previsão legal, a seguir transcritos:

Processo TRT/3ª Região n. 00709-2010-157-03-00-8 RO, 8ª Turma, Relator Milton V. Thibau de Almeida, DJ 16/02/2011 “EMENTA: *DUMPING* SOCIAL – AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO – INDENIZAÇÃO INDEFERIDA. Carece de caracterização jurídica o *dumping* social, que se esgueira entre conceitos econômicos e sociológicos meramente. Se nem mesmo entre sociólogos e economistas há consenso sobre a definição de *dumping* social, também não há na seara da doutrina jurídica. E se não é possível definir uma causa lesiva de direito alheio, também não é possível determinar a sua reparação.”

Processo TRT/3ª Região 01333-2010-157-03-00-9 RO, Relatora Maria Lucia Cardoso Magalhães, DJ 09/11/2010 “EMENTA: INDENIZAÇÃO. *DUMPING* SOCIAL A indenização, decorrente, conforme sentença e doutrina que transcreve, de situação denominada *dumping* social, *data vênia*, pertence a certas criações de segmentos da doutrina e da jurisprudência as quais tem ecoado, no mundo real das relações de trabalho, como fonte inesgotável de conflitos e mais conflitos. Vale dizer, seu único efeito na prática tem sido aumentar mais e mais o grau de conflitividade nas relações entre empregados e empregadores que, sabidamente, já são muito sensíveis e complexas.”

Além dos julgados colacionados anteriormente, acrescenta-se que a Colenda 6ª turma do TST, em decisão emblemática, acolheu a manutenção de condenação ao pagamento de indenização por dano social, em face de terceirização de cooperativas, em Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, a seguir:

2293-2002-010-15-40.9, Relat. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. 8.10.2008, 6ª Turma. DOU.17.10.2008. E outra decisão na mesma linha: “COOPERATIVA DE TRABALHO. FRAUDE. A cooperativa de trabalho que se desvia de sua finalidade para atuar como intermediária de mão de obra, não somente deve ser proibida de celebrar novos contratos como condenada a indenizar pelo dano social. (PROCESSO N. 00587-2005-026-05-00-5 RO, Ac. N. 002295- 2007, Rel. Des. Raymundo Pinto – 2ª Turma, DJ 14.2.2007). (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 83).

Em razão dos inúmeros julgados, nos diversos Tribunais Regionais Federais do Trabalho, muitos entendendo e decidindo, favoravelmente, sobre a matéria posta, foi expedido o Enunciado n. 4, pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA),

quando da realização da 1ª Jornada de Direito Material e Processual, realizada no final de 2007. Os juízes e desembargadores, refletindo sobre a questão, têm utilizado essa linha de raciocínio como norte decisório, eis o enunciado, *in verbis*:

4. “DUMPING SOCIAL”. DANO. À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido *dumping* social, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

Tudo a confirmar que, evidenciada a prática de ato ilícito por descumprimento reiterado da legislação trabalhista, o dano causado enseja a devida reparação.

O mais importante é que a indenização para esses casos de *dumping* social objetiva não apenas reparar o dano causado diretamente aos empregados, mas também proteger toda a sociedade, já que o valor da indenização também servirá para coibir a continuidade da prática ilícita pela empresa.

Neste contexto, as normas que estão prescritas na Lei Maior, mormente nos incisos XIII e XXII do art. 7º, que versam sobre jornada laboral e os intervalos de repouso, são normas de ordem pública, que têm caráter imperativo e *não permitem* qualquer negociação, uma vez que protegem a saúde, a higiene e a segurança do trabalhador e da sociedade brasileira como um todo.

Evidencia-se, como já mencionado anteriormente, que no *dumping* social há o propósito de redução dos custos com mão de obra, com prática de atos ilícitos, com prejuízos que refletem nos trabalhadores e nas empresas concorrentes, aquelas que cumprem as suas obrigações trabalhistas, bem como com dano a toda sociedade.

As pequenas e médias empresas são tão vítimas quanto os trabalhadores. O que determina seu insucesso não são os “encargos sociais”, como reproduz o discurso dominante, mas a concorrência desleal. É isso que se pretende coibir ou, de certo modo, conter ou tolher o *dumping* social, em suma, ocorre quando a legislação interna permite a exploração do trabalho (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014).

3.4.4 Dano moral coletivo e as condenações indenizáveis em *punitive damage* e *dumping social*

O dano moral:

É um instituto de extrema importância para o Direito do Trabalho, constitui imperativo de uma sociedade democrática, justa e solidária, considerando inúmeras práticas violadoras de direitos trabalhistas por quem está à frente de empreendimentos, no intuito de maximizar lucros e vantagens às custas não só das garantias previstas na legislação, mas da própria dignidade dos trabalhadores. (PEREIRA, 2014, p. 294).

É importante também porque as relações laborais são relações que envolvem pessoas, em que o trabalhador via de regra está em posição de inferioridade, de dependência, em que diuturnamente arisca seus bens imateriais: a vida, a integridade física, a honra e a dignidade. Daí a natureza da indisponibilidade de seus direitos e, caso venham a ser lesados, devem ser reparados.

Há três elementos concretos para dar ensejo à reparação do dano moral na área trabalhista, a saber: ação ou omissão do agente, resultar em dano e existir um nexo de causalidade entre os dois primeiros.

Saliente-se que, para ensejar uma reparação indenizatória, basta a simples análise das circunstâncias fáticas, dispensa-se a produção de provas. Assim, esse dano é do tipo *in re ipsa*, ou seja, para serem percebidas as reparações, em casos concretos, bastam a demonstração do resultado da lesão e a existência de nexo com os fatos, podendo afetar o próprio trabalhador, algum de seus familiares ou mesmo sua carreira de trabalho.

A diferença entre o dano moral e o dano material está justamente na presunção de existência do dano moral e na exigência da prova para a configuração do material.

O dano moral trabalhista decorre de atos ou omissões, como já dito, mas também de abusos de direito perpetrados pelos empregadores, ou seu preposto, bem como de lesões ocasionadas por acidentes de trabalho.

Na seara laboral, tanto no que tange às normas materiais quanto às processuais, não há dispositivo regulando a respeito da prática de atos ilícitos, o que impende complementação do arcabouço jurídico especial do trabalho. Preenchendo a lacuna legal, aplica-se subsidiariamente a lei civil, possibilitando-se essa utilização, pelo disposto no parágrafo único do art. 8º do diploma consolidado (BRASIL, 1943). Assim, trazemos do Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), arts. 927, 186 e 187, de onde se extrai que:

[...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...]. (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 2002).

Examinando-se os artigos acima transcritos, entende-se que o infrator é obrigado a reparar dano causado a outrem, mesmo que a ofensa tenha ocorrido apenas na feição moral do ofendido, independentemente de ter o ofensor agido ou se omitido, com ou sem culpa, e que tenham sido ultrapassados os limites da boa-fé e bons costumes econômico-sociais.

O dano material relaciona-se com a diminuição do patrimônio da vítima, por exemplo. Quando o trabalhador não recebe seu salário corretamente, ou não tem os benefícios sociais gerados do registro do contrato de trabalho. A diminuição do patrimônio é ocasionada por ações ou omissões do empregador, ou seu preposto, com seu comportamento

com prática de ato ilícito, e o empregado sofre diretamente a diminuição em seu patrimônio, de modo que faz jus à reparação indenizatória.

A respeito do dano moral, em linhas gerais, no passado era compreendido como decorrente de dor, por isso, versava apenas de danos relacionados ao indivíduo em sua singularidade, ele:

Produz verdadeiros sofrimentos, incômodos ou alterações ponderáveis na ordem extrapatrimonial e, portanto, as inevitáveis sequelas psíquicas e espirituais que sobrevenham dessas agressões. (STIGLITZ, 1996 apud MEDEIROS NETO, 2004, p. 137).

Todavia, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, revolucionando e ampliando os direitos e interesses metaindividuais da coletividade, tanto os difusos como os coletivos e também os individuais homogêneos, passou-se a admitir os danos causados à coletividade, ao grupo indeterminado de pessoas. Assim surge o dano moral coletivo.

Como já expressou Medeiros Neto (2004, p. 151), “é inegável, pois, o reconhecimento e a expansão de novas esferas de proteção humana, diante das realidades e interesses emergentes na sociedade, que são acompanhadas de novas violações de direitos”. Assim, passaram a ser pleiteados e concedidos.

O dano moral coletivo:

Envolve lesões que atingem um agrupamento de pessoas ou mesmo uma coletividade, em decorrência de um ato ilícito que provoque sentimento de revolta, humilhação, frustração, tristeza e tenha o condão de atingir a dignidade humana dos envolvidos. (DOS SANTOS, 2009, p. 163-164).

Acrescenta o jurista que os danos morais coletivos, no âmbito laboral, são: aqueles que ofendem as normas de segurança e higiene do trabalho, deixando o meio ambiente do trabalho insalubre e desprotegido; as condutas discriminatórias nas relações laborais perpetradas pelos empregadores; bem como as fraudes aos direitos trabalhistas, todas as condutas que ofendem a dignidade humana do trabalhador.

E, na medida em que sofre rotineiramente essa situação de sucateamento de seus direitos mais mezinhos, não só ele mas toda a coletividade dos trabalhadores da mesma empresa também fazem jus ao recebimento de indenização reparatória por dano moral coletivo, ainda que simbolicamente só ofereça efeito didático.

Tendo em vista que essa espécie de dano, moral coletivo, não se trata de lesão a sentimento ou a emoção negativa e que, em verdade, basta a lesão de direitos de uma coletividade jungida ao nexo de causalidade para se presumirem o direito à reparação, Medeiros Neto (2004, p. 154) adverte que “a utilização da expressão dano moral coletivo é passível de crítica e que o termo mais apropriado deveria ser dano extrapatrimonial coletivo”.

Teixeira (2000) e Medeiros Neto (2004) seguem a mesma análise quando prelecionam que o cidadão brasileiro trabalhador, a cada notícia de desrespeito às normas trabalhistas e de vilipêndio de seus direitos, vê-se desprotegido, humilhado, impossibilitado de defender-se dos desmandos empresariais.

A ofensa moral coletiva, gerada pelo descumprimento de normas constitucionais e trabalhistas, demonstradas facilmente com o *dumping* social, pelas características e peculiaridades da lesão e seus efeitos, tem mais natureza sancionatória que compensatória. Há de ser indenizada a coletividade de trabalhadores destrutados, com direitos sucateados, para que ao menos recebam alguma reparação coletiva. Em verdade, também se trata de reparação didática, para que os empresários não continuem desmedidamente desrespeitando os direitos dos trabalhadores.

A responsabilidade civil visa à recomposição do patrimônio da pessoa lesada, e a responsabilidade penal vislumbra a prevenção do dano, através da coação penal. Na seara trabalhista, busca-se a aproximação dessas duas teorias utilizando-se a reparação e a coerção.

No que tange à fixação do montante indenizatório, buscando a principiologia civilista extraída da nova concepção constitucional, depreende-se que a parametrização deve considerar a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que este teve na vida do prejudicado. Conjuga-se, ainda, a teoria da sanção exemplar à do caráter reparador.

Tal a relevância da quantificação, obtempera Medeiros Neto (2004), que o sistema da *common law*, mormente nos sistemas estadunidense e inglês, utiliza-se das reparações *exemplary* ou *punitive damages*, oriundas do sistema da *equity* anglo-saxônica. Este corresponde a uma condenação de *quantum* bastante elevado, objetivando

estabelecer uma sanção eficaz para que o lesante realmente seja desestimulado à prática de outros atos, bem como dissuadir outros potenciais infratores a não repetirem comportamentos assemelhados.

A jurisprudência americana é conhecida por suas condenações em valores exorbitantes, que ultrapassam, em muito, as decisões proferidas no sistema brasileiro. Nos países do *common law*, a jurisprudência é o vetor das demandas, regem-se pela cultura dos precedentes já estabelecidos, dessa forma a condenação necessita ser exemplar, para desestimular novas atitudes ilícitas, ilegais, que firam direitos dos cidadãos.

Atualmente, com a nova sistemática estabelecida pela legislação processual civil, de 2016 (BRASIL, 2015), aderindo-se a essa cultura dos precedentes, é provável, então, a maior aceitação dessa forma de cálculo para as condenações em indenizações por danos sociais.

Assim sendo, considerando que indenizações exemplares ou punitivas, anteriormente referidas, baseiam-se no binômio punição-dissuasão, elas se enquadram em uma categoria intermediária entre a responsabilidade civil e a penal.

A respeito das reparações com finalidades punitivas entende-se que:

As perdas e danos “exemplares” (exemplar *damages*) são também cogominadas *punitive damages*. Neste caso, temos a convivência da ideia de dissuasão (*theory of deterrence*), muito frequente no Direito inglês da responsabilidade civil. Assim, encontramos um certo paralelismo entre a responsabilidade civil e a penal. (DOS SANTOS, 2009, p. 200).

Diante dessas assertivas do citado jurista, podemos depreender que, no direito trabalhista brasileiro, a teoria que trata da responsabilidade deve ser analisada sob dois prismas concomitantemente. Um reparatório, em que se devolvem os valores que foram furtados dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, outro prisma, punitivo, que tem efeito também preventivo.

Na justiça trabalhista brasileira, há magistrados que já estão a utilizar a importada teoria das *punitive damages*, através da união de institutos de punição penal e de reparação civil, cumulando-os. Extrai-se o significado do dano social, assim, entende-se que:

Dano social é gênero, do qual derivam as espécies, dano moral coletivo, em que há natureza jurídica de dano extrapatrimonial coletivo causado pelo ato ilícito e o *dumping* social, cuja natureza jurídica é de dano material coletivo (mensurável ou não), ocasionado também por ato ilícito, sendo, pois, perfeitamente cumuláveis, ainda que derivados do mesmo ato. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 59).

A responsabilidade pelo pagamento de dano moral coletivo (PEREIRA, 2014, p. 306) é solidária, como dispõe o art. 7º da Lei n. 8.078, de 1990, assim: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Já no que concerne “ao pagamento dos danos morais individuais, a responsabilidade é subsidiária e subjetiva, se aplica às parcelas da relação de emprego a que faz jus o trabalhador”.

No que concerne, ainda, a respeito do dano moral que sofre o trabalhador, afirma-se que:

Em uma relação de reciprocidade que caracteriza o vínculo empregatício, o direito mais importante e a precípua contratual do empregador, inerente ao contrato de trabalho, não tem natureza patrimonial. [...] e o trabalhador, no desenvolvimento da relação de emprego, expõe diariamente seus bens mais valiosos, *i.e.*, sua honra, dignidade, decoro, reputação, e que uma vez atingidos podem mudar o curso de sua vida, e dos que o rodeiam, para pior, e não raro, de forma irreversível. (DOS SANTOS, 2009, p. 113).

Das reflexões de Dos Santos (2009), infere-se que a relação laboral é interpessoal e, por ser dessa natureza, quando é ofendida, atingem-se diuturnamente a honra e a dignidade da pessoa humana, por isso os danos são irreversíveis e irreparáveis, podendo apenas ser simbolicamente ressarcidos.

Esse duplo processo reparador, das condenações em dano moral e patrimonial, e reparador condenatório é o verdadeiro equilíbrio, ainda que abstratamente, para a vida do cidadão trabalhador, a reparação que engloba ao mesmo tempo as expectativas e anseios das situações físicas, econômicas e morais, tudo a tentar voltar ao estado anterior à lesão sofrida.

Dos ensinamentos acima apresentados, podemos entender que o dano social é o efetivo desrespeito, deliberado, contumaz, re-

preensível pela ordem jurídica trabalhista que se resume em dano à sociedade brasileira.

E é justamente o dever de respeito à dignidade moral da pessoa do trabalhador, aos direitos relativos à personalidade do empregado, cuja transgressão significa diretamente violação de direito e obrigação trabalhista, que se busca neste presente trabalho.

Capítulo 4 - O novo Direito do Trabalho e a exclusão dos trabalhadores no mundo globalizado

Em capítulos anteriores, abordamos questões que levaram e que decorrem da sociedade de massa na qual hoje vivemos. Estamos na era da reengenharia dos modelos de gestão, de cunho capitalista, de se atribuir a terceiros a produção e a prática de atividades em que se constata frequentemente danos e riscos aos trabalhadores, no afã da busca pela diminuição de custos e pela exacerbação da lucratividade, que agride diretamente o trabalhador.

Pode-se delinear que o Direito do Trabalho contemporâneo é:

Una de las disciplinas que engloba un grado mayor de humanidad y sensibilidad en el mundo de las ciencias sociales, en el cual se ha inscrito con más notable amplitud y profundidad que otras ciencias. Estudia y plantea a la solución de múltiples problemas del que hacer laboral y se mueve sin descanso en armonía con la mutante realidad social. (PALOMINO, 2011, p. 138).

Para o autor, o Direito do Trabalho é sensível com as questões sociais e busca incansavelmente a solução de problemas que surgem com a mutante realidade social.

Destaque-se que a sociedade de massa se apresenta como um ente complexo, constituído por grande número de relações jurídico-econômico-sociais assemelhadas e uniformizadas. Nos ensina Santos (2014) que essa sociedade caracteriza-se pela ausência de organizações e estratificações sociais rígidas; presença de agressões a indivíduos que, embora destacados, desligados ou anônimos, possuem homogeneidade em relação a determinados comportamentos ou posturas sociais ou em razão de situações existenciais comuns nas quais se encontram, onde se revelam comportamentos de massa padronizados, não estruturados, perpassando-se do estado de fluidez pessoal nas relações sociais para a impessoalidade dos relacionamentos.

A partir de tal concepção impessoal, da não concreção dos interesses sob ângulo individual, para se atender a uma sociedade em rede, passou-se a vislumbrar a dissociação do agir individualmente e passou-se a adotar a forma coletiva, diante do próprio caráter coletivo dos interesses citados.

O Direito do Trabalho, como já delineou Freitas (2013), deve regulamentar todas as situações em que se constata a existência de trabalhador hipossuficiente, em relação aos beneficiários dos serviços, mormente frente à horizontalização, em que não se verifica a subordinação jurídica.

Esse mundo globalizado grita pela alta *performance* das empresas transnacionais em nível mundial, ocasionando a descentralização das atividades e impondo novas formas das relações laborais. Busca-se o menor custo através da produção em cadeias altamente fragmentadas e o encontra nos países periféricos, os quais, por não possuírem um mínimo de estabilidade, restam à deriva e na dependência econômica dos países desenvolvidos.

A nova sistemática jurídica deve ser sensível às realidades sociais que se destina a regular, evitando os formalismos e buscando abranger as situações sociais de vulnerabilidade especial. Daí a necessidade de ser expandida a lógica protetiva, e não restringida, como pretendem os modelos flexi-seguradores, na atual fase da flexibilidade, propagada por todo o continente europeu, mormente nos países do Sul.

O Brasil, embora seja país-membro da OIT – a qual é composta de forma tripartite com a participação de representantes do governo, trabalhadores e empregadores, que juntos discutem e aprovam regramentos laborais –, está prestes a promulgar leis que tramitam no Congresso Nacional – a exemplo: projeto de lei sobre a terceirização, Projeto de Lei n. 4.330/2004, que está há anos no Senado, e proposta de prevalência do modelo negociado sobre o legislado, Projeto de Lei n. 4.962/2016, ambos com escopo de reestruturar as normas trabalhistas. Todavia, até o momento, não chamou a classe representante dos trabalhadores, os sindicatos, menosprezando a referida composição tripartite.

O novo mundo laboral sofreu e vem sofrendo muitas alterações, resultando em aumento da condição de vulnerabilidade dos trabalhadores em relação jurídica de trabalho, o que chama ainda mais atenção para uma efetiva proteção, exatamente o contrário do que estão a sinalizar as diretrizes governamentais. A esse respeito, desse novo modelo flexibilizador, pode-se afirmar que:

[...] o novo modelo prospera e ganha o planeta, “popularizando-se”. O mundo do trabalho, então, é novamente abalado, com as empresas buscando novos métodos que as permitam sobreviver a uma competição cada vez mais acirrada, o que faz com que os trabalhadores sejam submetidos a novas formas de exploração. Adota-se a desconcentração como regra [...]. Diminui a quantidade de trabalhadores nas indústrias, tirando dos sindicatos a principal base de seu relacionamento com os trabalhadores: o “chão de fábrica”, sendo esse um dos principais motivos da crise que vivem [...]. (BRITO FILHO, 2010, p. 21).

O que se depreende das linhas já traçadas por Freitas e Brito Filho é que avança o trabalho precário, desenfreadamente, partindo para a superexploração dos trabalhadores. O afrontamento à dignidade humana do trabalhador cresce diuturnamente e nesse período de crise internacional em que se encontra a maioria dos países de todos os continentes.

As práticas deletérias de ilicitudes no âmbito do Direito do Trabalho pautam-se em uma nova modalidade de relação de trabalho, deslocando-se a subordinação do sistema hierarquizado para um novel sistema horizontalizado. Tratam da terceirização de serviços como uma resposta concreta para a solução econômica, mas o resultado não é nada favorável aos trabalhadores. Esse assunto será tratado nos próximos tópicos.

4.1 Trabalho em condições indignas e o trabalho decente

O trabalho se traduz para o homem em um direito universal fundamental pois revela-se na dignidade da pessoa humana.

A expressão trabalho digno é muito vaga, ainda não se formulou um conceito concreto, por enquanto, constrói-se por exclusão da indignidade e por interpretação sistemática do texto constitucional.

Depreende-se que o trabalho digno não é novidade do mundo moderno, ao contrário, sempre existiu, porém jamais se deu conta dele. Somente na atualidade tem sido estudado, e exigida a exequibilidade, mormente enfatizando-se a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Nesse contexto, revela-se o trabalho um direito fundamental e por isso deve ser pautado na dignidade da pessoa humana, uma vez

que se trata de um direito fundamental nuclear do Estado Democrático de Direito, razão pela qual deve ser exercido em condições dignas para construir a identidade social do trabalhador (DELGADO, 2006).

Bem por isso, trabalho digno refere-se à pessoa do trabalhador. Deve ser o trabalho realizado sob os ditames do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sob os padrões da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, os direitos trabalhistas são regulamentados sistematicamente, há um arcabouço jurídico denso que estabelece os direitos mínimos a serem observados, no entanto, diuturnamente são desrespeitados e rechaçados, o que revela o trabalho precário. Conclui-se, dos ensinamentos de Brito Filho, que:

Embora não exista uma definição precisa sobre o trabalho precário, há consenso no que concerne à precarização do trabalho, que se compreende em toda espécie de trabalho cujas condições de sua prestação estejam abaixo das condições oferecidas pela legislação trabalhista. (BRITO FILHO, 2013, p. 126).

Seguindo o mesmo pensamento, o simples descumprimento de uma norma laboral infraconstitucional, de não efetuar o pagamento dos salários em data certa, dá ensejo ao desrespeito à pessoa do trabalhador e à sua dignidade.

Ressalte-se que a legislação diferencia trabalho subordinado, esse com relação linear, empregador-empregado e trabalho intermediado, em que a relação laboral é triangular e pode ocorrer de duas maneiras: pela terceirização ou pela locação de mão de obra. Essa última forma é permitida por legislação especial (BRITO FILHO, 2013) e, por ser especial, apenas se aplica aos casos pontuais por ela dispostos, como caso de trabalhador temporário, que atende alguma necessidade transitória, como substituição de empregada, regular e permanente, para os casos de gestante ou em licença.

Já a outra hipótese de intermediação de mão de obra se dá através da terceirização dos serviços, e consiste na entrega de parte dos serviços de uma empresa para outra. Este consiste em:

Procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos e aumentar a lucratividade e, via de regra, a sua compe-

titividade no mercado, contrata outra empresa que passará a prestar aqueles serviços, que eram realizados habitualmente pelos empregados daquela. (BRITO FILHO, 2010, p. 129).

A terceirização, em regra, tem se mostrado com precarização de trabalho e em muito propicia a ocorrência de fraude. A precarização é vista de imediato nos valores dos salários auferidos pelos trabalhadores terceirizados que se ativam no local da empresa contratante, bem inferiores aos dos trabalhadores empregados na empresa tomadora dos serviços, a contratante. Nessa situação, também têm sido demonstrados a discriminação e o assédio moral pelos quais passam os trabalhadores da empresa terceirizada, afetando a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

As empresas prestadoras, com frequência, são de menor porte e os sindicatos que as representam, na maioria das vezes, não possuem muita representatividade, o que ocasiona a fragilidade e a instabilidade das garantias laborais.

4.2 Condições análogas às de escravo e o trabalho escravo contemporâneo

Estudar e analisar o que é trabalho escravo típico é a indagação que se deve formular para entendermos o significado da expressão trabalho decente.

A chaga do trabalho análogo ao de escravo no Brasil passou a ser visível a partir de 1995, com a divulgação dos conflitos fundiários e das injustiças no campo, apresentadas pela Comissão Pastoral da Terra (CPT). É certo que as primeiras denúncias de trabalho escravo vieram dos próprios trabalhadores que haviam fugido de tais situações e foram buscar auxílio na CPT.

O trabalho realizado em condição análoga à de escravo constitui uma série de violações aos direitos humanos (LIMA; SURKAMP, 2013) que devem ser combatidas com todo o vigor pelo Estado brasileiro. Nesse intuito, desde 1995, o Brasil, em nível federal, reconheceu oficialmente a existência dessa chaga e passou a tomar medidas para combatê-la, mormente nas regiões Norte e Centro-Oeste.

No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, a inspeção do trabalho concretizou uma medida com a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), composto por equipes especializadas para atuar em denúncias em que havia indícios de trabalhadores em situação de condição análoga à de escravo.

Em 2003, foi criado o Programa Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, que, através da Comissão Nacional de Erradicação de Trabalho Escravo (CONATRAE), composta por representantes do governo, trabalhadores, empregadores e da sociedade, implementa as ações previstas no Plano Nacional e é responsável pelo seu monitoramento.

A ação concertada passou a ser praticada também por membros do Ministério Público do Trabalho, tendo sido criada a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE) pela Portaria n. 231, de 12 de setembro de 2002, do Procurador-Geral do Trabalho (PGT). Seu objetivo era integrar as Procuradorias Regionais do Trabalho em plano nacional, com atuação uniforme e coordenada, para a erradicação do trabalho escravo, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema, bem como a atuação ágil onde necessária se faça a presença do Ministério Público do Trabalho.

As principais áreas de atuação da Coordenadoria Nacional são: erradicação do trabalho em condições análogas às de escravo; investigações de situações nas quais os obreiros são submetidos a alojamento precário, água não potável, alimentação inadequada; desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho; falta de registro dos contratos de trabalho; maus-tratos e violência.

Analisando o disposto no art. 149 do Código Penal Brasileiro (2015)¹², verifica-se que ele foi inserido na Parte Especial do Código Penal que trata dos crimes em espécie, inserto no Título I, o qual elenca

12 Art. 149, Código Penal Brasileiro, a saber: reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; mantiver sob vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; as penas para esses é de 2 a 8 anos de reclusão e multa; e, será em dobro desse patamar, se cometido contra criança ou adolescente e, ainda, outro caso de dobro de pena, se, por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

os crimes contra a pessoa: Capítulo VI dos crimes contra a liberdade individual, seção I – dos crimes contra a liberdade pessoal e também redução de alguém à condição análoga à de escravo, os crimes de constrangimento ilegal e de sequestro e cárcere privado (FRANCO, 2015).

Esse tema penal, com ênfase nos crimes acima citados, foi bem explicado por Brito Filho (2010), que com maestria nos informa que há quatro modos de execução do trabalho escravo contemporâneo (SANTOS, 2014, p. 61): trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho e restrição de locomoção por dívida contraída. A última pode ser essa com o empregador ou o preposto e é conhecida por servidão por dívida, que se garante pela vigilância ostensiva, armada, retenção de documentos, tudo com o objetivo de reter o trabalhador.

Buscar a dignidade, a igualdade, a liberdade e a legalidade dentro do trabalho escravo contemporâneo é trabalho inócuo, pois nessa seara todos esses institutos que resguardam os direitos humanos são cruelmente ignorados e esquecidos.

Acresça-se a esses descabros que o trabalho forçado é aquele prestado pelo trabalhador, sem sua livre vontade, ao tomador de serviços em caráter obrigatório. Assim, a obrigatoriedade é consequência da situação de ausência da vontade. Toma-se como exemplo: os trabalhadores embarcados que se ativam a bordo de navios de cruzeiro e que navegam meses pelos oceanos de diversos países, distantes do local de origem da contratação dos trabalhadores, cujos direitos trabalhistas são desrespeitados, sujeitam-se a todo trabalho até mesmo a assédio sexual, pois não têm como evadir-se do local de trabalho, permanecendo em situação forçada e contra sua vontade.

No que concerne à jornada exaustiva, ela deve ser considerada dentro de um módulo laboral, em relação de trabalho que ultrapasse os limites estabelecidos pelas normas afetas ao tema, ou ainda, quando referida jornada (exaustiva) cause prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, decorrente de situação de sujeição entre os dois.

Para ilustrar a situação facilmente, verifica-se na cadeia produtiva de empresas do setor têxtil, de vestuário e calçados um dos rincões que se reinventam para a manutenção das situações primitivas de

exploração humana laboral. Exemplo disso é o caso da empresa multinacional Zara, publicamente divulgado na mídia e nas redes sociais nacionais e internacionais.

A empresa transnacional Zara sofreu investigação em sua cadeia produtiva pelo Ministério Público do Trabalho da 2ª Região. Constatou-se que os trabalhadores de seu processo de produção se ativavam sempre acima das 8 horas diárias constitucionalmente permitidas. O módulo normal da jornada laboral girava muito além de 12 horas. E mais, os trabalhadores sequer possuíam moradia digna e decente, desenvolvendo-se o labor, concomitantemente, no mesmo local em que as atividades obreiras eram exercidas, miscigenando-se residência e trabalho, no famigerado sistema do *sweating system* (BIGNAMI, 2011).

Embora a empresa negasse veementemente que não produzia os produtos que comercializava, restou cabalmente demonstrada a ocorrência na cadeia de produção, ilicitamente terceirizada.

4.3 O trabalho em cadeias

4.3.1 Trabalho em cadeias de produção (*sweating system*) e as oficinas de costura. O trabalho degradante

O termo *sweating system* é uma expressão inglesa cujo significado é o oposto da expressão *factory system*. E essa última consiste em:

Um sistema de trabalho industrial organizado em um estabelecimento onde diversos trabalhadores são reunidos coletivamente com o propósito de se obter maiores e mais econômicas conveniências advindas de seu trabalho, com relação ao que conseguiriam obter individualmente nas suas próprias casas. (BIGNAMI, 2011, p. 79)¹³.

Os trabalhadores se reúnem para vender as mercadorias, com o propósito de melhorarem a lucratividade pelo trabalho que realizaram em suas casas de acordo com suas conveniências e oportunidades.

13 "Trazendo-se o '*sweating system*' para o mundo globalizado, inverte-se a lógica bilateral entre trabalhador e empregador, passando para a triangularização, onde se infere mais de um patrão, o dono do *sweatshopp* e o dono da confecção contratante, chegando-se às relações poligonais, com muitas empresas, muitos pequenos donos, comandando os empregados, comumente denominadas de terceirizações, quarteirizações e assim sucessivamente".

Nesse mesmo sentido, sobre o trabalho realizado em cadeias de produção, Bignami ensina:

[...] nos Estados Unidos, o conhecido e estudado caso de escravidão contemporânea ocorrido em uma fábrica de roupas da cidade de El Monte, na Califórnia, comprovou definitivamente o retorno do *sweating system* ao sistema produtivo daquele país. Setenta e dois trabalhadores tailandeses haviam sido vítimas de tráfico de pessoas e foram escravizados diariamente até serem resgatados pela polícia local. Uma estimativa do Departamento de Trabalho norte-americano de 1989 indicava haver cerca de 4.500 *sweatshops* somente em Nova Iorque. (BIGNAMI, 2011, p. 79).

O trabalho em cadeias, em regra, utiliza-se de trabalhadores em condições análogas às de escravo, que se submetem à teia produtiva pela subordinação estrutural. Assim se desenvolve uma pirâmide, onde se faz setorizando-se a produção, como tem ocorrido no setor têxtil, mormente na capital paulistana. As ações ocorrem, em geral, em três ou quatro níveis, ou tantas vezes subdivididos, chegando a relações poligonais, como acima referido. No topo se encontram as grandes marcas de grifes da moda, como bem explicam essa sistemática Segatti et al.:

Tomando como exemplo do setor têxtil, a empresa tomadora (Grife) controla todo o processo de produção, define as peças, desenha as roupas, estabelece o padrão de qualidade, preço, cor, acessórios, medidas, quantidade a ser produzida, prazo para entrega. Tais especificações e exigências são transmitidas aos fornecedores contratados, os quais na realidade não possuem capacidade contributiva – empregados (costureiros) e máquinas – suficiente para a execução dos serviços e assim acabam contratando as oficinas. Estas se submetem às diretrizes da empresa tomadora e estão sujeitas a penas por seu descumprimento. Portanto, não há autonomia do trabalhador que desempenha a sua atividade submetida ao controle e direção da empresa tomadora, ou seja, a atividade do trabalhador está inserida na organização produtiva da empresa tomadora (Grife). (SEGATTI et al., 2015, p. 18).

Depreende-se dos estudos doutrinários colacionados por Bignami e Segatti que a cadeia produtiva se desenvolve através de relações verbais ou escritas, mas ambas com escopo de diminuir custos e auferir maior lucratividade, descurando de todo o processo trabalhista nela promovido. Reitere-se que as tomadoras (grifes) repassam para interpostas pessoas, jurídicas ou não, que repassam para outras pessoas

e assim por diante. Desde o princípio da cadeia, da encomenda pela empresa contratante, até à ponta final, na base da cadeia, que traz o produto acabado pronto para a venda de volta à empresa tomadora, que irá auferir a lucratividade programada e estimada.

Nesses contratos coligados, a produção extrapola os limites territoriais da empresa tomadora inicial. Todo o processo piramidal é deixado sob a responsabilidade trabalhista daquele empresário que corta ou que costura a peça, e cada uma das pessoas que se inserem nessa cadeia o fazem com escopo de passar para o outro as responsabilidades laborais.

É a nefasta cadeia precarizadora dos direitos laborais que pulveriza o poder de direção, fragiliza as relações de trabalho, acentuando o descompromisso ocasionado pelo mundo globalizado, em que se imiscuem o tomador de serviços e empresas ou simples trabalhadores contratados. O ritual gera um ciclo vicioso de vínculos jurídicos que estabelecem dependência e se fecham em si mesmos. Registre-se que a sistemática de contratação coligada, em pirâmide, não ocorre apenas no setor têxtil mencionado, mas corriqueiramente nas organizações que se utilizam de mão de obra em condições análogas às de escravo.

A responsabilidade para todos os participantes da cadeia dá-se com o enquadramento em normas de direito civil e trabalhista. Essa aplicação interdisciplinar mostra-se viável pela dicção do parágrafo único do art. 8º do diploma consolidado laboral (BRASIL, 1943) e, para encaixar-se perfeitamente, verifica-se que o sistema civilista de 2002 trouxe, à época de sua reestruturação, um novo olhar para o instituto da responsabilização. Este abraçou a dignidade humana como seu vetor, cuidando com maior atenção do ofendido e não mais para ofensor, em que o escopo era e é o da máxima reparação, ampliaram-se as hipóteses de responsabilização, mitigando-se a valoração da culpa.

A interpretação sistemática é realizada com inteligência por Fabre (2012) e inicia-se a partir da teoria do risco-criado ou também denominada de teoria do risco-proveito, insculpida no art. 927 do Código Civil Brasileiro (CCB) (BRASIL, 2012)¹⁴ combinado com o

14 Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Capítulo I - da obrigação de indenizar. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem

art. 2º do diploma consolidado trabalhista (BRASIL, 1943)¹⁵, através de uma releitura de institutos jurídicos tais como riscos da atividade econômica, princípio geral da justiça o qual estabelece que aquele que auferir bônus deve arcar com os ônus, princípios trabalhistas da alteridade, ou da alheação. Aludindo à novel teoria – da subordinação técnico-estrutural-integrativa no ambiente da cadeia produtiva terceirizada –, acrescenta a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, também denominada por Teoria do Avestruz (que mete a cabeça abaixo da terra e finge não ver nada ao seu redor). A respeito dessa teoria, ainda explica Segatti¹⁶ que:

Embora possa ser associada à teoria da culpa, fornece elementos adicionais para a imputação de responsabilidade a um determinado beneficiário de uma cadeia produtiva (não só no âmbito do setor têxtil, mas em qualquer situação em que ocorra a chamada terceirização material). (SEGATTI, 2015, p. 59).

Nesse intuito, de responsabilizar o infrator pelos danos causados aos trabalhadores e combater o tráfico de pessoas e o trabalho em condições análogas às de escravo, o Ministério Público do Trabalho em São Paulo, desde o ano 2000, tem realizado ações articuladas com outros órgãos do Sistema de Justiça – o Ministério do Trabalho e Emprego, a Polícia Federal e com Magistrados trabalhistas –, diligenciando verificação *in locus*, nas cadeias de produção de empresas de confecção de vestuário. Constatada por diversas vezes a degradação da ambiência laboral, com fios elétricos que atravessam todo o imóvel; com camas e máquinas de costura colocadas em cozinhas e até em banheiros; crianças transitando pelo local, juntamente com animais de estimação. Labor além e pagamento a quem dos ditames do arcabouço jurídico brasileiro.

15 DECRETO-LEI N. 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

16 “A teoria da cegueira deliberada, sendo também rotulada de Teoria do Avestruz (no direito norte-americano, é referida como *Willful Blindness* ou *Ostrich Instructions*), sendo invocada nas hipóteses de tipos derivados (assim chamados os crimes que dependem da preexistência de um outro crime, chamado de crime prodômico, para existir, como é o caso do crime de receptação em relação a um crime de roubo ou furto, ou de um crime de lavagem de dinheiro em relação a um crime contra a Administração Pública ou a um crime de tráfico de entorpecentes). Em tais situações criminais, geralmente o agente a quem é imputado o crime derivado argumenta o desconhecimento do crime antecedente. Nesse ponto, a teoria da cegueira deliberada reconhecerá responsabilidade àquele que adremente se coloca em situação de ignorância, omitindo-se quanto a um dever razoável de cautela.”

Utilizando a ideia acima apresentada e jungindo-se à Teoria do Avestruz, por analogia, pode-se buscar a responsabilização dos infratores em toda cadeia produtiva. Assim, no caso do exemplo paulistano, no setor de confecções, o tomador (grife) deliberadamente afirma que não conhece a exploração dos trabalhadores na cadeia produtiva para se esquivar do cumprimento das obrigações trabalhistas e outras mais que possam não estar sendo observadas pelas contratadas.

Essa teoria, de origem estadunidense, iniciou-se com aplicação apenas na área penal, posteriormente passou a ser admitida também na área cível, e nos diz que:

Prega que o agente que, intencionalmente, busca não saber de ilicitude da conduta praticada, criando uma verdadeira barreira intencional, acaba por ser tão responsável quanto, ou seja, também concorre para o resultado. Também conhecida como instruções de avestruz, tal alcinha decorre do fato de que o agente acabaria por agir como um avestruz, enfiando a cabeça debaixo da terra a fim de não tomar conhecimento das ilicitudes que o circundam. (SANTOS, 2014, p. 10).

Nessa mesma toada, o autor comprova a aceitação da aplicação da teoria da cegueira deliberada, colacionando decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no âmbito dos ilícitos administrativos da lei de improbidade, abaixo transcrita:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação-superfaturamento constatado — Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada — Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada caviliosidade dos corrêus Procedência da ação mantida Diferimento do recolhimento das custas deferido Apelação do réu Joselyr não provida e provida em parte a da ré IBDPH. (Apelação n. 0009252-56.2010.8.26.0073, Rel. Rebouças de Carvalho, 09/04/2014, TJ/SP).

Do julgado acima transcrito, infere-se que a teoria da cegueira deliberada se ajustou perfeitamente aos casos da cadeia produtiva têxtil paulistana, em que o empresário do topo dessa cadeia nega ciência de ilícitos trabalhistas, alega desconhecimento de ofensa à dignidade da pessoa humana dos trabalhadores nas oficinas de costura

que produzem seus produtos. Ele não se preocupa, ou mascara não se preocupar, em saber respostas para várias indagações singelas, mas de extrema importância, a primeira de todas, o porquê de a peça produzida ter custo irrisório. A inércia empresarial, a falta de interesse com a situação fática da qual ele se beneficia, caracteriza sua negligência, tipifica a omissão culposa, *in vigilando*.

Conclui-se pela aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, na seara laboral, mormente em casos de práticas rotineiras de ilícitos trabalhistas praticados de labor em condições degradantes, aquele labor exercido em péssimas condições de trabalho e de remuneração, com restrições de autodeterminação do trabalhador. A exemplo do que reporta a mídia, em programas televisivos de acesso popular, em que o trabalhador se ativa em zona rural, em fazendas, residindo em barracões de plástico preto, comendo e bebendo no mesmo local em que os animais comem e defecam suas fezes.

A constatação e a aplicação da referida teoria já se dão em nível internacional, a exemplo, reitere-se, o caso NIKE (BANJO, 2014; CARVALHO, 2016), após toda a publicidade sobre a utilização de trabalho escravo, mormente infantil, em sua cadeia produtiva (os meninos da fábrica em Bangladesh costurando as bolas de futebol), a empresa decidiu se preocupar em fiscalizar esses processos e não mais contratar na ignorância, já explicada pela teoria da cegueira deliberada.

4.4 Trabalho decente e o trabalho digno

4.4.1 A dicotomia do trabalho decente e o trabalho digno

O trabalho, por si só, afirma Delgado (2006), deve revelar o homem em sua dimensão maior, como um ser humano, e fundamentar-se no referencial axiológico da dignidade da pessoa humana. Assim, dignidade não pode ser concedida, uma vez que se trata de uma qualidade humana, mas pode e deve ser reconhecida e protegida.

Verifica-se, nas relações escravagistas, que o trabalho nelas exercido é exatamente o lado oposto da concepção axiológica da dignidade da pessoa humana. Estudos revelaram e confirmaram que o trabalhador, enquanto parte da máquina produtora de bens materiais ou

de serviços, não é visto nem pensado como uma pessoa, retiram-lhe os sonhos, os objetivos e a dignidade da pessoa humana.

O ser humano, na medida em que corporifica direitos, deve ser a convergência e a orientação para serem regidas as relações de trabalho, consubstanciando-se através do Direito do Trabalho, que o compreende como uma pessoa e não objeto ou meio do querer de outrem.

Bem por isso, cabe refletir e traçar um paralelo entre o trabalho decente e o trabalho digno. Conceito desses dois institutos é apresentado através da contraposição conceitual entre cidadania e direitos humanos. Assim:

O trabalho decente remete à noção de cidadania e a uma concepção operacional, claramente apontada na agenda da Organização Internacional do Trabalho (OIT), enquanto o trabalho digno remete à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e é dependente de uma rede de direitos.

[...] o trabalho digno propõe, ao lado da noção de apropriado e adequado, também um sentido daquilo que tem ou revela dignidade ou honra. Ou seja, a dignidade acrescenta uma dimensão moral, apenas subentendida na noção de trabalho decente. (ROSENFELD; PAULI, 2012, p. 319).

Explicando referida dicotomia, os autores propõem duas abordagens complementares: uma traz o trabalho como um *locus* teórico, de reflexão das formas de reconhecimento social; e outra, por intermédio de um modelo global de direitos humanos, com escopo de formulação de políticas públicas e regulação e defesa do trabalho decente.

Nessa medida, crescem que o trabalho decente se relaciona com a cidadania e os direitos sociais, sob o enfoque holístico, sem se dividir em gerações ou ondas de direitos humanos, concebendo-os como interdependentes. Adotam o modelo da justiça social e preocupam-se com a pobreza. E, ainda, aludem que ele pode ser quantificado, uma vez que possui indicadores estatísticos.

O trabalho decente é aquele que se dá observando-se os direitos mínimos dos trabalhadores, em que há liberdade e igualdade de trabalho, em que as condições são justas e dignas, preservam a dignidade humana da pessoa do trabalhador, em que se paga um

salário justo, não se detecta trabalho infantil e o ambiente laboral é sadio. Se traduz no local em que o trabalho é realizado. É o oposto ao trabalho escravo.

Quanto ao que concerne ao trabalho digno, traz em seu bojo a noção de direitos humanos, dotados de universalidade e com dimensão moral, propiciando a avaliação do bom e do mau. Onde o trabalho digno necessita do reconhecimento da contribuição e da utilidade do trabalho, vale dizer, verifica-se a conjugação do binômio contribuição-retribuição.

Assim, extrai-se dos ensinamentos perfilhados acima que, para diferenciar trabalho decente e trabalho digno, deve-se entender que o primeiro decorre da observação das situações positivadas no que concerne ao modo e à execução do trabalho. Já o último diz respeito à obediência das normas afetas à pessoa do trabalhador, concernentes ao respeito à dignidade da pessoa humana.

4.4.2 O debate paradoxal: as diretrizes de trabalho decente e o desenvolvimento econômico

Muito relevante é a discussão (BRITO FILHO, 2010) travada na atualidade, que se dá em torno de um debate paradoxal, de como viver sob a lógica da economia de alta competitividade e, ao mesmo tempo, eliminar a falta de liberdade no trabalho, a discriminação, o trabalho infantil e outras práticas que aviltam o trabalho humano. E o trabalho precário é justamente a escolha da grande maioria dos empresários, uma forma diametralmente oposta ao trabalho pleno, ao trabalho decente.

A questão de maior preocupação é saber como estabelecer diretrizes de trabalho decente em um mundo tão diferente, com graus de processos de desenvolvimento tão díspares. Este trabalho se sedimenta sob os parâmetros perfilhados pela OIT, a seguir:

O trabalho digno permeou toda a história do direito do trabalho, embora seja nos últimos tempos que vem merecendo atenção diferenciada por parte da doutrina e jurisprudência trabalhistas. No plano internacional, a dignidade do trabalhador é a base para o programa de traba-

lho decente promovido pela Organização Internacional do Trabalho. (PEREIRA, 2015, p. 19).

Assim, quando se analisa o trabalho decente, há de se verificar o trabalho digno, pois o trabalho decente decorre de observação de normas catalogadas e o trabalho digno enseja a relação com a pessoa humana do trabalhador, diretamente relacionada com a dignidade do ser enquanto trabalhador.

Muito se refletiu a respeito dessa indagação e, em resposta, deu-se origem a uma proposta de agenda na OIT, lançando uma Agenda de Trabalho Decente, em que foram traçados objetivos e metas vislumbrando-se elevar a sociedade ao patamar de trabalho decente.

Na medida em que o trabalho é decente, ele é digno. Baseia-se em um valor, um direito fundamental, razão pela qual necessário se faz viabilizá-lo, e o Direito do Trabalho apresenta-se com tal desiderato, que considera todas as formas de inserção do homem na sociedade, e isso deve se dar apenas e tão somente a consagrar sua dignificação.

O sistema jurídico trabalhista brasileiro está consubstanciado em um sistema tridimensional, o qual deve ser rigidamente observado para se proteger a dignidade humana do trabalhador. Numa primeira dimensão encontram-se os instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos reconhecidos por Estados-partes que firmaram as Convenções da OIT, como já referidos no *Capítulo 2*. Em uma outra dimensão encontram-se os direitos humanos dos trabalhadores, constitucionalmente garantidos pela lei maior. Por fim, em uma terceira dimensão, encontram-se os direitos humanos dos trabalhadores que são protegidos por leis especiais e catalogados na CLT.

Dentro desse sistema tridimensional, o Brasil, mostrando-se preocupado com a situação de seus trabalhadores, proporciona a efetiva defesa dos direitos humanos laborais e cuidou de elaborar e lançar uma Agenda própria, em 2006, para gerar trabalho decente e combater a pobreza, bem como as desigualdades sociais. A Agenda (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2015), denominada de Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), trouxe três prioridades: gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; erradicar o trabalho escravo e o trabalho infantil, em espe-

cial nas suas piores formas; e fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática.

Com o intuito de promover o trabalho decente, em 2008, a OIT adotou a Declaração sobre Justiça Social para uma globalização equitativa e reafirmou o compromisso dos Estados-membros com a promoção do trabalho decente sob o manto de quatro objetivos estratégicos: promoção da empresa; desenvolvimento e aperfeiçoamento de medidas de proteção social; promoção do diálogo social e do tripartismo; e respeito e promoção dos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

Analisando as agendas nacionais e internacionais atinentes à matéria, pode-se inferir que o trabalho decente é o trabalho digno, aquele que garante os direitos humanos do trabalhador. E, ainda dentre os objetivos da ANTD e da Declaração sobre a Justiça equitativa, previamente citados, claro e cristalino é de se concluir que o trabalho decente perfaz um conjunto mínimo de direitos que, quando são observados, dão a dignidade humana ao trabalhador.

Podemos indagar a respeito de quais seriam os referidos direitos mínimos do homem-trabalhador, e responde com sapiência Brito Filho (2010), que estudou a problemática e concluiu que podem ser classificados em três planos: individual, coletivo e da seguridade.

No primeiro plano, individual, os direitos mínimos são: a) direito ao trabalho, como um dever do Estado de promover condições para o trabalhador exercer uma atividade que possa dar subsistência para ele e sua família; b) liberdade de escolha do trabalho; c) igualdade de oportunidades para – no exercício do trabalho – esse direito mínimo se efetivar para que não sejam perpetrados atos discriminatórios; d) direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador; e) direito a uma justa remuneração; f) direito a justas condições de trabalho, mormente com limitação de jornada laboral e intervalos para repouso e alimentação.

No plano coletivo, enfatiza Pereira (2015) a respeito da relevância da representação dos trabalhadores e do valor da verdadeira liberdade sindical assim:

É um direito mínimo muito importante para o respeito aos direitos dos trabalhadores, [...] a associação ou o sindicato dos trabalhadores

são sempre atentos aos desmandos e à exploração perpetrada contra os trabalhadores, e por isso muitos direitos foram conquistados com a pressão exercida pelos sindicalistas. (PEREIRA, 2015, p. 25).

Em terceiro plano, no plano da seguridade, faz-se necessário garantir o direito mínimo de se proteger contra o desemprego e outros riscos sociais. Com escopo de garantir a subsistência do trabalhador e de sua família.

Da análise do trabalho decente e do trabalho digno, verifica-se que ambos asseguram a dignidade aos trabalhadores, uma vez que o trabalho decente deve observar os patamares mínimos do regramento estipulado pela OIT, ao passo que o trabalho digno deve desenvolver assegurando a proteção e revelação da dignidade humana do trabalhador. Enfim, o trabalho decente é sempre digno. Todavia, nem sempre o trabalho digno é decente.

No próximo capítulo, adentrar-se-á no âmago da atuação institucional do Ministério Público e do Poder Judiciário trabalhistas brasileiros, para auxiliar o aprimoramento e contribuir para rechaçar a prática do *dumping* social na seara laboral, bem como promover a efetiva valorização social do trabalho.

Capítulo 5 - A atuação do Ministério Público do Trabalho: o combate ao *dumping* e a responsabilização dos infratores

5.1 O combate ao *dumping* social

Desde 1955, percebe-se a existência de medidas para conter o *dumping*. Os principais instrumentos normativos internacionais no combate à prática de *dumping* social são três, a saber: o Pacto de Bandung, a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e Política Social (EMN) e a Rodada Uruguai. Explica-se a seguir.

O Pacto de Bandung (1955) (MENEZES, 2012) foi consequência da reunião de países asiáticos, africanos e do Oriente Médio, em Bandung, na Indonésia, com intuito de atuar no plano internacional sem se submeterem ao neocolonialismo da Guerra Fria: EUA (Estados Unidos da América) e União Soviética. Buscavam a transformação da política global do período da Guerra Fria, a promoção do setor socioeconômico, e estipularam dez princípios básicos sobre a promoção da paz e cooperação mundiais, fundadas na Carta das Nações Unidas, destacando-se respeito aos direitos fundamentais e ao estímulo aos interesses de cooperação.

Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social (EMN) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE TRABALHO, 2002): desempenhou importante papel na elaboração de princípios orientadores de governanças e organizações de trabalhadores, de empregadores e das próprias empresas multinacionais; bem como contribuiu para a promoção do bem-estar econômico e social com escopo de melhor qualidade de vida, criação de oportunidade de emprego e principalmente para a promoção mundial dos direitos fundamentais do homem e, ainda, da liberdade sindical.

O objetivo principal foi incentivar as empresas transnacionais a contribuírem para o progresso econômico e social e minimizar as situações difíceis por essas geradas. Essa Declaração trouxe os princípios informadores de emprego, formação profissional, condições de trabalho e de vida e relações de trabalho, recomendando-os

para observação voluntária a governos, organizações de empregadores e de trabalhadores e a empresas multinacionais.

Rodada Uruguai (BRASIL, 1986): GATT, criado originalmente para ser provisório, acabou durando quatro décadas. Abrigou novas rodadas de negociação até a criação da Organização Mundial de Comércio (OMC), em 1995. Até meados dos anos 1980, um número crescente de países aderiu ao Acordo – exceto os países da extinta União Soviética e, entre as nações capitalistas, os membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Uma das principais metas da Rodada Uruguai foi reduzir os subsídios agrícolas. Houve muita discordância entre União Europeia e Estados Unidos, consequência dessa rodada, denominada de “maior acordo comercial da história” principalmente pelo Acordo sobre Agricultura, que institui um marco jurídico-institucional para o projeto de reforma de longo prazo do comércio agrícola e das políticas internas que os países signatários desejavam levar a cabo nos anos seguintes. Em síntese, seu escopo era criação de tarifas protetivas das mercadorias internas em face das importadas, de modo a garantir o preço dos produtos sem fragilizar o mercado interno.

Como se pode constatar, essas três medidas de combate ao *dumping*, em verdade, objetivaram regulamentar questões econômicas. À época, não havia muita preocupação com as questões sociais-laborais.

As medidas internacionais de combate ao *dumping* social são confeccionadas nas Conferências do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho. A mais recente se deu na 105ª Sessão (DIREÇÃO-GERAL DO EMPREGO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO, 2016), em Genebra, de onde se destaca o Relatório IV, que versa sobre trabalho digno nas cadeias de abastecimento mundiais, matéria objeto desse estudo, e as cadeias produtivas, no setor do vestuário. Concluiu o Relatório que, embora todas as medidas apresentem méritos específicos, existem limitações na obtenção da eficácia e da sustentabilidade a longo prazo. Uma das limitações deve-se aos mesmos desafios de capacidade identificados pelos mecanismos de governança pública: âmbito, formação e capacidade dos inspetores e corrupção. Outros

desafios estão relacionados com o risco de marginalizar a participação das organizações dos trabalhadores e dos sindicatos.

As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; no que tange estritamente ao trabalho, devem obedecer aos princípios: da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório, da abolição efetiva do trabalho infantil e da eliminação da discriminação no emprego.

5.2 Medidas internacionais *antidumping*

5.2.1 Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas no combate ao *dumping*

O Conselho da ONU para os direitos humanos aprovou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, que fornecem orientações para os organismos públicos protegerem os direitos humanos e para que as empresas os respeitem.

Esses Princípios Orientadores contemplam funções e responsabilidades, distintas, complementares, dos Estados e das empresas. Aplicam-se a todos os Estados e empresas, transnacionais ou não, independentemente da sua dimensão, setor, localização, propriedade ou estrutura. Apesar de os princípios não terem efeitos jurídicos vinculativos, eles assentam nas obrigações legais que os Estados assumiram ao abrigo da legislação internacional sobre os direitos humanos.

De acordo com esses Princípios Orientadores, a responsabilidade de uma empresa de respeitar os direitos humanos vai além das relações de primeiro nível e estende-se a todas as atividades e relações comerciais. Ressalte-se que o Orientador 13 é uma verdadeira medida *antidumping*: dispõe que as empresas devem evitar que as suas atividades causem ou contribuam para impactos negativos sobre os direitos humanos e enfrentar essas situações, caso ocorram.

Relativamente às cadeias produtivas, as empresas devem atuar com prevenção ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente ligados às suas atividades, produtos ou servi-

ços prestados pelas suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerar esses impactos.

Com esses objetivos, em junho de 2014, o Grupo de Trabalho criado especialmente para lidar com a questão dos direitos humanos, englobando as empresas transnacionais e outras empresas privadas, solicitou aos Estados-membros para implementarem os Princípios Orientadores das Nações Unidas através de Planos de Ação Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

Também a 605ª Conferência da ONU estabeleceu regramento para o Brasil combater o trabalho forçado. Revela que os esforços envidados pelo Brasil, na luta contra o trabalho forçado nas cadeias de abastecimento mundiais, demonstram como uma capacidade pública reforçada, a integração entre as diversas entidades públicas de regulamentação e uma abordagem inovadora têm sido fundamentais para abordar as formas contemporâneas de trabalho forçado.

5.2.2 O programa Better Work da Organização Internacional do Trabalho

O programa Better Work da OIT é um caso exemplar de governança sinérgica entre os mandantes tripartidos (em nível nacional, setorial e mundial), as empresas principais e os agentes multilaterais.

Esse programa alcançou resultados significativos na promoção do cumprimento dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, bem como da legislação nacional. Além disso, como o assédio sexual é generalizado no setor de vestuário, o programa Better Work lançou um programa de formação especializada para combater o assédio sexual e distribuiu um modelo de política em matéria de assédio às fábricas-piloto.

Objetiva melhorar as condições de trabalho e promover a competitividade nas cadeias de abastecimento mundiais da indústria do vestuário. Foi baseado em outro programa da Organização Internacional do Trabalho, o programa Better Factories Cambodia, estabelecido em 2001. Vislumbra, ainda, avaliar o cumprimento por parte das fábricas das normas internacionais e da legislação nacional.

Desde a criação do programa Better Work¹⁷, o cumprimento foi aumentado nos países em que foi implementado, tendo as melhorias nas condições de trabalho sido traduzidas num aumento do bem-estar e da satisfação dos trabalhadores para além do local de trabalho, numa maior produtividade e rentabilidade de trabalho, bem como em melhores resultados para as famílias e as comunidades dos trabalhadores.

5.2.3 Medidas *antidumping* de ação futura

A Conferência Internacional do Trabalho considera uma abordagem inovadora e holística para a promoção do trabalho digno nas cadeias de abastecimento mundiais, compreendendo alguns, ou todos, elementos inter-relacionados, a saber: promoção das normas internacionais do trabalho; combate às lacunas de governança; promoção do diálogo social inclusivo e eficaz; melhoria do diálogo social transfronteiriço; reforço da cooperação para o desenvolvimento com vista a melhorar os direitos e as condições nas cadeias de abastecimento mundiais; e valorização dos processos existentes.

5.2.4 As medidas no Brasil

Rememorando a história, desde 1995, o Brasil tem se dedicado a combater o trabalho em condições análogas às de escravo nas áreas rurais e, como medida de combate ao *dumping* social, criou o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado e o seu Grupo Especial de Fiscalização Móvel. Segundo as estatísticas do governo, entre 1995 e 2013, um total de 46.478 trabalhadores (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016) foram resgatados pelo Ministério do Trabalho e do Emprego do denominado trabalho escravo.

Posteriormente, em 2005, como já dito em capítulos anteriores, foi lançado o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo firmado pelos atores: Instituto Ethos, Instituto Observatório Social, Organização Não Governamental Repórter Brasil e Organização

17 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://betterwork.org/global/?Page_id=3252&lang=es>. Acesso em: 9 out. 2016.

Internacional do Trabalho. Exige-se das empresas que aderiram ao Pacto que cessem todas as relações comerciais com as empresas da sua cadeia de abastecimento que utilizem trabalho forçado. Ao promover a partilha de responsabilidades e ao restringir em nível comercial os fornecedores que exploram o trabalho forçado, as empresas reconhecem voluntariamente a responsabilidade pelas práticas laborais inaceitáveis nas suas cadeias de abastecimento. Em 2014, mais de 400 empresas nacionais e internacionais tinham aderido ao Pacto Nacional.

A experiência do Brasil no combate ao trabalho forçado nas cadeias de abastecimento agrícola e industrial caracteriza-se, essencialmente, pela sua dimensão multipartida. A Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, constituída em 2003, reúne membros do governo, representantes dos trabalhadores e dos empregadores, bem como organizações da sociedade civil para coordenar ações e elaborar estratégias setoriais, sendo igualmente responsável pela supervisão do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, elaborado após um processo de diálogo social extenso.

O Ministério Público do Trabalho e o sistema de justiça reforçam a aplicação da legislação laboral em todos os níveis. A inspeção do trabalho, com o apoio da OIT, aprofundou as suas competências especializadas na erradicação do trabalho infantil e do trabalho forçado em setores rurais, incluindo a pecuária, a produção de soja e a colheita de cana-de-açúcar, bem como nas indústrias em áreas urbanas, tais como a indústria de vestuário. Os auditores fiscais empenham-se e melhoram suas técnicas de verificação das cadeias de produção e conjugam os pontos fortes dos mecanismos convencionais de aplicação da lei com o apoio técnico, a sensibilização e o ensino para permitir às empresas cumprir as normas, se assim o desejarem.

Concernente ao combate ao trabalho forçado e ao *dumping* social, o Brasil tem sido internacionalmente reconhecido e se traduz como o governo, em colaboração com os parceiros sociais e outras partes interessadas, que instaurou a cultura do cumprimento da lei, a fim de evitar que os trabalhadores resgatados reincidam numa situação de trabalho forçado. Foram concedidos seguros-desemprego e outros benefícios sociais e aumentada a sensibilização.

O Ministério Público do Trabalho, reitera-se, diuturnamente, enfrenta em salas de audiências, judiciais ou extrajudiciais, empresários que se furtam ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, praticando as mesmas irregularidades, as mesmas atividades fraudulentas, reiteradamente.

As práticas ilegais mais comuns consistem em: contratação de empregados sem registro dos contratos de trabalho; exigência de excesso de trabalho em jornadas laborais muito além do máximo permitido pela norma legal; exigência de que os trabalhadores se ativem em local insalubre, perigoso; impossibilidade de que o trabalhador saia do local de trabalho, cerceando seu direito de ir e vir.

Praticam, ainda, outras irregularidades afetando outras searas, tal qual a área fiscal, não recolhem impostos, não realizam os depósitos de fundo de garantia; nem tampouco as contribuições sociais. Todas essas práticas sucateiam os direitos dos trabalhadores e geram o *dumping* social.

Na medida em que não recolhem os tributos, sonegam impostos e encargos sociais, violam os direitos dos trabalhadores. Mas não são somente esses atos próprios dos empresários, como também aqueles que, de modo omissivo, não exigem que o façam, os custos de seus produtos e/ou serviços apresentam preço muito aquém da prática mercadológica. Claro que tais práticas além do *dumping* social ocasionam no mercado a concorrência desleal, como já explicado no *Capítulo 3*.

Depreende-se do art. 127 (BRASIL, 1988) da Constituição da República que os membros do Ministério Público devem buscar a defesa da ordem jurídica, exigir o cumprimento dos direitos trabalhistas garantidos na lei maior. Infere-se também, da dicção do art. 5º (BRASIL, 1993) da Lei Complementar n. 75/1993, que deve defender os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores. Então, uma de suas missões é justamente combater o *dumping* social, sob pena de se furtar ao seu ofício.

E sob esse norte de atuação, de exigir que o trabalho seja praticado de forma decente, a instituição utiliza-se de instrumentos para coibir práticas de trabalho análogo ao de escravo, ora firmando o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), ora ajuizando ações perante o Poder Judiciário trabalhista, Ações Cíveis Públicas (ACPs).

Em ambos os casos, o que se faz para garantir que o empresário cumpra o pactuado, ou a decisão judicial, e, em consequência, não torne a repetir os atos lesivos à coletividade dos trabalhadores, é atribuir-lhe uma penalidade para pagamento de indenização por práticas dos ilícitos laborais, denominada, como já se estudou anteriormente, de dano social. A questão é saber como aferir o valor do montante da pena para que tenha dupla função: uma repressora e outra didático-dissuasiva.

Avaliar a respeito desse *quantum* não é missão muito tranquila e muito provavelmente não tem sido praticada a contento, pois há descumprimentos contumazes dos TACs e de acordos judiciais firmados em processos trabalhistas, mormente em casos que envolvam o setor de confecção de vestuário na capital paulista.

Os desempenhos ministerial e judicial necessitam ser contundentes o suficiente para se criarem precedentes negativos. Modelos que, além de não incentivar o aviltamento dos direitos dos trabalhadores, impeçam práticas deletérias que afetem a vida da sociedade como um todo, por isso, necessária a reavaliação da eficiência de tais atuações.

Nesse caminhar, de se buscar uma nova maneira de atuação, estudou Franco (2015), referindo-se a uma área não muito difundida no meio jurídico brasileiro, mas de grande aceitação na cultura norte-americana, a disciplina Análise Econômica do Direito (AED), a qual se utiliza de princípios de economia com o escopo de otimizar a obtenção de efetivos resultados no direito. Assim:

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. [...]. (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).

Com esses ensinamentos, extraímos da economia uma teoria que prevê o comportamento humano em face das leis. Reza a teoria que as pessoas reagem a incentivos, o que suplanta a intuição, da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso, o foco que se busca é a eficiência. No intuito da eficiência, esclarecem os doutrinadores que um dos princípios da AED que a balizam funda-

-se na máxima de que os agentes econômicos fazem escolhas racionais, denominado Teoria da Escolha Racional (DOOMEN, 2011).

A teoria se infere sob três formas: uma, os agentes econômicos têm um conjunto de preferências estáveis e predeterminadas, que independem das escolhas em concreto que se lhes colocam. Escolhe-se entre as opções, tendo em vista uma preferência, um gosto, não importando o motivo. Outra expressa a escolha através da utilidade, diz respeito às consequências de cada escolha, ao que proporciona ao agente econômico, maximizando-se a utilidade. A terceira escolhe racionalmente, avaliando-se a opção que o agente faz concomitantemente entre os custos e os benefícios, por uma dada alternativa tendo em vista os benefícios esperados. O sentido de benefício não quer dizer apenas benefício monetário, mas qualquer acréscimo de utilidade na vida de quem está escolhendo, o mesmo quanto ao custo, porém, este há de ser menor que o benefício.

A ideia é que o tomador de decisão sempre deseja aumentar o que foi conseguido para um plano mais elevado, denominado de benefício marginal, o que traz, também, um obstáculo, ou seja, um maior custo, chamado custo marginal. É dizer, se o benefício marginal for superior ao custo marginal, o tomador da decisão continuará escolhendo, optando por pequenas modificações com escopo de aumentar os seus ganhos (COOTER; ULEN, 2010). Assim, a escolha racional é a ponderação, a análise cuidadosa das vantagens e dos respectivos custos, quando o agente exercita a tomada de decisão. Esse é o postulado da Teoria da Escolha Racional.

Pela AED, parte-se da premissa de que há empresários descumprindo leis trabalhistas e dispositivos constitucionais, que agem com racionalidade, que praticam atos baseados na Teoria da Escolha Racional. E que o fazem em busca de menores custos de seus produtos e/ou serviços, para obterem maiores lucros. Agindo dessa forma precarizam os direitos trabalhistas mais mezinhos, as relações de trabalho, ocasionando *dumping* social.

Aplicando-se esse princípio da AED, em que as pessoas agem racionalmente, calculando seus lucros e perdas, e que as projetam em seus futuros resultados, definindo as escolhas das ações futuras, pode-

mos deprender que o empresário, na grande maioria das vezes, volta a descumprir os direitos sociais dos trabalhadores. Ora descumprindo um TAC ou um acordo judicial, visto que ou a punição é pequena ou, quando grande, não é executada. Dessa forma devem lhes restar vantagens enquanto pratica o descumprimento.

Os empresários agem com a lógica da compensação, ou seja, da obtenção de maior lucratividade. A escolha racional se enquadra na equação abaixo, que lhes garante vantagem econômica:

$$V - P * Ppp > 0$$

Onde: V é a vantagem econômica; P é a pena prevista para a irregularidade; multiplicada pela Ppp , que é a probabilidade de ser pego e punido (valor entre 0 e 1).

Na lógica da equação – lembrando que o empresário está atento ao custo marginal, que é a contratação irregular, desrespeito às leis trabalhistas e constitucionais; e ao benefício marginal –, o lucro é tão grande que é melhor para o empresário atuar permanecendo na irregularidade, na exploração dos trabalhadores, pois aumenta a riqueza descumprindo a lei.

Essa prática abusiva e reiterada gera uma externalidade negativa (precarização dos direitos dos trabalhadores) e causa uma piora para a sociedade, pois outras empresas repetem o modelo. Propaga-se, assim, o precedente do descumprimento. Nesse contexto, necessária se faz uma modificação na atuação ministerial, judicial, sindical e em todo o sistema de justiça, no sentido de atuar incutindo nas razões do empresário práticas de dissuasão, para que ele modifique a lógica racional do descumprimento. É preciso criar mecanismos para incentivá-lo ao cumprimento da lei.

Em razão de tal raciocínio, do empregador racional, que busca maior lucro, tem sido praxe ministerial atribuir valor pecuniário, a título de dano moral coletivo, para que, além do efeito punitivo, deva coibir o empresário de praticar as irregularidades trabalhistas e, assim, não compense continuar agindo com práticas irregulares – efeito didático.

Pensando na equação anteriormente proposta, da lógica do empresário de manter suas vantagens e sua riqueza, o Ministério Público

do Trabalho e os juízes do trabalho devem atuar para tornar a equação, acima proposta, diferente, negativa, ou seja, o resultado deverá ficar menor que zero, conforme explicitado abaixo:

$$V - P * Ppp < 0$$

E como devem agir o Ministério Público do Trabalho e os juízes para que tal ocorra? Devem calcular a pena multiplicada pela probabilidade de ser pego e punido – o empresário – para que o resultado final seja negativo, abaixo de zero. De modo que seja maior que as vantagens econômicas que ele receba ao praticar os atos irregulares e/ou ilegais, que lhe resultem desvantagens econômicas, diminuição em sua riqueza, tudo com o escopo de que ele não mais pratique as irregularidades.

5.3 Estudos de casos

A seguir, analisa-se estudo de cinco casos concretos, os mais emblemáticos, que tramitam no Ministério Público do Trabalho em São Paulo, com dois propósitos: um de analisar o comportamento dos empresários que praticam, ou promovem a prática de irregularidades trabalhistas, na cadeia produtiva da indústria de confecção de vestuário, com efetiva constatação de precarização de direitos dos trabalhadores, causando *dumping* social, o que se fará utilizando técnicas de AED.

Outro propósito é avaliar as situações fáticas que decorrem do exercício da missão constitucional dos membros do Ministério Público do Trabalho, de zelar pelos direitos dos trabalhadores, que ao encontrar trabalhadores em situação degradante, de extrema vulnerabilidade, como trabalho em condições análogas às de escravos nos moldes contemporâneos, firmam TAC. Ou, ainda, que ajuízam ações trabalhistas, ACPs e firmam acordo judicial. Estudar se há efetividade da atuação ministerial, resultado positivo, que diminuam as práticas de *dumping* social.

Serão analisados os casos sob a ótica da Teoria da Escolha Racional e será pensada com base na fórmula já referida. Para tanto, serão pesquisados os valores calculados para efeito punitivo, com base em dados concretos, que levam em conta o potencial econômico da empresa fraudadora.

Quadro 1

Empresa/cases	N.	Distribuição
Gregory	Inquérito Civil n. 2.215/2012	23/4/2012
Le Lis Blanc	Procedimento Preparatório n. 3.261/2013	17/8/2011
XYZW	Peça de Informação n. I 788/2006	17/4/2006
Zara	Inquérito Civil n. 0393/2011	17/8/2011
M. Officer	Inquérito Civil n. 3933/2013	REP 18/11/2013
	Processo de acompanhamento judicial (PAJ) AJ 3.231/2014	ACP 14/7/2014

Fonte: Autos investigativos administrativos e processos judiciais do MPTSP – Ministério Público do Trabalho (2006-2016).

5.3.1 XYZW (empresa sob sigilo, nome fictício XYZW)

Descrição do caso: trata-se de procedimento instaurado de ofício, em 17 de abril de 2006, em virtude de denúncia recebida da Central de Atendimento ao Migrante (CAMI), para verificação de trabalho em condição degradante e análogo à escravidão em face de XYZW Ltda. (nome fictício para estudo do caso, uma vez que os autos se encontram tramitando com sigilo de justiça). XYZW manifesta-se alegando que não é uma confecção e não confecciona quaisquer produtos; é uma empresa do comércio varejista; comercializa peças de vestuário, adquiridas das mais diversas indústrias de confecção; apenas adquire produto acabado de terceiros e o comercializa em seus estabelecimentos varejistas; não possui em seu quadro de empregados qualquer um que realize sua confecção; eventuais peças de vestuário cujas etiquetas tragam a marca “XYZW” são adquiridas dos fabricantes com tais etiquetas, mas não são confeccionadas por ela. TAC firmado em 3 de dezembro de 2007. Obrigações do TAC de 2007 – compromete-se a advertir seus fornecedores, no site de relacionamento na *internet*, fazer constar dos contratos firmados entre a denunciada e seus fornecedores a advertência, que não aceitará,

sob pena de rescisão e descredenciamento, como cancelamento de pedidos de compras, as confecções que: contratem trabalhadores de nacionalidades diversas que estejam em situação irregular no País, contratem empresas integradas por estrangeiros que não estejam legalmente constituídos como pessoa jurídica, contratem empresas que se utilizem de trabalhadores estrangeiros em situação irregular no País. Multa de R\$ 10.000,00 por obrigação descumprida. Em 2010, constatou-se que ainda persistia a existência de trabalhadores imigrantes prestando serviço em condições degradantes relacionados com a confecção para prestadores de serviços contratados pela fornecedora da denunciada. Por este motivo, o TAC firmado em 2007 foi revisto. Posteriormente, houve ação fiscal dos auditores fiscais do MTE, a qual apontou a inexistência de condições análogas à escravidão nas empresas da cadeia produtiva da compromissária; todavia, foram encontradas irregularidades em ulteriores diligências, constatando-se o descumprimento de outras cláusulas do TAC. Em ato contínuo, determinou-se à compromissária a juntada de documentos aptos a demonstrar toda extensão de sua cadeia produtiva, em âmbito nacional. Até agosto de 2016, ainda não havia resposta.

5.3.2 Caso Zara

Descrição do caso: trata-se de procedimento deflagrado de ofício, em 17 de agosto de 2011, em decorrência de notícias amplamente divulgadas pela mídia de trabalho em condições análogas à de escravo desempenhado por trabalhadores estrangeiros na cadeia produtiva da empresa Zara Brasil Ltda., sediada em Barueri. A empresa, em defesa, alega que, apesar de não ser a responsável legal pela situação encontrada, se coloca à disposição das autoridades brasileiras para articular planos de ação, visando promover a melhoria das condições de trabalho do setor da indústria de confecção e evitar que tais acontecimentos se repitam. TAC firmado em 19 de dezembro de 2011. Objetivo do TAC: aperfeiçoar as condições de trabalho nas confecções, por intermédio de controle da cadeia produtiva. Diretrizes do TAC: aprimoramento, pela empresa Zara, do controle da regularidade das condições de trabalho que ocorrem ao longo de sua cadeia no Brasil; assunção

de responsabilidade, pela empresa Zara, por verificação das condições de trabalho observadas nos fornecedores e terceiros no Brasil; e investimentos sociais a serem realizados, por ela, no intuito de fortalecer o combate ao trabalho degradante no setor têxtil, bem como proteger trabalhadores vitimados por tal exploração. Obrigações: comprovação da existência de contratos de trabalho dos trabalhadores registrados nas CTPS; verificação do pagamento integral dos salários; comprovação do registro correto e permanência no País de estrangeiros inseridos nos fornecedores e terceiros; garantia de respeito à jornada de trabalho legal ou sindical; detecção de qualquer trabalho infantil; garantia de condições de meio ambiente de trabalho, segurança e saúde do trabalhador; combate à servidão por dívidas e às práticas cerceadoras da liberdade de locomoção de trabalhadores; verificação do cumprimento integral da Convenção Coletiva da Categoria; e garantia aos trabalhadores estrangeiros dos mesmos direitos assegurados aos trabalhadores brasileiros. Para cada fornecedor ou terceiro encontrado em situação irregular seria efetuado o aporte de R\$ 50.000,00 para um Fundo de Emergência gerenciado pela CAMI e/ou pelo Centro de Apoio e Pastoral do Migrante (CAMPI). Investimento social mínimo de R\$ 3.477.831,22 em ações preventivas e corretivas no setor. Em 3 de julho de 2014, houve audiência para demonstração da melhoria das condições de trabalho em cadeia produtiva no Brasil e para discutir pretensão da empresa de dialogar sobre a regulamentação do Ministério do Trabalho e Emprego da lista de empregadores flagrados com trabalho escravo. O procedimento encontra-se em fase de verificação de cumprimento do TAC. Expediram-se ofícios à Receita Federal, a fim de identificar a cadeia de fornecedores e subfornecedores da empresa Zara. Na ocasião da pesquisa, os documentos estavam sob análise de setor pericial contábil da PRT-2/MPT-SP, para verificação da prestação de contas das entidades beneficiadas pelo TAC. A Superintendência Regional do Trabalho em São Paulo enviou relatório de fiscalização na cadeia produtiva, donde se inferiu que houve descumprimento do TAC. Acerca da verificação do uso dos recursos destinados às entidades beneficiadas pelo TAC, o setor pericial contábil da PRT-2/MPT-SP sugeriu modelo para devida prestação de contas. Apresentaram documentos comprobatórios nesse sentido e foi realizada reunião

para esclarecimentos e alinhamento relativos à comprovação dos valores doados. Em decorrência do relatório de fiscalização apresentado pela Superintendência Regional do Trabalho em maio de 2015 – no qual apontou o descumprimento do TAC –, o setor pericial apresentou laudo com cálculo da multa atinente à não observância dos termos do ajuste. Em agosto de 2016, o procedimento encontra-se aguardando a realização de audiência administrativa com a compromissária, designada para o dia 13 de setembro de 2016, a fim de firmar aditivo ao TAC e acordar o pagamento da multa devida pelo descumprimento. Houve proposta de Acordo Aditivo para solução das irregularidades trabalhistas constatadas pela Gerência Regional do Ministério do Trabalho e Emprego, ainda pendente de repactuações.

5.3.3 Caso Gregory

Descrição do caso: trata-se de procedimento instaurado, em 23 de abril de 2012, para investigar denúncia, cujo autor requereu sigilo de sua identificação, informando a existência de famílias de trabalhadores bolivianos costurando roupas para a empresa Gregory, nas dependências de imóvel localizado no Bairro do Pari, em São Paulo. Foi firmado acordo TAC em abril de 2013, nos autos da Ação Civil Pública (processo TRT/SP). A empresa Gregory alega que desconhecia as condições de trabalho dos trabalhadores e que se engaja no compromisso social de combate ao trabalho escravo e situações análogas. Obrigações constantes do TAC: não se utilizar de mão de obra de trabalhadores estrangeiros que não estejam autorizados a permanecer e trabalhar no Brasil; abster-se de submeter trabalhadores brasileiros ou estrangeiros a condições degradantes; garantir que todos os trabalhadores tenham seus contratos de trabalho registrados em CTPS; não admitir o trabalho de pessoas menores de 16 anos; proceder ao pagamento integral dos salários, nunca inferior ao piso da categoria; garantir um meio ambiente de trabalho adequado, a segurança e saúde do trabalhador; respeitar a duração normal de trabalho; e observar as normas coletivas de trabalho. Multa de R\$ 100.000,00 por obrigação descumprida, além de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador afetado. O prazo para adequação da empresa, abstendo-se definiti-

vamente da prática de manter trabalhador em condição análoga à de escravo, expirou em 30 de janeiro de 2014. Tendo em vista que, em 2 de junho de 2014, o Ministério do Trabalho e Emprego atestou que não observou trabalhador em situação análoga à de escravo no local diligenciado, foi determinado o arquivamento do procedimento, reservando seu desarquivamento caso haja nova denúncia referente ao objeto dos autos. Até o momento (agosto/2016) não houve notícias a respeito do descumprimento do TAC.

5.3.4 Caso Le Lis Blanc

Descrição do caso: trata-se de procedimento, instaurado em 25 de agosto de 2013, deflagrado a partir de operação interinstitucional, entre os dias 12 e 19 de julho de 2013, do Programa de Erradicação do Trabalho Escravo da Superintendência Regional do Trabalho no Estado de São Paulo (SRTE/SP). Conforme relatório da fiscalização, flagrou-se trabalho escravo em 3 (três) oficinas. Tais oficinas eram contratadas por 2 (duas) confecções, que, por sua vez, eram contratadas pela Restoque Comércio e Confecções de Roupas S/A para a confecção de roupas das grifes “Le Lis Blanc” e “Bo.Bo”, ambas de propriedade da Restoque. TAC emergencial (obrigações): promover a imediata anotação dos contratos de trabalho nas CTPS dos trabalhadores prejudicados; realizar o pagamento de todas as verbas de natureza trabalhista não quitadas com os trabalhadores; promover a imediata rescisão dos contratos de trabalho por culpa do empregador; garantir o alojamento dos trabalhadores em imóveis apropriados; no ato da rescisão contratual, garantir o retorno daqueles que assim desejarem, bem como de seus familiares, ao seu país de origem, às expensas da empresa; garantir o transporte dos trabalhadores, dos locais onde se encontram alojados até a SRTE, e retorno, até a finalização dos procedimentos de quitação e documentação dos seus contratos de trabalho; pagar, a título de indenização por dano moral individual, a cada um dos trabalhadores prejudicados, o valor equivalente a 50% do total das verbas trabalhistas pagas no ato da rescisão; pagar, a título de diferenças salariais, a cada um dos trabalhadores prejudicados, o valor de 50% do total das verbas trabalhistas pagas no ato da

rescisão. Multa Principal de R\$ 50.000,00 por obrigação descumprida, além de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador prejudicado, cumulativamente. TAC definitivo: 1 – Objetivos: aperfeiçoar as condições de trabalho e eliminar eventuais condições degradantes de trabalho na cadeia produtiva de confecções de roupas comercializadas pela empresa. 2 – Diretrizes: aprimoramento pela empresa da regularidade das condições de trabalho que ocorrem ao longo da cadeia produtiva; assunção de responsabilidade pela empresa quanto à verificação das condições de trabalho praticadas por seus fornecedores; investimentos sociais a serem realizados pela empresa no intuito de fortalecer o combate ao trabalho degradante no setor de confecções de roupas, bem como de proteger trabalhadores vitimados por tal exploração. 3 – Obrigações: registro da CTPS pela empresa que diretamente contratou os trabalhadores; pagamento integral dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente; registro correto e situação regular de permanência no País de imigrantes que trabalhem para os fornecedores; respeito à jornada de trabalho legal; não existência de qualquer situação de trabalho infantil; existência de condições de meio ambiente de trabalho, segurança e saúde do trabalhador; não existência de servidão por dívidas e de práticas cerceadoras da liberdade de locomoção de trabalhadores; e não discriminação de trabalhadores estrangeiros por motivo de nacionalidade. Multas: para cada fornecedor em relação ao qual forem constatadas condições degradantes de trabalho ou trabalho infantil ou que seja constatado o descumprimento de obrigações trabalhistas, será feito um aporte de R\$ 40.000,00, por trabalhador submetido a condições degradantes de trabalho ou a trabalho infantil no fornecedor fiscalizado. Para cada trabalhador prejudicado no fornecedor fiscalizado, além do valor anteriormente citado, será feito um aporte de R\$ 2.000,00. Em 20 de fevereiro de 2015, a empresa apresentou relatório de todas as suas atividades realizadas em cumprimento do TAC firmado. Foram apresentados documentos referentes às auditorias empreendidas pela compromissária em sua cadeia produtiva, informações quanto aos procedimentos de regularização de irregularidades em seus fornecedores levadas a efeito e restou definida a destinação de R\$ 100.000,00 em favor do Departamento Jurídico XI de Agosto. Foi apresentada dúvida pela Restoque sobre como

proceder, sem correr o risco de descumprir o TAC, diante da seguinte situação: as empresas Pantolex Confeccões Ltda., Benefits Confeccões Ltda. e AR3 Confeccões Ltda., fornecedoras da compromissária, foram flagradas pelas diligências de auditoria com oito empregados sem registro de CTPS, bem como onze imigrantes indocumentados. As fornecedoras foram notificadas para a adoção imediata de um plano de ação corretiva, nos moldes do termo de ajuste de conduta, mas as irregularidades apontadas não foram integralmente sanadas, o que levou a Restoque a rescindir os contratos de facção. Considerando-se haver saldo a ser quitado para tais empresas e a possibilidade de essas encerrarem suas atividades, a Restoque solicitou orientações sobre como proceder para que o saldo pendente em favor das empresas seja quitado concomitantemente com garantias de que os trabalhadores receberão os salários. Audiência administrativa realizada em 26 de fevereiro de 2016 com a compromissária e as empresas Pantolex Confeccões Ltda., Benefits Confeccões Ltda. e AR3 Confeccões Ltda., ocasião na qual determinou-se a juntada, pela AR3, em 48 horas, a apresentação dos dados bancários e o valor do último salário de seus ex-empregados cujo contrato fora rescindido em virtude da rescisão do contrato junto à compromissária, bem como o pagamento, pela compromissária, do crédito supramencionado devido aos trabalhadores. Determinações cumpridas e devidamente comprovadas em 26 de abril de 2016. Ocorreu na sede da PRT, em 15 de março de 2016, solenidade de entrega de valores ao Departamento Jurídico XI de Agosto. No momento da pesquisa, agosto de 2016, o procedimento aguarda retorno do setor pericial quanto à análise dos documentos juntados pela compromissária a fim de comprovar o cumprimento do TAC, bem como da comprovação final pela compromissária acerca dos valores doados às entidades beneficiadas indicadas no TAC.

5.3.5 Caso M. Officer

Descrição do caso: trata-se de procedimento instaurado em 18 de novembro de 2013, em que foi ajuizada uma ação civil pública, a qual, entre outras matérias, trata da responsabilidade social e jurídica da empresa M5 Indústria e Comércio Ltda., grande magazine varejista, que produz, industrializa e comercializa peças de vestuário da marca

“M. Officer”, pela existência de trabalho em condições análogas à de escravo em sua cadeia produtiva. A respectiva ação foi instruída com as partes integrantes do Inquérito Civil n. 003933.2013.02.000/5, além de cópia integral dos relatórios de fiscalização elaborados pelo Ministério do Trabalho e Emprego de São Paulo e pelo Ministério Público do Trabalho ao longo das investigações. Foi distribuída por dependência à Ação Cautelar n. 00030149120135020054. Pedidos constantes na Ação Civil Pública: declarar a responsabilidade solidária da ré em relação a todas as irregularidades sociais, ambientais e trabalhistas ocorridas ao longo de sua cadeia produtiva; condenar a ré no pagamento de indenização por danos morais coletivos em valor arbitrado em montante não inferior a R\$ 7.000.000,00; condenar a ré em indenização por *dumping* social, em valor arbitrado em montante não inferior a R\$ 3.000.000,00; declarar que houve exploração de mão de obra análoga à de escravo na cadeia produtiva da ré; determinar que a ré mantenha a sua cadeia produtiva em consonância com a legislação brasileira, por meio do cumprimento das seguintes obrigações: zelar pela saúde e segurança do trabalhador; zelar pela segurança e conforto do trabalhador e seus familiares; respeitar as normas trabalhistas concernentes à duração do trabalho; garantir o acesso aos direitos trabalhistas típicos; não permitir qualquer forma de restrição da liberdade dos trabalhadores; não se aproveitar da vulnerabilidade social e econômica dos trabalhadores para reduzir custos com mão de obra e não permitir a exploração do trabalho de crianças e adolescentes. O caso encontra-se *sub judice*, andamento da ACP (processo n. 00017795520145020054), conforme sítio do TRT2, que foi designada audiência de instrução para o dia 24 de agosto de 2015. Momento da pesquisa, junho de 2015. Em 27 de março de 2015, foi realizada audiência na PRT-2, na qual os membros do Ministério Público do Trabalho, os Procuradores do Trabalho, expuseram a intenção do MPT/SP de resolver a precarização na cadeia produtiva da empresa, ressaltando que esse deve ser o ponto focal do acordo, caso fosse firmado. A empresa expôs o seu interesse em resolver extrajudicialmente a questão, embora entenda não ter havido precarização em sua cadeia. Não houve composição amigável, e a ação foi julgada procedente em parte, condenando a ré em danos morais coletivos, com indenização de R\$ 4.000.000,00 e por *dumping*

social em valor de R\$ 2.000.000,00, ainda foi condenada por descumprimento de obrigações de fazer na quantia de R\$ 100.000,00 por infração comprovada.

Diante dos resultados da atuação ministerial e judicial, verifica-se que as empresas dos casos elucidados insistem em descumprir não só o arcabouço jurídico trabalhista como os pactos voluntariamente firmados com o Poder Público.

Analisando-se as atitudes do empresariado, sob o enfoque da AED com aplicação da Teoria da Racionalidade, para os casos citados, pode-se diagnosticar que as quantias das condenações – ou mesmo das multas as quais lhes foram arbitradas para casos de descumprimento – ou não foram suficientemente intimidadoras, ou os empresários contam com a inação ministerial (ou de outros órgãos que realizam a fiscalização do cumprimento do pactuado), ou, ainda, contam com a não execução das penalidades.

A equação trazida dos ensinamentos da AED $V - P * Ppp > 0$ continua com resultado positivo para o empresariado, de modo que é muito provável que permaneça descumprindo as obrigações e a legislação; ainda é vantajoso transgredir, é rentável. No intuito de modificar a equação apresentada anteriormente, para que resulte prejuízo efetivo ao empresário, a seguir, nos próximos tópicos, apontar-se-ão sugestões de atuação.

5.4 A nova cultura dos precedentes na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro e os reflexos na seara laboral

5.4.1 A aplicação no processo trabalhista

Convém, inicialmente, trazer a conexão entre o processo civil e o trabalhista para que se possa utilizá-lo a contento. O vínculo entre ambos se encontra na dicção do art. 769 do diploma consolidado, o qual determina a aplicação subsidiária da legislação processual comum nos casos omissos, exceto naquilo em que for incompatível com as normas trabalhistas que versem sobre o processo laboral. Tudo em busca da efetividade e da maximização da entrega do bem da vida ao trabalhador.

No intento acima citado, a aplicação da principiologia dos precedentes judiciais, que traz a novel legislação processual civilista, para decisões de demandas repetitivas, pode ser inserida no âmbito do processo trabalhista e, por isso, traça-se aqui, neste tópico da pesquisa, a sistemática de cálculo para as penalidades a serem aplicadas aos casos em que há matéria constitucionalmente garantida e que sua repetição cause desvalorização da vida do ser humano trabalhador.

Há países que já trabalham nesse sentido, os países do *common law*, mormente os EUA, conhecidos internacionalmente pelas condenações milionárias, uma das causas do efetivo cumprimento das leis e dos costumes norte-americanos.

Mas para tanto, a título de criação de precedentes judiciais, importa esclarecer que os valores não podem e não devem ser arbitrados aleatoriamente, mas, sim, com base em parâmetros justos, para não serem criados modelos teratológicos e que apenas gerem fechamento de empresas. Esse é justamente o oposto do que se pretende com esses estudos. Busca-se, sim, o combate ao *dumping* social para propiciar a proteção da dignidade dos trabalhadores, incentivar práticas que levem ao desenvolvimento economicamente equilibrado e valorizar o trabalho humano.

Deve-se atentar ao cálculo das penalidades, não só pensar nos valores das penalidades, mas também exigir o cumprimento da lei e das obrigações pactuadas. Como já se disse, de acordo com a teoria da racionalidade e da AED, o empresário infrator levará em conta se realmente haverá um prejuízo para o caso de não observar os preceitos legais e se haverá o controle efetivo do cumprimento das normas e acordos, calculando os custos e os benefícios marginais.

Dessarte, o primeiro passo é atribuir um valor verdadeiramente significativo, que impulse os empresários a não descumprirem as leis. Já em um segundo momento, há de se acompanhar o cumprimento da legislação e também dos compromissos assumidos pelos empresários ou mesmo seus prepostos, deve o empresário sentir que haverá grande probabilidade de ser pego no descumprimento e devem ser contabilizados prejuízos suficientes para persuadir as empresas infratoras ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas. Bem como

para coibir outras empresas de se afastarem desse modelo precarizador dos direitos sociais, estabelecer precedente positivo-negativo, para que empresas não continuem com as mesmas práticas de *dumping* e, de outro lado, para que outras adotem modelo de cumprimento legal.

Pergunta-se: qual deveria ser o formato da ação ministerial ou judicial para promover efetivamente o cumprimento das leis trabalhistas, para mitigar o *dumping* social e para se proteger os valores constitucionais dos direitos trabalhistas? As respostas serão apresentadas a seguir, sob forma de propostas, extraindo-se dos estudos deste trabalho.

5.4.2 A avaliação da efetividade da atuação dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário

Com uso de técnicas de AED, analisando a lógica do empregador, à luz da Teoria da Racionalidade, para obtenção de vantagens econômicas, juntamente com as ferramentas que podem ser utilizadas pelo MPT, nota-se que as ferramentas, para atender ao escopo de avaliar a eficiência, são: atribuição de valor da pena no montante suficiente para intimidar a prática ilícita empresarial e verificação efetiva do cumprimento do TAC ou da ACP.

Dos cinco casos estudados, XYZW, Zara, Le Lis Blanc, Gregory e M. Officer, ao que se apresenta, o valor atribuído para a punição não as intimidou (embora aparentassem quantias razoavelmente altas). A título de dano moral coletivo, não encorajou o empresariado a cumprir os TACs, tal qual demonstrado no caso da empresa XYZW, em que o TAC foi revisto sem qualquer pagamento, o processo foi arquivado e se disse claramente que se aguardarão notícias de descumprimento. Aparentemente pelo fato de informar que irá aguardar notícias de descumprimento, já se pode deduzir que não irá verificar o cumprimento efetivo do TAC. Pela aplicação da Teoria da Racionalidade, haverá grande probabilidade de encorajar o empresário a continuar praticando as irregularidades, uma vez que deve racionalizar que provavelmente não será pego.

No caso da empresa Zara, apesar de todas as providências tomadas para desencorajar a empresa de praticar irregularidades, não ocorreu o cumprimento do TAC, demonstrando que o comporta-

mento esperado não ocorreu. Pela aplicação das técnicas de AED, temos que as ações ministeriais não foram persuasivas o suficiente para impactar as ações da empresa infratora. Uma das incógnitas da equação $V - P * Ppp > 0$, o valor da penalidade P, provavelmente não tenha sido alto o suficiente para desencorajar a prática de *dumping* social. A equação continuou positiva para o infrator.

Todavia, nos outros casos, Le Lis Blanc e Gregory, verificamos que, além do alto valor de dano moral coletivo, bem como da ação de apuração *in caso* pelo *Parquet* laboral, e do cumprimento do TAC, a cadeia produtiva das empresas referidas seja observada, garantindo os direitos dos trabalhadores. Isso tem influência direta na diminuição do *dumping*, mitigando o sucateamento dos direitos dos trabalhadores, melhorando as condições sociais desses indivíduos, como um todo, devolvendo-se a dignidade da pessoa humana.

No caso M. Officer, a negociação é de aproximadamente R\$ 10.000.000,00. Bem dissuasivo, esse valor não foi calculado com base em algum padrão – informação obtida com a Procuradora do Trabalho oficiante no caso –, embora tenha sido calculado tomando por base dados sigilosos e contábeis fornecidos pela Receita Federal, o cuidado tomado limitou-se a ser alto o suficiente para não inviabilizar o funcionamento da empresa.

A respeito da aplicação dos ensinamentos da AED e de sua efetividade, mormente no que tange aos cálculos de penalidades, há diversos casos concretos que se extraem da experiência dos EUA. Tudo se iniciou após uma condenação emblemática, em que se fixou em 145 milhões de dólares, por danos punitivos, no caso *Engle vs. Liggett Group, Inc* (FLORIDA BAR, 2006), julgado em 2006 pela Suprema Corte da Flórida. Desde então, começaram a ser propostas ações de valores milionários como, por exemplo, o caso de *Robinson vs. RJ Reynolds*. Um júri da Flórida, no caso *Cyntia vs. RJ Reynolds Tobacco Company* (THE NATIONAL TRIAL LAWYERS, 2015), condenou uma empresa de tabaco após a requerente ficar viúva de um fumante de longa data, que morreu de câncer de pulmão em 1996, no valor de US\$ 16.800.000,00 milhões de indenização compensatória e de US\$ 23.600.000,00 em danos punitivos.

Como meta de a cada dia melhorar a atuação ministerial, o Ministério Público, como bem enfatizou Pereira (2015, p. 99-100), com a Constituição Republicana de 1988, sofreu muitas transformações e surgiu totalmente repaginado. Apresentava-se, antes desse marco, como um órgão de repressão que buscava tão somente a punição. A partir de então, obediente à lei maior, atribuíram-se aos seus membros garantias e atribuições – evidenciando-o como uma identidade coletiva – direcionadas a promover transformações sociais, implementação de conceitos dos direitos fundamentais, princípios constitucionais, tratados internacionais sobre direitos humanos, valorizar os instrumentos coletivos, tudo em prol da concretização do modelo constitucional. Esse trabalho vem ao encontro do propósito de prestação efetiva de atenção à Constituição Federal.

Nessa medida, durante esses já passados vinte e oito anos, transfigurou-se em sua novel concepção de essencial ao modelo constitucional brasileiro e, nesse compromisso, seus membros são e estão aptos a construir e participar da sociedade brasileira através da atuação diuturna de defender a Constituição e de promover os direitos e garantias nela consagrados. Bem por isso, este trabalho, em sintonia com os ditames constitucionais, tem a pretensão de trazer não uma novidade, mas um aprofundamento da interpretação dos ditames constitucionais, colocando o ordenamento jurídico brasileiro afinado com as necessidades e realidades do ser humano trabalhador.

Demonstrados com técnicas juseconômicas, os modelos e as fórmulas de parametrização de multas ou afins podem ser seguidos, principalmente, para se criar mecanismos de entrega do bem da vida, de promoção dos direitos humanos dos trabalhadores para a efetiva valorização social do trabalho.

5.4.3 Propostas para atuação do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário Federal do Trabalho

As propostas foram elaboradas sob a nova ordem que é apresentada pelas disposições do Código de Processo Civil vigente, qual seja, a formação da cultura dos precedentes, já de aplicação antiga e efetiva nos Estados Unidos e na Europa; e, também, em países que seguem as

regras do *common law*, de origem anglo-saxônica. A nova lei cria uma nova cultura processual no Brasil, com uniformização da interpretação da lei, a análise dos recursos repetitivos, com escopo de dar maior segurança jurídica aos cidadãos, bem como para dar maior celeridade aos processos judiciais e pôr termo aos litígios.

Na mesma esteira, os precedentes tornam a jurisprudência estável, criam-se balizamentos vinculantes a situações repetidas. Quando a jurisprudência aponta um norte, tal movimento deve ser apreciado e executado pelos operadores do direito, mormente os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, e deve-se buscar a criação de precedentes de atuação positiva e de efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores.

Em sede processual, deve-se perquirir se a questão apresenta múltipla repetição, deve o operador do direito utilizar-se do Incidente de Resolução de Demandas Repetidas (IRDR), que tem o objetivo de proteger a isonomia e a segurança jurídica. Nessa seara processual, os legitimados para instaurar o IRDR são: juiz ou relator, por ofício; partes, por petição; Ministério Público ou Defensoria Pública, também por petição.

Grande parte do volume de ações que tramitam nos escaninhos virtuais ou físicos, dentro do Ministério Público Trabalhista e do Poder Judiciário Federal do Trabalho, concerne a causas repetitivas, que se repetem em ondas, ora com mais expressividade, ora sendo desmoro-nadas e ceifadas, rechaçadas por definitivo.

Ou seja, ações entre sujeitos diversos mas que concernem a uma mesma questão de direito. Pense-se no caso muito atual, de visibilidade midiática, como o do trabalho escravo, degradante, o do tráfico de pessoas para fins laborais, em que se verifica exatamente a mesma ação dentro de cadeias de produção, por parte dos atores empresariais: a exploração exacerbada de vidas humanas, o desrespeito contumaz de normas que garantem o respeito dos direitos humanos dos trabalhadores, desde a contratação sem registro à efetiva ausência de pagamento pelo trabalho executado.

Pode-se utilizar a nova técnica processual civil, da aplicação dos precedentes judiciais, em proveito da efetivação dos direitos dos

trabalhadores, para auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da ação empresarial, através da utilização de um “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”. Ou seja, um incidente no qual são registradas as questões comuns a todos os casos similares, deixando a dosimetria da pena, de cada caso concreto, para o membro ministerial ou jurisdicional do processo originário, que aplicará o modelo padrão em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.

Esse censo, de celeridade e de segurança jurídica, de se coibir repetição de atos ilegais, ilícitos e de ofensa aos direitos laborais dos trabalhadores, deve permear a atuação institucional ministerial e jurisdicional dos magistrados, elaborando-se precedentes aparentemente negativos. Estes devem mostrar ao empresariado o quanto vão perder com novas ações, e com real efeito positivo, pois eles incentivam os empresários a cumprirem o arcabouço jurídico.

Com escopo de se zelar pelo trabalho decente e digno, combater o trabalho degradante em todas as suas formas, proteger o primado do trabalho – como um valor social –, bem como de se observar o valor social da empresa, ao se planejar o montante dos valores de indenizações que devem ser pagas futuramente por empresa, para caso de não descumprir acordo, tanto extrajudicial como judicial, deve a autoridade competente considerar como modelo base, ou seja, como precedente, o disposto no art. 45 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Assim, tratar-se-á de casos não só de concorrência desleal, mas de fraude à ordem econômico-financeira do Estado de São Paulo bem como de todo o Estado brasileiro.

A proposta do enquadramento é de fácil aplicação, basta seguir o artigo acima citado inserindo no quadro os fatos decorrentes das atividades empresariais praticadas ilicitamente, conforme se faz a seguir:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração (ato ilícito: descumprimento de normas constitucionais e legais, de natureza social e também individual,

que versam sobre saúde, segurança, direitos humanos dos trabalhadores, bem como ofensa à ordem econômica e social brasileira)¹⁸;

II - a boa-fé do infrator (ato ilícito: o descumprimento é deliberado, o motivo, o escopo, é de diminuir o valor da mercadoria e aumentar a rentabilidade, diminuindo a concorrência com outros produtos do mesmo nicho econômico)¹⁹;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (resultado do ato ilícito: decorre da economia que realizou com o não pagamento das verbas trabalhistas, o não recolhimento dos tributos devidos, da sonegação dos impostos ao erário estadual e nacional)²⁰;

IV - a consumação ou não da infração [se já houve efetivamente a fraude (ato ilícito) aos direitos sociais ou se está na iminência de ser praticada, se está agindo com a intenção de praticá-la]²¹;

V - o grau de lesão (decorrente do ato ilícito), ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (decorrentes dos atos ilícitos praticados que trazem as externalidades negativas, o mau exemplo, as empresas que são afetadas agindo em cumprimento ao ordenamento jurídico, o número de empresas do mesmo ramo que já encerraram as atividades, em decorrência da prática do *dumping* social)²²;

VII - a situação econômica do infrator (facilmente verificada por informações que podem ser obtidas oficiando-se aos órgãos públicos, como a Receita Federal, atos ilícitos praticados diuturnamente)²³; e

VIII - a reincidência (que deve ser considerada em qualquer ato infrator praticado)²⁴.

18 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

19 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

20 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

21 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

22 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

23 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

24 Enquadramento livre, realizado pela autora deste trabalho.

Não se pode ignorar que o mesmo diploma legal, em seu art. 36²⁵, traz um rol, não taxativo, mas apenas elucidativo, uma vez que não se trata de norma penal, mas de natureza cível e trabalhista, em que são apresentadas infrações que afetam a economia da sociedade, e as infrações são bem delineadas.

25 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

E, ainda, o mesmo diploma legal traz, em seu art. 37, os parâmetros para as penalidades serem aplicadas aos infratores, cujas multas sugere-se ser calculadas entre 0,1% até 20% do valor do faturamento da empresa, grupo ou conglomerado, relativo ao exercício anterior. Nos arts. 38 e seguintes, da já citada lei, traçam-se valores concretos já propondo multas fixas, sempre considerando a infração e o tamanho da empresa.

Acrescem-se a tais parâmetros outros que se entendam necessários para o cálculo de uma penalidade efetiva: verificar o passado empresarial, analisando-se dados do Ministério do Trabalho e Emprego, o número de trabalhadores que deixaram de ser contratados, ou quantos trabalhadores já sofreram o dano, e calcular o valor aproximado dessa “economia” que a empresa fez, com o desrespeito às leis.

Além da atuação dos membros, tanto ministeriais como jurisdicionais, bem como de sindicatos em seus misteres constitucionais, devem, em seus estritos limites de atribuição institucional, expedir ofício ao Ministério Público Federal e informá-lo de todas as irregularidades e da ausência dos recolhimentos dos tributos, dos encargos sociais, além de tomar as medidas judiciais cabíveis, tanto na esfera cível como criminal.

E, especialmente, para o caso de empresas transnacionais que cometem infrações por ofensa a normas de proteção não apenas nacional como daquelas de proteção internacional, devem ser expedidas informações detalhadas para a Secretaria dos Direitos Humanos, em nível municipal, regional, estadual, bem como federal. Isso se faz necessário para que, em suas esferas de atuação, comuniquem à Secretaria Especial de Direitos Humanos (SIDH) para que formule petição de providências à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para que se tomem as providências cabíveis.

Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil, também revelada por Constituição Cidadã, demonstra desde sua promulgação, nos idos de 1988, a consolidação do pensamento humanista, que se encontra em si mesma, apresentando-nos o seu norte de interpretação, ao ser executada de acordo com seus princípios, introduzindo-os, silenciosamente, em seu texto e em normas pragmáticas infraconstitucionais.

O Ministério Público, nos moldes da Constituição Republicana, sofreu muitas transformações e surgiu totalmente renovado. Caracterizava-se, antes desse marco, como um órgão de repressão que buscava tão somente a punição. A partir de então, obediente à Lei Maior, passou a atuar com evidência sob forma promocional – evidenciando-se uma identidade coletiva –, direcionada para promover as transformações sociais, em prol da concretização do modelo constitucional humanístico, resultando na valorização e no desenvolvimento da sociedade brasileira. Tal premissa se deu através da implementação de conceitos dos direitos fundamentais, princípios constitucionais, tratados internacionais sobre direitos humanos e da valorização dos instrumentos coletivos.

Desde então, nesses já passados vinte e oito anos, transfigurou-se em sua novel concepção essencial ao modelo constitucional brasileiro, e, nesse compromisso, seus membros são aptos a construir e participar da sociedade brasileira através da atuação diuturna de defender a Constituição e de promover os direitos e garantias nela consagrados. Bem por isso, este trabalho, indo ao encontro dos ditames constitucionais, pretendeu trazer não uma novidade ou uma verdade engessada, mas um aprofundamento da interpretação dos ditames constitucionais, colocando o ordenamento jurídico brasileiro em sintonia com as necessidades e as realidades do ser humano trabalhador.

Com base no ideário republicano e de cidadania, após estudo e análise interdisciplinar, abordando institutos de diversas searas jurídicas, como Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Econômico, Direito Penal, Direito Processual Civil e também de outras áreas como a Economia e a Sociologia, apreciou-se o macrossistema de produção das empresas, o *modus operandi* e a *ratio*

utilizada pelo empresário no distrato com os direitos trabalhistas protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse espaço interdisciplinar, pesquisaram-se as mudanças da economia de mercado e a internacionalização das relações econômicas. Enfocaram-se primordialmente os fatos sociais que se revelaram a partir da Revolução Industrial até os tempos atuais, da sociedade em rede, da era da globalização, analisando-se, criteriosamente, a respeito da exploração dos trabalhadores, o *dumping* social, e constatou-se que o homem sempre foi e é explorado, na proporção direta de suas necessidades básicas de vida.

Estudaram-se as teorias do bem-estar social, da nova economia do bem-estar, do liberalismo igualitário e da diminuição das diferenças regionais, a espacialidade, a sociedade em rede, buscando respostas satisfatórias, adequadas e eficientes para atender aos desafios e anseios da sociedade que se manifesta em um estado evolucionar constante, apontando-se os efeitos deletérios de uma sociedade globalizada e despersonalizada, que desmerece o ser humano trabalhador.

Deflui-se que, embora os Estados se proponham a se imiscuir na economia para proporcionar maior proteção aos direitos e garantias vitais dos seus cidadãos, nem sempre resulta o programado. Essa afirmação se constatou da análise crítica dos principais pontos do desenvolvimento econômico da sociedade, o desenvolvimento sustentável, com ênfase especial nas questões laborais.

Percebeu-se que da política desenvolvimentista aplicada no Brasil nas décadas de 1970 a 1980 resultou um descomprometimento desmesurado, ocasionando o empobrecimento estrutural da sociedade brasileira, cujos reflexos são percebidos até os dias atuais, com pontuado crescimento econômico, todavia, o desenvolvimento econômico não envolveu o apreço às questões sociais, por isso, encontra-se o Estado brasileiro defasado das diretrizes internacionais, do mundo desenvolvido e sustentável.

Demonstrou-se que, a despeito da deletéria precarização do trabalho, há ainda possibilidades de recuperação da dignidade humana do trabalhador, por intermédio do trabalho diuturno dos membros do Ministério Público, da magistratura e dos operadores do Sistema

de Justiça. Enfatize-se que o trabalho não ressaltou as ações de outras instituições, tais quais dos auditores fiscais, da sociedade civil organizada, bem como dos representantes de classes, no que tange às articulações sindicais. Todavia, registre-se que essas instituições também se apresentam atuantes na defesa dos direitos humanos dos trabalhadores. Optou-se por destacar as atribuições e ações do Ministério Público e do Poder Judiciário laborais, na construção e defesa da sociedade trabalhadora brasileira.

Lançaram-se algumas ideias, nesse momento da inovação do direito processual civil, a cultura dos precedentes judiciais, propiciando a interoperacionalidade das teses das *punitive damages*, extraídas do *common law*, postas para se ampliar o conceito do dano moral abrangendo o dano social, oportunizando três modalidades de indenização também na seara laboral: reparadora, repressiva e persuasória.

Essa sistemática estabelece nuances de movimentos positivos, que poderiam sinalizar um novo comportamento empresarial, modificando o de precarizador de direitos para o de concretizador, bem como de positivador de direitos e garantias fundamentais, no sentido de se efetivar a valorização social do trabalho, do ser humano trabalhador, sobre o ter, com efetivo respeito à pessoa humana do trabalhador.

A pesquisa demonstrou a prática de *dumping* social, evidenciada no trabalho escravo contemporâneo, o trabalho realizado em cadeias de produção, realizado em condições degradantes, que impõe mitigação do valor social do trabalho ou mesmo rechaça, por completo, o apreço à dignidade humana. Por se concluir que o Estado brasileiro, apesar de possuir denso arcabouço jurídico, não garante uma vida digna aos trabalhadores, o que foi demonstrado com o estudo dos casos concretos extraídos em trâmite na Procuradoria Regional do Trabalho em São Paulo.

Demonstrou-se que a atuação do Ministério Público do Trabalho deve refletir mais acuradamente sobre seu próprio *modus operandi* institucional e utilizar os conceitos e os princípios de AED, criando desestímulos ao comportamento empresarial de adoção de práticas de *dumping* social, com reflexos positivos para devolução da dignidade da pessoa humana do trabalhador, mitigando o sucateamento dos direitos dos tra-

balhadores e interferindo no *dumping* social. Pode, sim, influenciar o comportamento empresarial, modificando a sua estratégia de agir.

Nesse quadro, sugeriu-se ao Ministério Público envidar esforços, articular-se internamente, com estratégias e escopo de modificar a lógica do empresário – de obter vantagem econômica com precarização dos direitos dos trabalhadores ($V - P * Ppp > 0$). Para tanto, deve o órgão ministerial agir alterando o resultado dessa equação para o empresário, para que haja diminuição sensível de sua vantagem, gerando resultado negativo, abaixo de zero ($V - P * Ppp < 0$).

Vale dizer, a atuação ministerial deve ocasionar a diminuição do lucro marginal do empresariado, de modo que lhe acarrete desestímulo ao descumprimento legal, levando-o a perceber que obterá maior vantagem se cumprir o ordenamento jurídico e zelar pela dignidade humana do trabalhador, oportunizando trabalho decente e digno aos empregados.

É necessário criar um modelo geral de atuação, ministerial e jurisdicional, para ser impactante e geral, em que o cálculo para as penalidades, o *quantum*, deve ser alto o suficiente para persuadir o empresário ao cumprimento legal. Sugeriu-se, para tanto, a aplicação analógica da Lei n. 12.259/2011, combinada com fórmula $V - P * Ppp < 0$, da AED.

Os oito incisos, I a VIII, do art. 45 da referida lei oferecem os parâmetros para que o cálculo seja razoável e efetivo, não deixe margem para quantias exacerbadas, nem abrandadas, e se aproxime muito da realidade econômica da empresa.

Conclui-se que a penalidade deve inverter a lógica da racionalidade da vantagem almejada com o descumprimento. Tudo com escopo punitivo, pedagógico e persuasivo para coibir a reiteração de ação fraudulenta, bem como incentivar os empresários a práticas legais e de disseminação da restauração da dignidade da pessoa humana.

Em todos os capítulos deste trabalho, cuidou-se para encontrar mecanismos de desestímulo das práticas deletérias e ilícitas, incentivando práticas de ações constitucionais e legais, sob a influência do poder político na vida dos cidadãos trabalhadores. Almeja-se com o

exercício das atuações institucionais efetivas a ruptura com o sistema predatório de apoio indireto do sistema e do Estado.

Ao final, cumprindo-se a expectativa da análise em pauta, propiciaram-se discussões e debates juseconômicos com a apresentação de sugestões de maneiras e formas de atuação institucional, oferecendo subsídios úteis aos especialistas do Direito, mormente aos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário Trabalhista, bem como aos operadores do Direito que almejam a melhoria das condições de vida da coletividade dos trabalhadores brasileiros.

Referências

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ALBUQUERQUE, Fernanda Maria Uchoa de. Políticas afirmativas de proteção das vítimas de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo. *Revista de Direito Social*, Fortaleza, v. 3, n. 6, fev. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direito ao desenvolvimento. *Carta Forense*, maio 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-ao-desenvolvimento/11064>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. Natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARANHA, Guilherme Arruda. *Direitos humanos e dignidade*. v. 2. Curitiba: Juruá, 2008.

AVELÃS NUNES, Antonio José. *O estado capitalista e suas máscaras*. Barcelona: Paidós, 2010.

BALERA, Wagner. O valor social do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 10, 1994.

BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. *Repensar la pobreza*. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global. Colômbia: Aguilar; Altea; Taurus; Alfaguara, 2012.

BANJO, Shelly. Nike CEO on Bangladesh: “Is it a perfect situation? No”. *Wall Street Journal*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<https://blogs.wsj.com/corporate-intelligence/2014/04/22/nike-ceo-on-bangladesh-is-it-a-perfect-situation-no/>>. Acesso em: 1º set. 2016.

BARRAL, Welber Oliveira. *Dumping e comércio internacional: a regulação antidumping após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2014.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BENKO, Georges. *Economia, espaço e globalização na aurora do século XXI*. São Paulo: Hucitec, 1999.

BIGNAMI, Renato. *Trabalho escravo contemporâneo: o sweating system no contexto brasileiro como expressão do trabalho forçado urbano*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BIJOS, Leila. A excelência da democracia brasileira e o apoio da sociedade civil. In: PAES, José Eduardo Sabo (Coord.). *Terceiro setor e tributação*. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Direito, sociedade e política internacional contemporânea. Parte I – integração regional. In: SARAIVA, S. de Souza. *A política externa brasileira e o processo de integração regional da América do Sul: consolidação do Brasil como líder regional*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2015.

_____. Finanças públicas e intervenção estatal no Japão. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Carlos Antônio. *Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o global e o local*. 2. ed. Campinas: Unicamp, 2012.

BRASIL. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio. Acordo *Antidumping* (AAD) – artigo VI. 1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196685120.doc>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. Agenda Nacional de Trabalho Decente. Disponível em: <http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BD50168314818/pub_Agenda_Nacional_Trabalho.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

_____. Código Civil Brasileiro. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Código Civil Brasileiro. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 5 ago. 2016.

_____. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=c%C3%B3digo+penal>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Decretos legislativos relativos ao Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoesmistas/cpcms/normativas/decretos-legislativos-relativos-ao-mercosul>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Decreto n. 591, de 1992. Promulga os Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei n. 12.259, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. Lei n. 12.528, de 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/a-cnv.html>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST - AIRR - 882-26.2013.5.04.0662. Data de julgamento: 23.2.2016. Relator ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma. Data de publicação: *DEJT*, 4 mar. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista do TST - RR - 1315-61.2012.5.04.0663. Data de julgamento: 24.2.2016. Relator ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma. Data de publicação: *DEJT*, 26 fev. 2016.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Direitos humanos, cidadania, trabalho*. Belém: Edição do autor, 2004.

_____. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BUKHARIN, Nikolai Ivanovitch. *A economia mundial e o imperialismo*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

CAMARGO DE MELO, Luis Antonio. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, n. 26, set. 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Apresentação. In: ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

CARMO, Patrícia Santos de Sousa. Função social da empresa: instrumento de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e do valor social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional da 18ª Região*, Goiânia, a. 14, 2014.

CARVALHO, Julia. Como a Nike está lutando contra o uso de mão de obra escrava. *Exame*, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/como-a-nike-esta-lutando-contr-o-uso-de-mao-de-obra-escrava>>. Acesso em: 1º set. 2016.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 6. ed. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014.

CATANI, Afrânio Mendes; GENNARI, Adilson Marques. *O que é o capitalismo*. 35. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Brasiliense, 2011.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLARK, Gregory. *Um adeus às esmolas*. Uma breve história econômica do mundo. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: Direito de empresa.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral coletivo nas relações laborais (de acordo com o novo Código de Processo Civil)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CUNHA DIAS, Claudia Sérvulo da. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Brasília: OIT, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 10, p. 1159, out. 2007.

DINIZ, José Janguê Bezerra. O direito e a justiça do trabalho diante da globalização. In: MAY, R. *O homem a procura de si mesmo*. Tradução de Aurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 1994.

DIREÇÃO-GERAL DO EMPREGO E DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. *Conferência Internacional do Trabalho*. Lisboa: DGERT, 2016. Disponível em: <<http://www.dgert.msess.pt/conferencia-internacional-do-trabalho-2016>>. Acesso em: 8 out. 2016.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory & practice*. Library of Congress Cataloging-in 1989. New York: Cornell University Press, 1989.

DOOMEN, Jasper. Rationality in law and economics. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011.

DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. *O dano moral na dispensa do empregado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A função social da empresa e a dimensão do seu papel na sociedade. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n. 5, 2010.

DUMÉNIL, Gerard; DOMINIQUE Lévy. *A crise do neoliberalismo*. São Paulo: Boitempo, 2014.

ESTANQUE, Elísio. *Classes, precariedades e ressentimento: mudanças no mundo laboral e novas desigualdades sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/238.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FABRE, Luiz Carlos Michele. Novos institutos relacionados ao tráfico de pessoas no setor têxtil: o princípio do *non-refoulement* e a teoria da cegueira deliberada. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, a. 22, n. 44, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA. Adoptée et proclamée par l'Assemblée Générale dans la Résolution 217^a (III) du 10 décembre 1948. Article 23.

FRANCO, Claudia R. L. A atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo contemporâneo: o dano moral coletivo e o *dumping* social. In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de (Org.). *O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015.

FREITAS, Carolina. *A defesa do trabalho decente e a substituição processual em Portugal e no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013.

FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de; PANUNZIO, Eduardo. *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH, 2006.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador*. Um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003.

GRAU, Antonio Baylos. Desenhos institucionais e relações de trabalho: o debate contemporâneo. In: COUTINHO, Sayonara Grillo; SILVA, Leonardo da. *Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais: trabalho, instituições e direitos*. São Paulo: LTr, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAARSCHER, Guy. *Philosophie des Droits de L'Homme*. Bruxelles: Université de Bruxelles, 1993.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2006.

HARRIS, J. B. Engle v. Liggett: has big tobacco finally met its match? Disponível em: <<https://www.floridabar.org/divcom/jn/jnjournal01.nsf/8c9f13012b96736985256aa900624829/a0b86fb25b4e9cca85257aa6004b58d1!OpenDocument>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

HILLMAN, Richard S.; PELLER, John A.; DA SILVA, Elsa Cardozo. Democracy and human rights in Latin America. *British Library Cataloguing Card Number*, 2001. Part I. 4.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The political economy of the world trade system – from GATT to WTO*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

HOOGHE, Liesbet; GARY, Marks. *Multi-level governance and european integration*. Boulder: Rowman & Littlefield, 2001.

HOURS, Bernard. *Développement, gouvernance, globalisation*. Du XX au XXI siècle. Paris: L'Harmattan, 2012.

IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Coordenação de População e Indicadores So-

ciais. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

JELENIC, Josip; VOGEL, Bernhard (Org.). *Building values: the purpose of politics in the age of globalization*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer, 2007.

KRONMAN, Anthony T. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LANGENHOVE, Luk Van; SCARAMAGLI, Tiziana. *The dark side of globalization*. Edited by Jorge Heine and Ramesh Thakur. Tokyo: United Nations University Press/United Nations University, 2011.

LIMA, Benedito; SURKAMP, Luize. *Erva-mate: erva que escraviza*. Fortaleza: La Barca, 2013.

LIMA, Carlos Eduardo de Azevedo. Vulnerabilidade laboral: a necessária intensificação do desestímulo à utilização de vulneráveis nas práticas ilícitas trabalhistas. In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de (Org.). *O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MACIEL, José Alberto Couto. *Desempregado ou supérfluo? Globalização*. São Paulo: LTr, 1998.

MADI, Maria Carolina C.; CASSANTI, Ana Carolina; SILVEIRA, Cássio. Estudo das representações sociais sobre gestação em mulheres bolivianas no contexto da atenção básica em saúde na área central da cidade de São Paulo. *Saúde e Sociedade*, v. 18, supl. 2, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. Prefácio. In: BARROS, Maria Carolina Mendonça de. *Antidumping e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MAY, R. *O homem a procura de si mesmo*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004.

MENEZES, Adolpho Justo de. *O Brasil e o mundo ázio-africano*. Brasília: Funag, 2012.

MORAES, Maria Lygia Quartim. Cidadania no feminino. In: PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2010.

NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2014/11/21-traffic-ing-in-children-on-the-increase-according-to-latest-unodc-report.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

NAKADA, Minoru. *A OMC e o regionalismo: análise do art. XXIV e dispositivos afins do Acordo de Marraqueche*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NETTO, José Paulo (Org.). *Curso livre Marx-Engels: a criação destruída*. Rio de Janeiro: Boitempo; Carta Maior, 2009.

NOGUEIRA, Christiane; NOVAES, Marina; BIGNAMI, Renato (Org.). *Tráfico de pessoas: reflexões para a compreensão do trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: Paulinas, 2014.

NUNES, Antonio José Avelãs. *O Estado capitalista e suas máscaras*. Barcelona: Paidós, 2010.

OMATTI, Fides Angélica. *Temas de direito e política*. Teresina: Universidade Federal do Piauí, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *605ª Conferência da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. *Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento*. 1993. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/comunidades/unctad-conferencia-das-nacoes-unidas-sobre-comercio-e-desenvolvimento/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Better Work*. Disponível em: <http://betterwork.org/global/?page_id=3252&lang=es>. Acesso em: 9 out. 2016.

_____. *Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/240>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Trabalho decente para uma vida digna*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

PALOMINO, Teodosio A. El derecho del trabajo contemporáneo proyectado hacia el futuro. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 37, n. 142, p. 135-154, abr./jun. 2011.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *A ação civil pública no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. A inconstitucionalidade da liberação generalizada da terceirização. *Revista da Associação Brasileira de Estudos Trabalhistas*, v. 14, n. 1, 2015.

_____. Considerações sobre as fontes do direito material e processual do trabalho: heteronomia e autonomia na perspectiva do Ministério

Público do Trabalho. In: MIESSA, E.; CORREIA, H. (Org.). *Estudos aprofundados MPT*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Reforma trabalhista traria retrocesso. *Valor Econômico*, 6 set. 2016. Disponível em: <<http://www.sinpacel.org.br/informativos/2016/689/reforma-trabalhista-traria-retrocesso.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PINSKY, Jaime; BASSANEZI, Carla (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2010.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Critérios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: COUTINHO, Sayonara Grillo; SILVA, Leonardo da. *Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais: trabalho, instituições e direitos*. São Paulo: LTr, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito do trabalho: direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens da nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PRADO, Erlan Jose Peixoto do; COELHO, Renata. *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sindicato, desenvolvimento econômico e direitos sociais. *Revista Gênese: Revista do Direito do Trabalho*, Curitiba, v. 10, n. 57, 1997.

ROMDHANI, Messaoud. Cercas altas não produzem bons vizinhos. *Revista Conectas*, v. 23, 2014. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/cercas-altas-nao-produzem-bons-vizinhos/julho>>. Acesso em: 1º set. 2016.

ROSENFELD, Cinara L.; PAULI, Jandir. Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 65, maio/ago. 2012.

RUGGIE, John. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos. *Business & Human Rights Research Centre*, 26 fev. 2013. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/en/node/86613>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. Direitos humanos: 50 anos depois. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, a. 2, n. 5, 1998.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. A responsabilização dos pareceristas jurídicos e a teoria da cegueira deliberada. *Fórum administrativo*, v. 14, n. 166, dez. 2014. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/leonardofernandesdossantos_tese_17092014.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Org.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

SEGATTI, Ana Elisa Alves Brito et al. Trabalho escravo: reflexões sobre a responsabilidade na cadeia produtiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 3, 2015.

SORENSEN, George. *La transformación del estado: más allá del mito del repliegue*. Valencia: Tirant Blanch, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1322, nov. 2007.

SPEKTOR, Matias. Uma Lei de Migrações para o Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/185553-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-shtml>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

STEINBECK, John. *As vinhas da ira*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

STIGLITZ, Joseph E.; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*. 2009. Disponível em: <www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>. Acesso em: 13 out. 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os direitos humanos do trabalhador. *Revista do TST*, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007.

TEIXEIRA, João Carlos. Dano moral coletivo na relação de emprego. In: NORRIS, Roberto (Org.). *Temas polêmicos de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

THE NATIONAL TRIAL LAWYERS. *Cynthia v. RJ Reynolds Tobacco Company*. Disponível em: <<http://www.thenationaltriallawyers.org/2015/03/23b-ingle-verdict/>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. *Bill of Rights*. Disponível em: <<http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>>. Acesso em: 31 maio 2016.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Brasília: UnB; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VILLATORE, Marco Antonio Cesar; GOMES, Eduardo Biacchi. *Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o dumping social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-sociais-e-econ%C3%B4micos-da-livre-circula%C3%A7%C3%A3o-de-trabalhadores-e-o-dumping-social>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Ática, 2006.

ZAS, Oscar. El impacto del derecho internacional de los derechos humanos laborales en el ordenamiento jurídico argentino. In: COUTINHO, Sayonara Grillo; SILVA, Leonardo da. *Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais: trabalho, instituições e direitos*. São Paulo: LTr, 2014.

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Pólen soft 80g/m²

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

Tiragem

3.200 exemplares

MESTRADO EM DIREITO



**República Federativa do Brasil
Ministério Público da União**

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

**Câmara Editorial – CED
Ministério Público Federal**

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

Nelson Lacava Filho
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

MESTRADO EM DIREITO

Felipe da Silva Müller

Brasília-DF
2017



série pós-graduação
volume 5 - tomo 2

Série Pós-Graduação

MESTRADO EM DIREITO

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

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação de originais e revisão de provas

Bárbara Seixas Arreguy Pimentel, Carolina Soares dos Santos

Projeto gráfico

Rossele Silveira Curado

Capa

Artur Dias Rocha, Rossele Silveira Curado

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

M586 Mestrado em Direito / Claudia Regina Lovato Franco ...
[et al.]. – Brasília : ESMPU, 2017.
5 t. – (Série Pós-graduação ; v. 5)

ISBN 978-85-9527-010-7 (t. 1)

ISBN 978-85-9527-011-4 (t. 2)

ISBN 978-85-9527-012-1 (t. 3)

ISBN 978-85-9527-013-8 (t. 4)

ISBN 978-85-9527-018-3 (t. 5)

1. Valor social do trabalho. 2. Dumping social.
3. Responsabilidade civil ambiental. 4. Dano ambiental. 5. Aculturação.
6. Direitos indígenas. 7. Termo de ajustamento de conduta. 8. Polícia
judiciária militar – controle. 9. Segurança pública. I. Claudia Regina
Lovato Franco. II. Série. III. Título.

CDD 341.5

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-015-2

MESTRADO EM DIREITO

TOMO 2

**Análise econômica da
responsabilidade civil ambiental:**

**o impacto das decisões judiciais reparatórias na indução
de comportamentos ambientalmente preventivos**

Felipe da Silva Müller

*À minha família:
Carol, Alice e Rafael.*

Agradecimento

Agradeço, em primeiro lugar, à Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), que investiu no aprimoramento dos membros do Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ao subsidiar, de forma integral, a participação neste curso de mestrado em Direito. Trata-se, efetivamente, de um investimento na formação técnica de seus integrantes, de modo a valorizar as carreiras e estabelecer, através desse projeto, a fonte para a criação de uma doutrina elaborada diretamente pelo Ministério Público e destinada à multiplicação de seu conhecimento.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Dr. Benjamin Tabak, economista de formação, pela forma competente e dedicada com que exerceu sua atividade e por ter despertado em alguém com base exclusivamente jurídica uma nova forma de ver e compreender o Direito, a partir de uma abordagem econômica, com seus respectivos reflexos no comportamento humano e no aprimoramento social.

Agradeço igualmente ao Prof. Dr. Julio Cesar de Aguiar pelo pronto auxílio na execução da pesquisa empírica que subsidiou a presente dissertação.

Um agradecimento a todos professores do curso de mestrado, entre os quais os acima referidos, pelo estímulo à produção acadêmica por parte dos seus alunos.

Agradeço, também, de forma especial, a todos colegas do curso de mestrado, principalmente aos demais membros do Ministério Público da União que comigo participaram das aulas, pela amizade, parceria, ajuda e incentivo desde o processo seletivo até a redação da dissertação.

Agradeço, por fim, à minha família – Caroline, Alice e Rafael, sendo que este inclusive nasceu durante o curso – pela compreensão e paciência durante os períodos em que eu precisei estar ausente de casa, para frequentar as aulas, ou focado na elaboração de trabalhos e da dissertação.

Lista de ilustrações

Gráfico 1 Gênero dos participantes do Questionário 1	116
Gráfico 2 Percentual total de respostas ao Questionário 1	117
Gráfico 3 Comparativo das respostas ao Questionário 1	118
Gráfico 4 Gênero dos participantes do Questionário 2	120
Gráfico 5 Percentual total de respostas ao Questionário 2	121
Gráfico 6 Comparativo das respostas ao Questionário 2	122
Gráfico 7 Comparativo do gênero dos participantes dos Questionários 1 e 2	124
Gráfico 8 Comparativo do percentual total de respostas aos Questionários 1 e 2	124
Gráfico 9 Comparativo das respostas aos Questionários 1 (Q1) e 2 (Q2)	125

Lista de tabelas

Tabela 1 Diferenças entre o PPP e a responsabilidade civil ambiental	73
Tabela 2 Características gerais dos participantes do experimento	115
Tabela 3 Panorama geral dos resultados obtidos	116
Tabela 4 Aumento do lucro X Variação percentual das respostas	119
Tabela 5 Aumento do lucro X Variação percentual das respostas	122
Tabela 6 Comparativo Q1 e Q2: aumento do lucro X variação percentual das respostas	126
Tabela 7 Dados completos do experimento	170

Sumário

Apresentação	19
1 Introdução	23
2 Análise econômica da responsabilidade civil ambiental	28
2.1 O direito ambiental e a análise econômica do direito	28
2.1.1 Análise econômica do direito: breves considerações	29
2.1.2 O direito ambiental em uma abordagem econômica	35
2.2 Economia do bem-estar	40
2.2.1 Eficiência	40
2.2.2 Bem-estar social e bem-estar ambiental	44
2.3 Dano ambiental	48
2.3.1 Tratamento jurídico	48
2.3.2 Abordagem econômica	51
2.4 Análise de custo-benefício do dano ambiental	53
2.4.1 Custo-benefício: para o causador do dano	54
2.4.2 Custo-benefício: para a sociedade (custo social)	56
2.5 O princípio do poluidor-pagador e a prevenção de danos	57
2.5.1 Tributação com fins ambientais	60
2.5.2 Mercado de títulos de poluição negociáveis	61
2.6 Responsabilidade civil: premissas básicas	64
2.6.1 Aspectos dogmáticos	64

2.6.2 Sistema do <i>common law</i> : o perfil econômico das <i>punitive damages</i>	66
2.7 Responsabilidade civil ambiental: uma abordagem econômica	70
2.7.1 Responsabilidade civil e a prevenção de danos ambientais	70
2.7.2 Medidas jurídicas aptas à prevenção de danos	74
2.7.2.1 Recuperação integral do dano ambiental	74
2.7.2.2 Condenação por danos morais coletivos	76
2.7.2.3 Publicização da decisão judicial	79
2.7.2.4 Exemplos práticos	79
3 Responsabilidade civil e a indução de comportamentos ambientalmente preventivos: uma pesquisa empírica	82
3.1 A integração entre o direito e a economia comportamental	83
3.1.1 <i>Behavioral law and economics</i> : breves considerações	86
3.1.1.1 <i>Debiasing through law</i>	89
3.1.1.2 <i>Nudge</i>	91
3.1.2 Aproveitamento de vieses cognitivos para aprimorar a tomada de decisões	95
3.2 Pesquisa empírica	97
3.2.1 Vieses (ou características comportamentais) relacionados	100
3.2.1.1 Aversão à perda	100
3.2.1.2 Vieses da disponibilidade e da ancoragem	103
3.2.2 Descrição do experimento e resultados	105
3.2.2.1 Metodologia	105

3.2.2.2 Teste de hipóteses: comparação de proporções	111
3.2.2.3 Resultados obtidos	115
3.2.2.3.1 Questionário 1	116
3.2.2.3.2 Questionário 2	120
3.2.2.3.3 Resultados conjuntos: constatações	123
3.2.2.4 Análise dos resultados e conclusões extraídas do experimento	127
4 Conclusões	131
Referências	143
Apêndice A – Projeto de pesquisa empírica	157
Apêndice B – Questionários	165
Apêndice C – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)	169
Apêndice D – Dados completos do experimento	170
Anexo – Parecer do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP)	173

Apresentação

A integração da visão prática de membros do Ministério Público da União (MPU) com a produção acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB) permitiu o desenvolvimento de relevantes pesquisas acerca de temas que irão contribuir de forma significativa para a atuação dos profissionais ligados ao universo jurídico. Desde o ingresso da primeira turma (até o momento temos quatro, sendo uma concluída), já se vislumbrava a contribuição significativa que essa parceria poderia trazer tanto para o Mestrado em Direito da UCB quanto para a comunidade científica e a sociedade brasileira.

O interesse pela pesquisa e o estudo de temas gerais do campo do direito público logo conduziram os discentes do MPU à diligência pela publicação de artigos como parte de suas atividades acadêmicas. Neste espaço vamos apresentar a quinta publicação desta série de edições da linha de pesquisa que visa ao estudo sobre o exercício do Ministério Público.

Esta publicação da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) reúne ensaios que discutem diversos aspectos da interface da práxis do Ministério Público com temas transversais do ordenamento social sob o mérito da análise e da interpretação jurídica possíveis. Temas como direito ambiental, valor social do trabalho, direito indígena, ação da polícia judiciária militar e a avaliação da eficácia dos termos de ajuste de conduta (TACs) comporão esta quinta publicação dos alunos do Mestrado em Direito da UCB que atuam junto ao MPU.

Dando continuidade às reflexões oriundas da produção acadêmica dos discentes, com esta edição a ESMPU vem oferecer aos brasileiros alguns ensaios jurídicos com o propósito de interpretar e ampliar o sentido da ação do MPU em relação aos mais diferentes temas da sociedade.

Uma análise do valor social do trabalho e o “*dumping social*” é o tema do livro de Claudia Regina Lovato Franco. Em seu texto, a autora situa historicamente o valor social do trabalho em sua conceituação desde o período do desenvolvimento industrial até a era da competitividade dos mercados. Destaca o fenômeno do “*dumping social*” como

resultado do desequilíbrio econômico-social desse processo histórico. Em seguida, avalia os resultados da atuação do sistema de justiça trabalhista para calcular as penalidades resultantes do dano moral coletivo inscritas nos termos de ajustamento de conduta e nas decisões judiciais. Com isso, demonstra metodologias de desestímulo de práticas ilícitas por parte de empresários e conclui, de forma otimista, pela melhoria das condições de vida dos trabalhadores brasileiros como consequência da valorização social do trabalho.

Felipe da Silva Müller trata do impacto das decisões judiciais reparatorias na indução de comportamentos ambientalmente preventivos. Seu tema é a responsabilidade civil ambiental. Nessa perspectiva, correlaciona a aplicação, por parte de juízes, do cumprimento de certas medidas judiciais com o sucesso no resultado de práticas ambientais preventivas via responsabilidade civil. Tais medidas judiciais são descritas de forma exemplar, como a recuperação integral do dano causado, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e a publicização de decisões proferidas. Conclui que a responsabilização civil, para ser preventivamente eficiente, deve promover a aversão à perda, presente nas pessoas, com o fim de motivar a tomada de decisões ambientalmente benéficas em situações de risco.

O ensaio de Carlos Humberto Prola Júnior delinea a trajetória de construção dos direitos do Povo Kaingang da região Oeste do Estado de Santa Catarina. Para esse propósito, remonta ao período de consolidação da ocupação do Oeste catarinense, com o início de um novo movimento colonizador da região, o qual irá trazer sucessivas investidas sobre o território do povo Kaingang. Segundo o autor, inicia-se nos anos 1970, no Oeste catarinense, uma interessante articulação de demandas por direitos indígenas perante os órgãos estatais, concomitantemente ao movimento de retomada de suas terras nativas. Esse processo, de acordo com a pesquisa, irá culminar com a discussão e consolidação de políticas públicas para o povo Kaingang, desde a demanda pelo exercício da jurisdição especificamente indígena, até a reivindicação por educação escolar indígena, entre outras.

Illan Fonseca de Souza oferece aos leitores seu ensaio sobre uma análise empírica da efetividade dos termos de ajuste de conduta fir-

mados pelo Ministério Público do Trabalho. Logo de início, chama a atenção para o fato de que sua pesquisa quer mesmo saber se os chamados termos de ajuste de conduta, instrumentos utilizados pelo Ministério Público, estão sendo cumpridos. Para esse fim, foram realizadas pesquisas empíricas junto às Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª Regiões do Estado de São Paulo. Acaba por concluir pela fragilidade do desempenho atual dos TACs no sucesso em alcançar seus objetivos precípuos, e também pela constatação de padrão de recalcitrância dos empregadores frente aos ajustes de conduta.

Antônio Duarte encerra o volume trazendo à discussão o tema do controle externo da atividade da polícia em geral e, de modo destacado, o da Polícia Judiciária Militar. Salienta a definição de sistema de justiça militar segundo a Carta Magna de 1988 para a aplicação de normas relacionadas ao ordenamento penal militar. A seguir, traz à discussão o padrão de Polícia Judiciária Militar constituído no Brasil, destacando, sobretudo, suas deficiências, ao mesmo tempo em que aponta para a necessidade de sua readequação à realidade nacional. Conclui, por fim, com um elenco de propostas para a melhoria da atividade de Polícia Judiciária Militar, entre as quais a sua institucionalização.

Ao compartilhar esta publicação com a academia e a sociedade brasileira, esperamos nós, dirigentes de instituições de educação, contribuir para o processo continuado de debate entre educadores e a sociedade civil organizada ligada ao mundo jurídico, bem como para a mobilização de agentes públicos na perspectiva da melhoria dos métodos e processos judiciais em prática no Brasil.

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior
do Ministério Público da União

Gilberto Garcia
Reitor da Universidade
Católica de Brasília

1 Introdução

O direito ambiental, em termos dogmáticos, é uma linha de estudo que aparentemente alcançou seu limite de criatividade teórica. As ideias clássicas a ele atribuídas já não impressionam mais, há bastante tempo, e os manuais tradicionalmente utilizados na qualidade de livros-texto em universidades não conseguem oferecer atualizações que tragam algo realmente inovador a seus leitores. A não ser que haja uma nova lei a ser examinada, a qual efetivamente tenha ocasionado alguma alteração substancial em questões com reflexos jurídicos, nada de autêntico costuma ser tratado em tais obras.

Essa constatação decorre do fato de o meio ambiente, como objeto de pesquisa, ser essencialmente interdisciplinar; isso é inquestionável, em razão do necessário intercâmbio com outros ramos do conhecimento em praticamente todos assuntos que sejam tratados envolvendo tal temática. E, pelo que se tem observado, o direito ambiental só tem trazido um enfoque realmente inédito de estudo nas ocasiões em que se distancia do plano exclusivamente dogmático e faz uso do que as outras disciplinas não jurídicas podem oportunamente lhe oferecer em complemento. É o que ocorreu, mais recentemente, com a sociologia, e que se propõe, neste trabalho, com a economia: uma abordagem econômica, portanto, apta a conferir ao direito uma visão distinta da usualmente presente em sua doutrina puramente jurídica, agora com foco em resultados mais úteis à sociedade e não limitada por argumentos retóricos que se situam meramente no plano teórico.

O tema deste trabalho é a responsabilidade civil ambiental e a sua aptidão para a prevenção de novos danos. Para isso será utilizada a estrutura de análise adotada pelo *law and economics*, conferindo-se uma abordagem econômica ao direito ambiental; ou seja, trata-se do exame desse ramo do direito a partir da concepção de que se trata de fato social com reflexos econômicos, utilizando-se como fundamento de estudo as técnicas e instrumentos desenvolvidos principalmente pela microeconomia, pela economia do bem-estar e pela economia comportamental.

Na verdade, o que se busca efetivamente é a resposta ao seguinte questionamento: de que maneira a responsabilização civil por danos ao meio ambiente pode auxiliar a prevenir novas lesões, de modo a

estimular comportamentos individuais com o objetivo precípuo de se atingir o aprimoramento (maximização) do bem-estar social e ambiental? Como resposta, foi desenvolvida a hipótese de pesquisa no sentido de que, sob o ponto de vista da eficiência social, é de fato viável a indução de comportamentos ambientalmente preventivos através da responsabilidade civil, mas, para isso, os juízes, ao proferirem decisões reparatórias de lesões ao meio ambiente em processos judiciais, devem exigir e impor o cumprimento de algumas medidas específicas, quais sejam, a recuperação integral do dano causado (internalização do custo externo produzido) e, como incentivo comportamental, a condenação do responsável ao pagamento de valores indenizatórios significativos a título de danos morais coletivos e a publicização dessa decisão judicial.

A fim de confirmar essa hipótese, foi elaborado um experimento, através da aplicação de questionários a um público-alvo, especificamente para testar se ela realmente funciona – o que efetivamente ocorreu. Trata-se, neste ponto, de uma pesquisa empírica em direito, prática esta que ainda se encontra em um estágio embrionário na experiência jurídica brasileira.

No que se refere à estrutura deste trabalho, ele será dividido em quatro capítulos, sendo um destinado à introdução, dois ao desenvolvimento e o último às conclusões. Em termos metodológicos, ele consiste em uma pesquisa tanto teórica quanto empírica.

Proceder-se-á, em primeiro plano, à pesquisa teórica – principalmente de doutrina econômica –, utilizando como base dois referenciais distintos – a eficiência de Kaldor-Hicks e a racionalidade humana limitada em razão da aversão humana à perda e aos vieses da disponibilidade e da ancoragem – que, como será visto, acabarão se integrando. Em seguida, no que se refere ao estudo empírico, será feito um exame dos resultados de testes realizados através da distribuição de dois questionários distintos a estudantes universitários (nível de graduação), de forma a, com as respectivas respostas e com base nos fundamentos teóricos já trabalhados, ser confirmada a hipótese até então exposta meramente no plano formal.

Após esta introdução, o *Capítulo 2* tratará da análise econômica da responsabilidade civil por danos ambientais.

Primeiramente, na *Seção 2.1*, serão ministradas as principais teses e fundamentos da análise econômica do direito (*law and economics*), linha de estudo que norteará, em termos gerais, o trabalho a ser desenvolvido, e sua intersecção com a dogmática ambiental. Elaborar-se-á, em síntese, o exame do direito ambiental a partir de uma abordagem econômica. Em seguida, na *Seção 2.2*, constará uma breve revisão da literatura atinente à economia do bem-estar (*welfare economics*) e aos diversos conceitos de eficiência, até se chegar a um dos referenciais teóricos que embasarão este estudo – a eficiência de Kaldor-Hicks – e sua relação intrínseca com a maximização do bem-estar social e ambiental. Depois, serão apresentadas as definições de danos ambientais consoante o embasamento jurídico e, em seguida, a abordagem proposta pela microeconomia (*Seção 2.3*), que servirão para subsidiar, na *Seção 2.4*, um exame dessas lesões ao meio ambiente segundo os enfoques do infrator e da sociedade, em uma análise de custo-benefício.

Na *Seção 2.5* constará a apresentação de dois modelos básicos de prevenção de danos desenvolvidos pela doutrina econômica, tributação com fins ambientais e mercado de títulos de poluição negociáveis, típicos instrumentos de aplicação das ideias atinentes ao princípio do poluidor-pagador, o qual, também com origem na economia, é essencialmente preventivo e impõe a internalização do prejuízo ambiental previamente à própria lesão. Após, na *Seção 2.6*, haverá uma apresentação dos principais aspectos dogmáticos e econômicos relativos à responsabilidade civil no Brasil e a relação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, especialmente quanto ao aspecto econômico das *punitive damages*.

Na sequência (*Seção 2.7*), elaborar-se-á, de plano, uma comparação entre o princípio do poluidor-pagador e a responsabilização civil clássica, a partir da qual emergirá a questão central da pesquisa: como tornar um dano ambiental prejudicial a seu causador, *a posteriori* – ou seja, após a prática do próprio dano –, de modo a desestimular e prevenir, de maneira eficiente, a sua prática por ele e outros possíveis infratores? Em resposta a essa pergunta, indica-se a necessidade de se impor ao responsável pelo dano, via decisão judicial reparatória – responsabilidade civil ambiental –, a internalização do custo externo produzido, recompondo-se o ambiente ao *status* original, e sua obrigação

de assumir outros custos (danos morais coletivos e publicidade negativa), de forma a se conferir um perfil preventivo não só a ele, mas aos demais indivíduos integrantes da sociedade. Por fim, na mesma seção, as medidas sugeridas serão aplicadas, de forma teórica, a duas situações em que foram ocasionados danos ambientais – um vazamento de petróleo acidental no mar, em razão de problemas de manutenção em um equipamento, e uma construção de condomínio de casas que intencionalmente avançou sobre uma área ambientalmente protegida –, de modo a se alcançar um panorama preventivo futuro.

O *Capítulo 3* traz, em adição ao anterior, um estudo dos fundamentos psicológicos – decorrentes da economia comportamental – para que a reparação civil de danos ambientais efetivamente adquira contornos preventivos eficientes. Isto é, a partir de um exame do impacto das decisões judiciais na indução de comportamentos sociais, procura-se responder às seguintes perguntas: há necessidade de se desfazer vieses através do direito (*debiasing through law*), ou de fazer uso de *nudges* em políticas públicas com fundamentos jurídicos, para se alcançar objetivos socialmente desejáveis? Não se pode simplesmente aproveitar a existência de vieses cognitivos ou outras características irracionais nas pessoas – como a aversão à perda e os vieses da disponibilidade e da ancoragem, por exemplo – para se aprimorar o processo de tomada de decisões individuais de modo a se chegar a determinados objetivos direcionados ao bem-estar social/ambiental?

Esse capítulo é produzido, principalmente, com base no segundo referencial teórico do trabalho: o comportamento de racionalidade limitada pela aversão excessiva à perda em situações de risco e em decorrência da heurística da disponibilidade e/ou do efeito de ancoragem. Partindo-se da ideia de que a aversão à perda faz parte da própria essência do ser humano – de forma sistemática e previsível –, e que sem ela o enfoque preventivo da responsabilidade civil sequer funciona, acaba sendo confirmada a hipótese de pesquisa apresentada no *Capítulo 2*, uma vez que, com as medidas judiciais sugeridas, tal característica é aproveitada – em conjunto com o viés da disponibilidade e da ancoragem – enquanto um instrumento apto a induzir comportamentos individuais – e, conseqüentemente, coletivos – ambientalmente preventivos.

Estruturalmente, este capítulo será dividido em apenas duas seções: a primeira relativa ao embasamento teórico relativo à economia comportamental e sua integração com o direito (*behavioral law and economics*), assim como à apresentação de seus instrumentos mais comuns (*debiasing through law e nudge*) e à proposta de aproveitamento de vieses cognitivos para o aprimoramento da formulação de escolhas (tomada de decisões); e a segunda seção relacionada à pesquisa empírica, elaborada com o objetivo de ratificar a hipótese central do trabalho desenvolvida no *Capítulo 2*.

Inicialmente, na *Seção 3.1*, constará uma rápida revisão da literatura relativa à economia comportamental (*behavioral economics*) e ao *behavioral law and economics*, com o aprofundamento dos temas do *debiasing through law* – forma padrão de abordagem da economia comportamental pelo direito – e do *nudge* – aplicação direta da economia comportamental nas políticas públicas –, ambos com o objetivo de direcionar as melhores decisões das pessoas, evitando-se heurísticas e vieses comportamentais, além do aproveitamento de vieses cognitivos (ou outras características comportamentais) para a tomada de decisões (*harnessing decision biases to improve decision making*), modelo alternativo proposto deste trabalho.

Depois, na *Seção 3.2*, será apresentada uma pesquisa empírica – experimento feito através da aplicação de dois questionários a uma população determinada –, que foi elaborada com o objetivo de comprovar a hipótese desenvolvida no *Capítulo 2*. A partir do exame dos dados colhidos, finalmente será ratificada não só a hipótese central de pesquisa, mas também a justificativa para tanto, ou seja, os motivos pelos quais há viabilidade de se aproveitar a existência de vieses e/ou outras características irracionais nas pessoas (ou de racionalidade limitada) como uma maneira de se induzir comportamentos sociais preventivos aptos à maximização do bem-estar coletivo.

Trata-se, portanto, em linhas gerais, de um estudo da responsabilidade civil por danos ambientais sob prismas diferentes dos usuais – que são basicamente dogmáticos – e com teses (hipóteses) a serem confirmadas através de pesquisa empírica em direito, experiência esta pouco explorada no Brasil. Dessa forma, o que se pretende com

este texto é um novo olhar sobre o direito ambiental, com o uso da eficiência e da psicologia cognitiva (economia comportamental) no exame do reflexo coletivo causado por decisões judiciais que tratem da reparação de danos ao meio ambiente, sob o enfoque da análise econômica do direito e do *behavioral law and economics*, a fim de se alcançar objetivos práticos bem definidos de proteção e preservação do bem-estar social.

2 Análise econômica da responsabilidade civil ambiental

Este capítulo tem como objetivo apresentar a hipótese central de pesquisa, a ser confirmada, mediante a obtenção e exame de dados empíricos, no subsequente (*Capítulo 3*).

A fim de constituir um substrato teórico mínimo, é preciso trabalhar, previamente, alguns conceitos e instrumentos trazidos pela economia, com seus subsequentes reflexos jurídicos, consoante se verá nas próximas seções. Dessa forma, o capítulo será desenvolvido de forma progressiva, inicialmente trazendo enfoques necessários para então se chegar ao raciocínio proposto.

Em resumo, utilizar-se-á a análise econômica do direito para se dar uma nova roupagem à responsabilidade civil ambiental brasileira – uma abordagem econômica a um instituto tipicamente jurídico, portanto –, de maneira que ela possa efetivamente – de forma eficiente – ocasionar resultados úteis à prevenção de danos ao meio ambiente em um contexto social. Trata-se, assim, de um estudo acerca da possibilidade de indução de comportamentos socialmente desejáveis através de decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente, em um foco muito diferente do tradicionalmente presente na dogmática do direito.

2.1 O direito ambiental e a análise econômica do direito

Como dito acima, a Análise Econômica do Direito (AED) é a principal via proposta por este trabalho para se dar uma nova abordagem à temática das lesões ambientais e sua respectiva responsabili-

zação judicial. Primeiramente, então, serão oferecidas algumas considerações acerca de tal maneira de compreender as questões jurídicas, bem como de sua relação com o direito ambiental.

2.1.1 Análise econômica do direito: breves considerações

A análise econômica do direito – também chamada de “direito e economia” ou, de forma abreviada, de AED – busca, através da metodologia de análise microeconômica, a resposta a duas questões fundamentais: uma positiva, relacionada ao impacto das leis no comportamento dos indivíduos e seus reflexos para a prosperidade social (*social welfare*), e uma normativa, relacionada às relativas vantagens das normas em termos de eficiência e aprimoramento do bem-estar social (GAROUPA; GINSBURG, 2012, p. 139-140).

Em outras palavras, pode-se dizer que o *law and economics* compreende basicamente as iniciativas de prever qual efeito determinada lei terá na sociedade, explicar por que existe determinada lei e decidir quais leis deveriam realmente existir (FRIEDMAN, 2000, p. 15-17). Em sentido semelhante, Schäfer e Ott (2004, p. 11-12) identificam seus quatro objetos de análise: a natureza e a origem do sistema legal existente e a distribuição de direitos; o efeito da estrutura legal na eficiência alocativa; as condições necessárias para o desenvolvimento e criação de estruturas legais eficientes e como uma estrutura legal eficiente pode ser implementada.

Para melhor exemplificar o seu alcance, Rodrigues (2007, p. 33-34) formula algumas perguntas às quais o direito, de forma exclusiva, não consegue oferecer respostas satisfatórias: Por que os legisladores escolhem fazer uma lei com um determinado conteúdo? Por que, dado o conteúdo da lei, alguns indivíduos resolvem respeitá-la e outros não? Como o sistema judicial toma as decisões relativas à aplicação da lei? Por que os indivíduos que vivem em sociedade escolhem ter leis que restringem o seu comportamento? Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? Para responder a esses questionamentos, pode-se fazer uso de ferramentas disponíveis na economia.

A AED, então, consiste na “aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JR., 2010, p. 18).

Com relação à microeconomia, ela oferece uma teoria geral sobre a maneira como as pessoas tomam determinadas decisões. Trata-se do estudo de como recursos escassos são alocados entre fins alternativos entre si; isto é, já que a renda e o tempo das pessoas são limitados e não se pode comprar ou fazer tudo que talvez se queira, deve-se fazer uma escolha entre determinadas opções. A microeconomia, assim, diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como, por exemplo, famílias, clubes, firmas e órgãos governamentais. No que se refere à economia do bem-estar¹, ela consiste na área da teoria microeconômica que estuda a maneira como as decisões individuais interagem e afetam o bem-estar das pessoas como um grupo social (COOTER; ULEN, 2010, p. 35-36 e 60).

Recente no cenário jurídico brasileiro, a análise econômica do direito está consolidada há bastante tempo no âmbito do *common law*, onde é designada como *economic analysis of law* (EAL) ou *law and economics* (L&E). Ao analisar sua evolução histórica em um panorama global, MacKaay (2000) propõe sua divisão em duas fases (que ele denomina de “ondas”), sendo que a primeira compreende o período entre 1830 e 1930 e a segunda, os anos subsequentes. Especificamente em relação aos Estados Unidos da América (EUA), país em que tal corrente intelectual mais influenciou o mundo jurídico nos últimos 50 anos, podem ser identificadas quatro fases em seu desenvolvimento – lançamento (1957-1972), aceitação do paradigma (1972-1980), debate sobre os fundamentos (1980-1982) e o movimento ampliado (a partir de 1982) –, sendo que ela só alcançou outros países a partir de 1975 (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8-9).

No entanto, sem maior aprofundamento no exame dessa evolução temporal², há dois eventos marcantes que devem ser destacados

1 A economia do bem-estar será tratada, de maneira mais aprofundada, na *Seção 2.2*.

2 Com relação à evolução histórica do *law and economics*, sugere-se o artigo de MacKaay (2000), que é bastante completo e esclarecedor acerca dessa temática.

na história da AED: o artigo “The problem of social cost”, de Coase (1960), que “constitui o marco principal da proposição do paradigma contemporâneo de análise integrativa direito-economia”, e a obra *Economic analysis of law*, de Posner, lançado em 1973, que representou a entrada da disciplina nas faculdades de direito dos Estados Unidos (BATTESINI, 2011, p. 63)³.

Realmente, pode-se afirmar que o surgimento da AED nos moldes contemporâneos –como uma abordagem econômica do direito enquanto um fato social – se deu com Coase (1960), o qual, a partir do *insight* relativo à existência de uma lógica econômica implícita em determinada legislação inglesa, ingressou em uma análise que reflete, na atualidade, a própria essência da disciplina: de como o sistema jurídico pode ser compreendido e estruturado a fim de proporcionar o aumento da eficiência na alocação de recursos (POSNER, 2011, p. 30). Suas ideias, segundo MacKaay e Rousseau (2015, p. 203), “convidam a uma reflexão sobre o papel do direito na economia”.

Coase (1960, p. 19) foi pioneiro em reconhecer tanto as consequências econômicas das decisões judiciais quanto a necessidade de estruturação de um sistema jurídico em que tais consequências sejam levadas em consideração. Seu artigo é centrado, principalmente, em críticas ao trabalho de Pigou (*The Economics of Welfare*, publicado originalmente em 1920) – e à “tradição Pigouviana”, assim designada por ele em razão da influência que sua obra ocasionou entre os economistas –, especialmente em relação às propostas para a solução dos problemas atinentes aos custos externos (externalidades) através da utilização de tributos ou recompensas (COASE, 1960, p. 28-42).

Ao tratar desses temas, ele traz uma nova abordagem a essa questão, tratando-a como um problema de natureza recíproca (tanto do causador de um dano quanto da vítima, e não exclusivamente do primeiro), e para isso ele entra na discussão dos custos para se efetuar uma

3 Após o trabalho de Coase e antes da primeira edição do livro de Posner, dois outros artigos também podem ser destacados enquanto pioneiros na análise econômica do direito: “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”, de Calabresi (1961), que tratou da relação entre a economia e o *tort law*, e “*Crime and punishment: an economic approach*”, de Becker (1968), no qual foi proposta uma abordagem econômica do comportamento criminoso e estendeu, “para fora dos limites mercantis tradicionais, o pressuposto fundamental da teoria econômica, qual seja, o da racionalidade dos agentes na utilização dos meios adequados à consecução dos seus objetivos” (AGUIAR, 2003, p. 12).

transação de mercado entre os envolvidos – os denominados custos de transação⁴ – de modo a se modificar a delimitação inicial dos direitos a fim de se alcançar maior eficiência alocativa⁵ (COASE, 1960, p. 1-28). É justamente neste ponto que acaba ingressando na temática jurídica, ao analisar – de forma crítica – alguns julgamentos oriundos do *common law* e seus respectivos efeitos econômicos para, ao final, propor um novo tratamento à definição tradicional dos fatores de produção (como uma propriedade, por exemplo), para nela incluir não só o bem, mas o direito a ele vinculado de se realizar certas ações. Ou seja, em sua visão, o direito faria parte do próprio fator de produção, exatamente em razão das limitações impostas pela ordem jurídica, o que demonstra sua forte conexão com a economia (COASE, 1960, p. 42-44).

Esse destaque conferido ao artigo de Coase é criticado por Marciano (2012). Na sua opinião, em “The problem of social cost” referido autor não efetua uma efetiva análise do direito a partir de bases econômicas, como se costuma dizer, mas apenas conclui que o direito possui reflexos econômicos, o que seria algo bastante diferente⁶. Porém, apesar desses argumentos, o fato é que a doutrina majoritária⁷ segue o entendimento de que o trabalho de Coase consiste na pedra inaugural da atual concepção de análise econômica do direito exatamente por fazer uma ligação expressa entre as duas disciplinas (economia e direito) e destacar a existência de impactos econômicos nas leis e nas decisões judiciais.

Com relação à obra de Posner (2011), cuja versão original data de 1973, ela pode ser considerada um manual ou livro-texto prati-

4 Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. Uma transação comercial tem três passos, e todos eles são compreendidos como custos. Primeiro é preciso localizar um parceiro comercial, alguém que queira comprar o que se está vendendo ou vender o que se está comprando. Em segundo lugar, a negociação deve ser fechada entre os parceiros comerciais, que pode incluir a redação de um acordo/contrato. Em terceiro lugar, após alcançada a negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida, o que implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo (COOTER; ULEN, 2010, p. 105).

5 Segundo Coase, na ausência de custos de transação, não importa como é feita inicialmente a distribuição dos direitos de propriedade. Nesse caso, com direitos de propriedade bem definidos, num mercado em que as trocas entre os agentes econômicos são livres a eficiência econômica será sempre alcançada. Esse resultado viria a ser conhecido como Teorema de Coase (TABAK, 2015, p. 323).

6 Para Marciano (2012), o artigo de Calabresi (1961) é que deveria ser considerado o primeiro trabalho em que de fato se efetuou uma análise econômica do direito, e não o de Coase (1960).

7 Por exemplo: Shavell (2004), Posner (2011), Cooter e Ulen (2010) e MacKaay e Rousseau (2015).

camente completo de análise econômica do direito, em que os mais diversos assuntos relacionados à disciplina são tratados de forma exaustiva. Por isso – como dito anteriormente – ele é considerado o autor responsável por introduzir e disseminar o conteúdo pelas universidades americanas.

Na realidade, o que mais chama atenção no trabalho de Posner – além da extensão e da profundidade do texto – são algumas opiniões bastante radicais desenvolvidas por ele. Sua compreensão a respeito da essência do *common law*, por exemplo, demonstra a forte relação que identifica entre o direito e a economia. A seu ver (POSNER, 2011, p. 315-320), neste sistema jurídico existiria uma lógica econômica implícita, em que a economia é a estrutura profunda do direito e a doutrina jurídica sua superfície, formando uma rede coerente de indução de comportamentos eficientes não só no sentido mercantil, mas em toda cadeia de relações sociais.

Porém, a ideia mais famosa – e polêmica – de Posner (2011, p. 31-33 e 342-345) é a definição e alcance que conferiu à eficiência econômica, a qual seria o objetivo do direito e estaria relacionada diretamente à maximização da riqueza, o que ocasionou uma forte discussão acadêmica com Dworkin (1980) relativamente ao aspecto moral da conexão entre esse conceito e a justiça.

Esse debate, aliás – que foi sucedido por outros textos de ambos autores, inclusive com uma certa flexibilização, em momento posterior, das teorias originais de Posner –, acabou de certa forma desvirtuando um pouco o verdadeiro objetivo do *law and economics*, disseminando a visão, ao menos no Brasil, de que seria uma disciplina focada tão somente em resultados e consequências – alcançar a eficiência (e que esta equivaleria à maximização da riqueza) –, sem quaisquer preocupações com a justiça e a moral. Por isso é comum, principalmente no âmbito da filosofia do direito, a caracterização da AED como uma corrente utilitarista, consequencialista (consequencialismo efficientista) e pragmática (pragmatismo jurídico), com toda a carga negativa que essas expressões podem eventualmente – e de forma um tanto exagerada – carregar⁸ (ARRUDA, 2011, p. 72-88).

8 Essa discussão é filosófica (ou jusfilosófica) e por esse motivo não será aprofundada no presente texto por fugir da abordagem proposta.

Na verdade, a análise econômica do direito não se resume a Posner, é bom frisar, tendo ele sido superado em termos técnicos e científicos por diversos outros autores das gerações mais atuais, que passaram a centrar seus estudos nos aspectos psicológicos da tomada de decisões (*behavioral law and economics*) e em trabalhos experimentais (pesquisa empírica em direito), deixando em um segundo plano debates puramente teóricos e filosóficos. A obra de Posner acabou marcada, em termos históricos, pela disseminação do conteúdo da análise econômica do direito, assim como pelo ineditismo da abordagem desenvolvida de forma tão ampla quanto a presente em seu principal livro.

É fato que a AED possui um nítido foco no resultado útil do direito – inclusive há quem a considere como a aplicação de mera perspectiva de eficiência às regras legais (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 3) –, mas isso não quer dizer que ela esteja desvinculada do ideal de justiça. Tanto que não existe qualquer óbice para que esta (a justiça) e a eficiência caminhem lado a lado rumo a um objetivo comum, que é a maximização do bem-estar social (e não o aumento da riqueza). Através da análise econômica, confere-se uma visão nova e diferente ao direito, especialmente quanto à sua utilidade e efeitos perante a sociedade, e não um desvirtuamento total de suas teorias dogmáticas tradicionais.

Dessa forma, pode-se concluir que o *law and economics* consiste em uma “leitura do direito inspirada em conceitos econômicos” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 7); ou seja, nada mais é do que uma visão do direito a partir de uma “abordagem econômica” (*economic approach*)⁹, expressão esta popularizada por Becker, Prêmio Nobel de Economia em 1992 (LEVITT; DUBNER, 2012, p. 28).

Aliás, é importante frisar que análise econômica do direito não significa o mesmo que direito econômico, no sentido que se dá a esta expressão no Brasil, que trata da regulação de algumas atividades como bancos/moeda, concorrência, comércio exterior etc. A AED é mais ambiciosa; ela parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser usados para compreender o direito econômico também são aplicáveis a outros ramos do direito. Propõe, logo, a

9 A expressão “abordagem econômica” também é adotada por Aguiar (2003) quando se refere à análise econômica do direito.

partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros indivíduos, uma releitura econômica das normas e institutos jurídicos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 7).

Como se sabe, a economia, para a maioria das pessoas, é uma ciência cheia de estatísticas e jargões, primordialmente relacionada ao dinheiro, a questões financeiras. Porém, ela consiste, na realidade, em uma poderosa ferramenta para se compreender o comportamento das pessoas; seu objeto não é o dinheiro, mas a razão (FRIEDMAN, 1996, p. 3-4). Segundo Becker (1990, p. 3-4), a maior diferença da economia das outras disciplinas de ciências sociais não é o assunto tratado, como se costuma imaginar, mas justamente a abordagem que é conferida aos fatos sociais.

Assim, a economia configura, efetivamente, um método de análise do comportamento humano (BECKER, 1993, p. 385), o qual pode ser perfeitamente transposto para a interpretação do direito e suas respectivas finalidades. Ela fornece, portanto, além de uma teoria científica¹⁰ do comportamento, um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas (COOTER; ULEN, 2010, p. 26).

2.1.2 O direito ambiental em uma abordagem econômica

O direito ambiental é uma disciplina relativamente nova no cenário nacional, uma vez que suas bases somente se desenvolveram de forma mais sólida após a Constituição Federal em vigor, a qual conferiu um verdadeiro “esverdear” à teoria constitucional brasileira (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 29-34). Esse fenômeno, chamado de “esverdear” ou “*greening*”, aliás, não se restringiu à Constituição do Brasil, e alcançou até mesmo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tratando-se de um instituto de âmbito internacional (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

No entanto, em que pese se tratar de um ramo recente e não tão extenso quanto outras áreas do direito, constata-se que a dogmática

10 Discute-se, em âmbito doutrinário, se o direito é efetivamente uma ciência. Trata-se de uma discussão longa, que não será tratada neste trabalho por fugir dos seus propósitos centrais. Deve-se frisar, no entanto, que esse debate não existe relativamente à economia, uma vez que se trata de disciplina amparada por amplas e variadas pesquisas empíricas, sendo, logo, um exemplo claro de um ramo de estudo com base científica.

jurídica tradicional a ele vinculada está praticamente saturada, uma vez que, de forma geral, limita-se a repetir conceitos já amplamente debatidos no plano teórico (por exemplo, princípios da prevenção e precaução, responsabilidade civil objetiva etc.), sem maiores considerações quanto ao verdadeiro efeito das leis e das decisões judiciais na proteção e preservação do meio ambiente.

Por outro lado, a atuação profissional – técnica e teórica – em questões ambientais tem-se apresentado cada vez mais desafiadora e complexa, exatamente porque ela não se encerra no direito ambiental. Justamente o contrário, a temática do meio ambiente é um modelo clássico de interdisciplinaridade, e não são incomuns casos em que há necessidade de longos estudos em diversas áreas do conhecimento para se chegar a uma solução satisfatória (direito, biologia, geologia, economia, engenharia etc.). Um exemplo claro dessa dificuldade é toda discussão que envolve a instalação de uma usina hidrelétrica, que possui reflexos profundos em questões jurídicas, biológicas, sociais e econômicas do local a ser afetado¹¹.

Atenta a essa realidade multidisciplinar, surgiu, nos últimos anos, uma linha de pensadores do direito ambiental brasileiro que passou a utilizar como fundamento teórico de seus trabalhos a sociologia alemã – mais especificamente o referencial constante na obra *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, de Beck (1998) –, trazendo um novo olhar à dogmática do meio ambiente e, conseqüentemente, um patamar mais elevado de qualidade à doutrina desenvolvida.

O livro antes referido foi lançado primeiramente em alemão, no ano de 1986, com o título *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Em 1992 publicou-se a versão em inglês, intitulada *Risk society: towards a new modernity*, e, em 1998, foi apresentada a tradução para o espanhol, sob o título constante no parágrafo anterior. Esta última edição acabou se tornando um importante objeto de estudo no Brasil – provavelmente em razão da maior facilidade de compreensão da língua espanhola, por sua semelhança com o português – e serve de base até os dias atuais como norte na redação de teses na área do direito ambiental¹².

11 Em muitos casos também há questões indígenas envolvidas, o que torna ainda mais complexa a situação.

12 Por exemplo: Ayala (2009) e Steigleder (2011).

Um dos pioneiros na utilização da obra de Beck no Brasil foi Leite (1999) – a partir da versão publicada em inglês –, ao fazer uso do conceito de “sociedade de risco” (*risk society*) em sua tese de doutorado, intitulada *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, a qual atualmente embasa um livro publicado em coautoria com Ayala (LEITE; AYALA, 2014). Nesta tese (LEITE, 1999, p. 11), a referência a Beck ainda foi pequena, mas se aprofundou de forma acentuada nos anos seguintes, tanto nas edições posteriores do livro antes referido quanto em outras produções doutrinárias (por exemplo: LEITE; AYALA, 2002; LEITE, 2015), tornando-se inclusive referencial teórico de pesquisas em programa de pós-graduação em direito do qual faz parte¹³.

O livro de Beck, em sua versão original, foi lançado pouco tempo após o acidente nuclear de Chernobyl, na Ucrânia (que na época fazia parte da extinta União Soviética – URSS), ocorrido em abril de 1986, e por esse motivo há um texto, prévio ao prefácio, em que ele relaciona tal fato ao conteúdo de sua obra (BECK, 1998, p. 11-14). O próprio autor admite que os argumentos desenvolvidos não são totalmente amparados por dados empíricos – fugindo do padrão de pesquisa sociológica científica, conforme aduz –, mas pela própria experiência de vida, uma vez que ele e as demais pessoas seriam testemunhas – sujeitos e objetos – de uma ruptura dentro da modernidade, em que houve um desprendimento dos contornos da sociedade industrial clássica e surgiu uma nova figura, denominada por ele de sociedade (industrial) do risco (BECK, 1998, p. 15-16).

Em suma, seu texto é guiado pela ideia de uma “modernização reflexiva” da sociedade industrial. Beck (1998) denomina a sociedade atual de sociedade do risco (ou “de risco”, como preferem os autores brasileiros), diferenciando-a da sociedade industrial clássica. Nesta (industrial clássica), a lógica da produção de riquezas dominava a lógica da produção de riscos, sendo que na sociedade do risco essa relação é inversa: os ganhos oriundos do progresso tecnológico acabaram sendo ofuscados pela produção de riscos à sociedade. A modernidade, portanto, trouxe como consequência efeitos irreversíveis – e de al-

¹³ As ideias de Beck também fizeram sucesso em outros países, além do Brasil. Como exemplo, pode-se citar o trabalho de Whiteside (2006, p. 117-143), que fez uso da tese da *risk society* como fundamento para estudar o princípio da precaução ambiental (*precautionary principle*).

cance global – à vida das plantas, animais e seres humanos, tornando essa lógica a regra, em que a própria sociedade se insere em situação de riscos extremos – e de resultados imprevisíveis – sob o fundamento da produção de riquezas.

Como é fácil perceber, há uma evidente ligação entre esses argumentos e os impactos atuais que são causados ao meio ambiente pelo ser humano, uma vez que a própria sociedade se colocaria em situação de risco de maneira muitas vezes irresponsável e sem qualquer planejamento acerca dos prejuízos que terão que ser arcados. Com isso, surgiram fundamentos doutrinários aptos a fornecer uma linha interessante de compreensão da natureza da sociedade moderna, os quais são extremamente oportunos a fim de subsidiar um marco teórico distinto dos usuais destinado a suscitar estudos na área do direito¹⁴.

Porém, em que pese a evolução de qualidade da doutrina jurídico-ambiental brasileira ao fazer uso dos fundamentos de Beck, ainda se verifica uma nítida carência de disciplinas vinculadas ao direito ambiental que tragam soluções e alternativas viáveis a seu objetivo principal: a efetiva proteção do meio ambiente. E, em um tema como o desenvolvido no presente estudo – danos ambientais e sua respectiva reparação –, essa ausência se torna ainda mais destacada pelos evidentes reflexos negativos que esses prejuízos trazem à sociedade.

O que se propõe, portanto, é um novo enfoque ao direito ambiental, qual seja, a abordagem econômica dessa linha jurídica. Como referido no tópico anterior, é indiscutível que a AED possui foco no resultado útil do direito (legislação, decisões judiciais etc.), e o meio ambiente, por consistir em um patrimônio finito e de interesse de toda sociedade, acaba se tornando uma das áreas mais propícias para se discutir consequências e soluções para uma proteção ambiental eficiente, direcionada ao bem-estar da coletividade.

É fácil observar que em tempos mais recentes – principalmente no período pós-Constituição de 1988 até hoje – cresceu a preocupação com questões ambientais. Há, de fato, uma certa consciência

14 Leite (2015, p. 157) chama esse referencial teórico de “teoria da sociedade de risco”, a qual auxilia na compreensão da “crise ambiental através de uma visão transdisciplinar e de um enfoque mais sociológico do risco”.

global coletiva de defesa do meio ambiente, o que se pode perceber em pequenas ocorrências do cotidiano: produtos ecologicamente corretos, advertências em embalagens para sua correta destinação, desenhos infantis que incentivam proteção da flora e fauna, coleta seletiva de lixo pelas prefeituras, proibição de comercialização de lâmpadas incandescentes, incentivos governamentais à economia de água etc.

Isso se tornou uma necessidade em razão dos impactos negativos que alguns fatores acabam acarretando na saúde e vida da população, como o nível de poluição, por exemplo. Medidas teoricamente alcançáveis, como a instalação de filtros em chaminés de fábricas, redução de uso de veículos, esgotamento sanitário integral, correta destinação de lixo, reciclagem, entre outros, se demonstraram como de não tão simples execução, seja por envolverem políticas públicas amplas de planejamento urbano, seja por exigirem a própria mudança da mentalidade – e correspondentes condutas – da população diretamente interessada.

Enfim, o Brasil, como será demonstrado, é um país que possui uma razoável legislação protetiva do meio ambiente, que iniciou na década de 1960¹⁵ e sofreu um *upgrade* com a promulgação da Constituição Republicana de 1988. Porém, em que pese tal fato, algumas perguntas a ela (legislação ambiental) relacionadas permanecem sem respostas adequadas: Por que essas leis são descumpridas, de forma reiterada, pelos indivíduos? Qual o nível – e forma – de intervencionismo estatal necessário para se impor o cumprimento das leis pela população? O Poder Judiciário, através de sua atividade-fim (decisões judiciais), pode incentivar o cumprimento da legislação ambiental? E os demais órgãos que exerçam funções institucionais protetivas do meio ambiente, como o Ministério Público, por exemplo, podem contribuir com esse incentivo? Essas respostas – que não podem ser fornecidas de forma isolada pela dogmática jurídica – conseguem ser alcançadas, de maneira mais sólida e segura, através de uma abordagem econômica dos fatos sociais.

A análise econômica do direito, dessa forma, pode trazer várias contribuições ao tema que se propõe discutir – que é um dos mais insti-

15 O antigo Código Florestal – já revogado –, por exemplo, que já possuía inúmeras disposições protetivas do meio ambiente em sua redação original, entrou em vigor no ano de 1965, muito tempo antes da promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1965).

gantes envolvendo o direito ambiental –, com um enfoque mais finalístico, focado não só na essência do agir humano em sociedade – tal qual a tese sociológica desenvolvida por Beck –, mas direcionado a uma maneira de moldá-lo objetivando a justiça ambiental e, em última análise, o bem-estar social. Esse é o desafio a ser travado nas seções seguintes.

2.2 Economia do bem-estar

A economia do bem-estar (*welfare economics*), segundo Cooter e Ulen (2010, p. 60), é a parte da teoria microeconômica em que se levantam as grandes questões sobre as políticas públicas, tratando-se da área que “explora a forma como as decisões de muitos indivíduos e empresas interagem e afetam o bem-estar dos indivíduos como um grupo”. Essa expressão se refere, em outras palavras, a um modelo de análise normativa para a avaliação das diferentes escolhas que uma sociedade pode fazer (SHAVELL, 2004, p. 595-596).

Nesta seção serão abordados dois temas que lhe são essenciais, a eficiência e o bem-estar social – ambos já referidos, de forma superficial, na seção anterior –, chegando-se à relação destes com o bem-estar ambiental.

2.2.1 Eficiência

Inicialmente, a economia do bem-estar (*welfare economics*) foi definida, por Pigou (1932, p. 8-22), como a área do bem-estar social (*social welfare*) relacionada direta ou indiretamente ao dinheiro, constituindo-se no principal objeto de estudo da ciência econômica. Esta, por seu turno, se prestaria, basicamente, a auxiliar no aperfeiçoamento da sociedade; isto é, para o alcance de um nível superior de bem-estar social.

A partir da doutrina de Pigou, principalmente de sua divisão da *welfare economics* em duas partes – produção e distribuição –, Kaldor (1939, p. 551-552) afirmou ser inquestionável, em bases econômicas, que o aumento de produção eleva o bem-estar social, mas que, sob uma perspectiva de igualdade completa dos indivíduos, é impossível decidir qual a melhor estratégia de distribuição de renda para se atingir o bem-estar coletivo, uma vez que sempre haverá uma parcela de descontentamento. O papel dos economistas, dessa maneira, seria justamente

de demonstrar do que – e em qual medida – se poderia abrir mão em termos de igualdade em prol da satisfação social (bem-estar social).

Hicks (1939, p. 696-712), também em razão das teses de Pigou – e com uma visão crítica destas –, propôs outra perspectiva da economia do bem-estar, a qual denominou de *new welfare economics* (nova economia do bem-estar), sob o enfoque precípua da eficiência. Mas, para isso, ele deveria superar, de plano, a dificuldade – já apontada por Kaldor – de que a comunidade é formada por indivíduos, sendo que cada um, sob o ponto de vista particular, possui vontades e satisfações próprias, nem sempre coincidentes com as da maioria da sociedade de que são parte integrante.

Consoante referido em seu texto, Hicks (1939, p. 698 e 700) utilizou como base inicial de sua teoria a noção de eficiência desenvolvida por Pareto (eficiência de Pareto) – que é o padrão clássico da economia –, também chamada de eficiência econômica, segundo a qual a melhora da situação de uma pessoa não pode piorar a de mais ninguém (POLINSKY, 2003, p. 7). Ou seja, trata-se de um conceito de eficiência diretamente relacionado à unanimidade, em que todos agentes afetados por uma política pública ou norma legal se encontram em situação melhor ou igual à anterior (TABAK, 2015, p. 324).

O atrativo dessa noção tradicional é que ela parece eliminar as comparações interpessoais de bem-estar (ZERBE JR., 2001, p. 3-4), mas, na verdade, a eficiência de Pareto deve ser vista como um modelo utópico – sem viabilidade fática –, uma vez que as condições exigidas para sua perfectibilização não podem ser encontradas em um mundo real (POSNER, 2011, p. 15-20). Por esse motivo – além da própria dificuldade em poder afirmar que alguém ou um grupo efetivamente não ficou em situação pior com a melhora dos demais (com o impacto de externalidades, por exemplo) – é que se pode concluir que o princípio de Pareto é inaplicável em seu formato original (DOBBS, 1981, p. 167-181).

Retornando a Hicks (1939, p. 700-701), a solução encontrada por ele ao problema apontado por Kaldor foi de admitir que as vontades, sob um prisma individual, não devem ser tratadas como exceções, mas como parte do próprio sistema social. Trata-se do de-

nominado individualismo metodológico, no sentido de que “para se explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender” (GICO JR., 2010, p. 24-25).

Dessa forma, para Hicks (1939, p. 701) a visão de eficiência – e, conseqüentemente, de aprimoramento do bem-estar social – relaciona-se diretamente à compreensão da sociedade como um todo; o conjunto social deve ser visto enquanto um sistema, portanto (*efficiency of the system tout court*).

Esta noção veio a ser conhecida como eficiência de Kaldor-Hicks, também chamada de melhoria potencial de Pareto, a qual permite que ocorram “mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, mas exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem”, configurando, “essencialmente, a técnica da análise de custo-benefício” (COOTER; ULEN, 2010, p. 64). O principal objetivo desse modelo foi desenvolver uma medida de bem-estar aplicável ao mundo concreto e de forma mais ampla do que a eficiência de Pareto (ZERBE JR., 2001, p. 4-5).

Quanto a esse tema, aliás, Posner chegou a propor, na década de 1970, uma conceituação de eficiência vinculada especificamente à ideia de maximização da riqueza, ou seja, de que esta seria o objetivo do direito¹⁶ (GICO JR., 2010, p. 21). Após inúmeras críticas, principalmente sob o aspecto moral da alegada falta de relação entre esse conceito e a justiça (TULLOCK, 1982, p. 151-163; DWORKIN, 2001, p. 399-434), Posner (2011, p. 342-345) procedeu a uma revisão de seu material, reafirmando a importância do aumento da riqueza, porém destacando não se tratar do único elemento a ser levado em conta para o direito e a eficiência.

A eficiência de Kaldor-Hicks, logo, pode ser definida como a confrontação dos benefícios e custos sociais, estando intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. Assim, “se a

16 Essa ideia gerou as maiores críticas que Posner sofreu em sua carreira acadêmica.

situação é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks, os benefícios sociais são maiores que os custos sociais” (TABAK, 2015, p. 324). Conforme Revesz e Stavins (2007, p. 505), esse critério – um teste para examinar se os benefícios sociais totais excedem aos custos sociais totais – configura a fundação teórica do instrumento analítico conhecido como análise de custo-benefício¹⁷.

Como se vê, a eficiência de Kaldor-Hicks possui conceito e aplicabilidade conectados ao ideal de aprimoramento da sociedade; ou, utilizando uma expressão tipicamente econômica, direciona-se à maximização do bem-estar social.

Trata-se de um sentido de eficiência diferente do utilizado na linguagem comum – de perfil individualista –, uma vez que, para os economistas, ele é um princípio elementar para a caracterização de instituições sociais (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 8). De fato, a compreensão usual de eficiência, presente em nosso cotidiano – no sentido de que “eficiente” seria meramente “aquilo que funciona”, que acarreta o resultado almejado –, não é a mesma adotada pela economia, a qual lhe dá um conteúdo técnico (FRIEDMAN, 1996, p. 233).

Esse modelo de eficiência, para os economistas, possui duas características essenciais: tem seu alcance relacionado aos efeitos sociais – e não meramente individuais – e sempre se destina à maximização do bem-estar social. Em outras palavras, determinado ato ou decisão (política pública, por exemplo) só será considerado eficiente se, ao passar por uma análise de custo-benefício, restar apurado que os benefícios sociais alcançados são superiores aos custos sociais; ou seja, se o ato/decisão foi útil para o aprimoramento do bem-estar da sociedade. É por esse motivo que Jaeger (2005, p. 134-138) chama a “melhora potencial de Pareto” – que se trata da eficiência de Kaldor-Hicks, como dito anteriormente – de “eficiência social” (*social efficiency*).

Sob esse raciocínio, em razão de a eficiência de Kaldor-Hicks se direcionar rumo ao bem-estar coletivo – do qual o bem-estar ambiental indiscutivelmente faz parte, conforme será discorrido no tópico seguinte –, ela consiste em uma ferramenta oportuna para subsidiar o

17 A análise de custo-benefício será tratada de forma específica na *Seção 2.4*.

estudo do direito ambiental a partir de uma abordagem econômica, direcionada a alcançar consequências sociais melhores e mais concretas. Por esse motivo, tal critério consiste no principal referencial teórico a subsidiar a hipótese a ser apresentada no decorrer deste capítulo, no sentido de se visualizar a responsabilidade civil pela prática de danos ao meio ambiente enquanto um meio hábil para, através das respectivas decisões judiciais, estimular comportamentos sociais ambientalmente preventivos, destinados à maximização do bem-estar social.

2.2.2 Bem-estar social e bem-estar ambiental

Até agora muito se falou de bem-estar social (*social welfare*) e de sua relação intrínseca com o conteúdo da eficiência de Kaldor-Hicks. Mas, efetivamente, qual o verdadeiro alcance dessa expressão, tão utilizada pelos economistas, em linguagem técnica, ou em conversas do dia a dia das pessoas, sem maiores pretensões científicas?

A economia do bem-estar – tema base desta seção – consiste em um padrão estabelecido para a avaliação das diferentes escolhas que uma sociedade pode fazer em direção ao bem-estar coletivo, sendo que esse padrão/modelo é formado por dois elementos: a determinação da utilidade de cada indivíduo em relação à situação ora sob análise e a fusão dessas utilidades individuais em determinado sentido (SHAVELL, 2004, p. 595-596). O conceito de bem-estar para os economistas, dessa forma, está conectado à noção de utilidade, palavra esta amplamente utilizada em estudos dessa área.

Na era vitoriana, os filósofos e economistas referiam-se à expressão utilidade como indicador do bem-estar geral de uma pessoa; tratava-se da medida numérica da felicidade do indivíduo. O grande problema é que não havia uma forma segura de se avaliar a utilidade, ou como medir a quantidade de utilidade que cada escolha proporcionava. Esses problemas conceituais levaram os economistas a abandonar essa visão e a reformular a teoria do comportamento do consumidor com base nas suas preferências. A utilidade, então, passou a ser vista – inclusive na atualidade – como um modo de descrever as preferências dos indivíduos (VARIAN, 2012, p. 56).

Deve-se salientar que utilidade – vista enquanto a satisfação que o indivíduo retira de determinada situação – é um termo técnico que não tem uma conotação exclusivamente material. É possível obter utilidade através do consumo de um alimento, assim como se pode obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma paisagem natural permanece intacta (RODRIGUES, 2007, p. 13).

Como dito, de acordo com o modelo estruturado pela *welfare economics*, a avaliação social é fundada no bem-estar individual; este é o seu ponto de partida¹⁸. Em particular, presume-se que essa avaliação social – a qual é rotulada como bem-estar social – depende de cada utilidade individual e não de fatores externos às suas utilidades. O nível de bem-estar social aumenta, assim, quando também se elevam os patamares de utilidades individuais (SHAVELL, 2004, p. 597).

Há várias maneiras de se agregar as utilidades individuais em uma medida ou cálculo do nível de bem-estar social – de modo a se obter uma preferência social –, nenhuma sendo endossada de forma definitiva pela *welfare economics*.

Um exemplo é o proposto pelo utilitarismo clássico, segundo o qual se procede à mera soma das utilidades individuais de forma a se chegar a uma utilidade social (SHAVELL, 2004, p. 597). Essa ideia apresentada pela escola utilitarista – fundada por Bentham, segundo a qual o bem supremo seria um acréscimo de felicidade para um número maior de pessoas – acaba funcionando, sob determinado ponto de vista, mas é considerada uma escolha de representação da utilidade – e também de se utilizar a soma das utilidades – totalmente arbitrária e sem base técnica (VARIAN, 2012, p. 669).

Fleurbaey e Maniquet (2011) defendem um modelo complexo de avaliação do bem-estar da sociedade que denominam como *social ordering function* (SOF), o qual, na visão deles, seria consistente com o princípio de Pareto e apto a satisfazer ideais de justiça e equidade. Outros exemplos de cálculos de utilidade social que podem ser cita-

¹⁸ A utilização da utilidade individual como critério único a sustentar o patamar de bem-estar da sociedade é denominada de “welfarismo” (*welfarism*) (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 37).

dos são a soma ponderada das utilidades – a partir da qual se confere determinado peso à importância da utilidade de cada agente para o bem-estar social geral – e a *rawlsiana* – cujo nome se refere ao filósofo moral Rawls e que preconiza que o bem-estar social de uma alocação depende apenas do bem-estar do agente em pior situação, ou seja, com a utilidade mínima (VARIAN, 2012, p. 669-670).

Todas essas maneiras de se calcular um nível de bem-estar da sociedade são representadas pela economia através de funções matemáticas. Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 38-39), “a economia é abundante em funções: função de produção, funções de utilidade, funções de custo, funções de bem-estar social e outras. Uma função é uma relação entre dois conjuntos de números em que, para cada número num conjunto, corresponde exatamente um número no outro conjunto”. Uma função de bem-estar social, portanto, descreve uma medida do bem-estar da sociedade como um todo relativamente às utilidades dos membros individuais, a qual pode se dar de diferentes formas (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 611).

Na realidade, cada um desses cálculos (funções de bem-estar social) é um caminho possível – errado ou certo – para comparar funções de utilidade individuais, uma vez que representam diferentes julgamentos éticos sobre a comparação entre o bem-estar de diversos agentes. A única restrição que se impõe é que obrigatoriamente sejam crescentes na utilidade de cada indivíduo (VARIAN, 2012, p. 670).

Sob os ditames da economia do bem-estar, como afirmado anteriormente, a avaliação de preferências sociais não é guiada por nenhuma função específica de agregação de utilidades individuais. Parte-se unicamente do pressuposto de que há uma maneira de se fazer isso, sem que haja a opção por um modelo definitivo (SHAVELL, 2004, p. 597).

E o bem-estar ambiental? Ele faz parte da compreensão de bem-estar social?

Parece evidente que a noção de bem-estar coletivo – não importando qual critério de avaliação social a ser levado em conta – deva abranger quaisquer aspectos que possam acarretar melhores condi-

ções de vida às pessoas, refletindo em patamares mais elevados de utilidade individual.

O bem-estar ambiental (*environmental welfare*) pode ser caracterizado como “a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 51-53). Trata-se, basicamente, da vida sob condições ambientais minimamente satisfatórias. Dessa maneira, considerando o panorama mundial de preservação do meio ambiente e seus nítidos reflexos em uma vida mais natural e saudável, não se mostra factível afastar o bem-estar ambiental de uma avaliação das condições humanas em uma experiência coletiva.

Efetivamente, habitar uma cidade com níveis de poluição atmosférica extremos ou com esgoto a céu aberto, por exemplo, acabará trazendo repercussões negativas tanto na experiência individual dos indivíduos quanto nos próprios reflexos da vivência social. Se determinada pessoa, estabelecidas as demais variáveis como idênticas, puder optar entre viver em uma cidade com condições ambientais boas e outra que tenha níveis altos de degradação do meio ambiente, não há dúvidas de que selecionará a primeira, à vista do padrão normal de preferências dos indivíduos (utilidades individuais). Nessa linha, há algumas pesquisas que já utilizam o bem-estar ambiental como base em funções de bem-estar social (por exemplo: AMIR, 1995).

Welsch (2007), sob esse raciocínio, vincula a maximização da satisfação pessoal/felicidade individual a melhores condições ambientais, sendo que Fleurbaey (2015) sugere até mesmo a incorporação de indicadores de sustentabilidade ambiental – que é definida por ele como determinados objetivos cuja manutenção seja viável pelas futuras gerações (*intergeracional welfare*) – para a mensuração do nível de bem-estar social.

Dessa forma, estabelecidas essas premissas, algumas conclusões podem ser extraídas da economia do bem-estar: (a) a eficiência de Kaldor-Hicks é um modelo de análise de custos e benefícios sociais, de modo a estabelecer a melhor alocação de recursos em direção ao bem-estar social; (b) o bem-estar social é formado a partir da fusão das utilidades (preferências; satisfação que se retira de determinada

situação) dos indivíduos que compõem a sociedade; (c) não há uma função definitiva para descrever o bem-estar social, segundo a *welfare economics*, mas uma regra básica a ser levada em conta é de que quanto maior for o nível de utilidade individual dos membros da sociedade, maior será o índice de satisfação social (bem-estar social); e (d) o bem-estar ambiental, visto como um padrão ambiental mínimo para a vida em um patamar satisfatório – isto é, em que os impactos causados ao meio ambiente não acarretem impedimentos significativos à vida em sociedade –, deve fazer parte da avaliação do nível de bem-estar de qualquer grupo social.

Por possuir relação intrínseca com o tema aqui desenvolvido, ingressa-se, na próxima seção, no estudo dos danos causados ao meio ambiente.

2.3 Dano ambiental

Não há grande dificuldade em caracterizar o dano ambiental, de forma mais direta, enquanto um prejuízo causado em desfavor da natureza (patrimônio natural da sociedade) ou de outros bens especialmente protegidos pela legislação (bens culturais, por exemplo). Apesar disso, será feita uma breve apresentação do tratamento jurídico que lhe é conferido pela Constituição e leis brasileiras, assim como no âmbito da União Europeia, que possui alguns dispositivos legais mais autoexplicativos.

A grande questão que se suscita – e que interessa diretamente aos propósitos desta pesquisa – é o tratamento dispensado a tal fato pela economia; ou seja, como a ciência econômica enxerga o dano ambiental e qual a sua relação com os conceitos jurídicos. Esse o objetivo da presente seção.

2.3.1 Tratamento jurídico

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu art. 225, *caput*, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o de-

ver de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Em complemento a essa disposição, a Constituição também prevê que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º) (BRASIL, 1988).

Não há, na legislação brasileira, uma conceituação expressa de dano ou lesão ambiental; ao menos não com estas nomenclaturas. No entanto, a Lei n. 6.938/1981 – anterior à Constituição em vigor, portanto, mas por esta recepcionada – trouxe uma definição de meio ambiente em seu art. 3º, I, nos seguintes termos: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Em adição a isso, a mesma lei dispôs sobre o conceito de degradação ambiental (art. 3º, II) da seguinte maneira: “a alteração adversa das características do meio ambiente” (BRASIL, 1981).

Pela lei brasileira, assim, o dano ambiental é vislumbrado enquanto a degradação – alteração adversa/prejudicial – do meio ambiente natural (da natureza, portanto).

No âmbito internacional, a Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho definiu essa matéria de uma forma mais minuciosa e específica, vinculada à ideia de recursos naturais.

A expressão “danos”, por exemplo, restou conceituada como “a alteração adversa mensurável, de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural, quer ocorram directa ou indirectamente” (art. 2º, 2). Em complemento, os “danos ambientais” restaram caracterizados como “danos causados às espécies e habitats naturais protegidos, isto é, quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies” (art. 2º, 1, a), assim como os “danos causados à água” (art. 2º, 1, b) e “ao solo” (art. 2º, 1, c) (UNIÃO EUROPEIA, 2004).

No plano teórico, a dogmática jurídica brasileira, de modo geral, é crítica em relação à simplicidade da previsão legal brasileira e com-

preende o dano ambiental de maneira mais ampla, como o prejuízo a qualquer componente do meio ambiente *lato sensu* – inclusive o patrimônio cultural –, englobando o meio ambiente natural e o cultural (FREITAS, 2002, p. 93-98; LEITE; AYALA, 2014, p. 98-99; STEIGLEDER, 2011, p. 99-107). Trata-se da visão preponderante na doutrina, até pela forte vinculação entre os impactos naturais e a evolução histórico-cultural de qualquer grupo social.

Para os propósitos deste trabalho, no entanto, sem abandonar tal definição – que é amplamente difundida e não acarreta objeções razoáveis –, o dano ambiental será visualizado sob uma forma mais restrita, notadamente em razão dos exemplos que serão trazidos a debate, abrangendo a lesão que atinge e acarreta prejuízos a bens próprios da natureza (componentes naturais do ecossistema), também chamada de “dano ecológico” (ANTUNES, 2000, p. 181-183).

Da mesma maneira, em complemento à noção acima, o meio ambiente será vislumbrado – até em razão de expressa previsão contida no *caput* do art. 225 da Constituição Federal – como um bem que pertence à coletividade, de titularidade difusa e “de interesse público” (SILVA, 1997, p. 56), cuja proteção e preservação são essenciais para a maximização do bem-estar social atual e das futuras gerações (*intergeracional welfare*) (FLEURBAEY, 2015, p. 34-53).

Sobre esse tema, Leite e Ayala (2014, p. 88-91) fornecem a distinção entre os microbens e os macrobens ambientais. Microbens ambientais são os elementos que compõem o meio ambiente (florestas, rios, propriedades de valor paisagístico etc.) e cuja propriedade pode ser pública ou privada; macrobem ambiental, por outro lado, é compreensão do meio ambiente em uma visão globalizada e integrada, ou seja, como de interesse de toda coletividade.

Essa diferenciação, em termos teóricos, é interessante, até com o propósito de eventual imputação de responsabilidade por danos praticados, mas para os fins desta pesquisa o meio ambiente será visualizado como de interesse da sociedade como um todo (de interesse público, conforme linguagem mais usual); enquanto macrobem ambiental, dessa maneira. Não importa, assim, em princípio, se a propriedade é privada ou pública, mas o fato de o patrimônio ambiental estar vincu-

lado a um objetivo comum (da sociedade), uma vez que direcionado à maximização do bem-estar social.

2.3.2 Abordagem econômica

A compreensão dos danos ao meio ambiente em uma abordagem econômica (*economic approach*) – no sentido conferido por Becker (1990) – é distinta da existente na dogmática jurídica e na legislação.

Para a economia, um dano é basicamente uma diminuição da função de utilidade ou lucro da vítima (COOTER; ULEN, 2010, p. 323). Consoante explicado na seção anterior, utilidade é um termo – o qual não possui um sentido exclusivamente material – que descreve as preferências dos indivíduos (VARIAN, 2012, p. 56) ou, em outras palavras, a satisfação que o indivíduo retira de determinada situação (RODRIGUES, 2007, p. 13).

Considerando que o patrimônio ambiental é de interesse de toda coletividade (de todos indivíduos integrantes do grupo social) e que o bem-estar ambiental – padrão ambiental mínimo para a vida em um patamar satisfatório – é abrangido pela compreensão de bem-estar social, conclui-se que a prática de uma lesão ao meio ambiente acarreta diminuição do nível de satisfação dos integrantes da sociedade como um todo. O dano ambiental, portanto, consiste em uma diminuição da função de utilidade individual dos membros de determinada coletividade (grupo social) e, conseqüentemente, uma redução do nível de bem-estar social.

Em complemento a essa noção, os economistas também descrevem os danos que estão fora de acordos privados como externalidades, sendo a finalidade econômica da responsabilidade civil justamente induzir os autores e as vítimas de lesões a internalizarem os custos do dano que pode ocorrer (COOTER; ULEN, 2010, p. 322)¹⁹.

A conduta de alguém causará efeito externo – ou, em outras palavras, criará externalidade – se influenciar ou houver probabilidade de influenciar o bem-estar de outra pessoa, em comparação com um

¹⁹ A responsabilidade civil, que é o principal tema da presente pesquisa, será melhor tratada nas seções 2.6 e 2.7, inclusive com a sua respectiva abordagem econômica.

padrão de referência (SHAVELL, 2004, p. 77-78). As externalidades podem surgir entre produtores, entre consumidores ou entre consumidores e produtores. Elas podem ser negativas, quando a ação de alguém impõe custos a outra pessoa, ou positivas, quando a ação beneficia o outro (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 661-662).

Consoante Rodrigues (2007, p. 42-43), a lembrança tradicional de um problema decorrente da existência de externalidades é a poluição, uma vez que ela gera custos para agentes econômicos que não são responsáveis pela sua existência. Ademais, em um caso de empresa cuja atividade gere poluição em detrimento dos seus vizinhos, a título de exemplo, o custo da poluição não integra os custos que entram no cálculo dessa empresa, a qual toma o bem ou fator de produção – o meio ambiente, nesse caso – sem ser proprietário e sem pagar, produzindo a um custo menor do que o real (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 201-202).

Na mesma linha, Shavell (2004, p. 78-79) arrola vários outros casos clássicos em que se verificam tais impactos externos (externalidades): transtornos/incômodos a vizinhos, comportamento perigoso ou de risco, utilização de bens de uso comum, comportamento salutar e tratamento conferido a propriedades alugadas.

Pelo fato de as externalidades não refletirem de pronto nos preços de mercado, elas podem se tornar uma fonte de ineficiência econômica. Por exemplo, quando uma firma não leva em conta os prejuízos associados às externalidades negativas por ela produzidas, podem ser ocasionados resultados de excesso de produção e de custos sociais desnecessários (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 663-664). Na verdade, tanto nas situações de externalidades negativas quanto nas positivas não há alocação eficiente de recursos, uma vez que nem todos custos e benefícios foram devidamente internalizados pelos perpetradores dos atos que ocasionaram esses efeitos (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 67).

Quando há menção a uma externalidade, portanto, está necessariamente sendo feita referência aos custos ou benefícios que as atividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços: se essa atividade acarreta custos, considera-se que

produziu uma externalidade negativa; se confere benefícios, que gerou uma externalidade positiva. De um ponto de vista econômico, então, a função fundamental do direito é evitar que a existência de externalidades impeça a obtenção de resultados socialmente eficientes (RODRIGUES, 2007, p. 41-42).

Como se observa, o exame dos efeitos ocasionados por externalidades leva de plano a uma análise de custo-benefício. Igualmente, cumpre observar que a sua relação com a noção de eficiência é intrínseca, considerando que as externalidades (negativas ou positivas) podem resultar em situações de ineficiência para o aprimoramento da sociedade (maximização do bem-estar social).

Estes temas – externalidades, análise de custo-benefício e eficiência –, portanto, mostram-se indissociáveis, uma vez que é no plano concreto – ou seja, no exame fático de uma externalidade – que se avaliarão quais os custos e benefícios envolvidos, a efetiva relação entre ambos e o resultado final em termos de bem-estar social. Este é justamente o tema da seção seguinte, especificamente no que se refere ao estudo de danos praticados em desfavor do meio ambiente, sob o enfoque tanto do causador quanto da sociedade.

2.4 Análise de custo-benefício do dano ambiental

A ideia por trás da análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) é muito simples: é uma técnica para mensurar se os benefícios de uma ação são maiores que os custos. Sob o ponto de vista da sociedade, por “ação” devem ser entendidas as decisões intencionais que comprometam recursos (HANLEY; BARBIER, 2009, p. 1-11).

De fato, uma ação individual gera custos e benefícios individuais, mas também pode ocasionar custos e benefícios para terceiros, os quais são chamados de externalidades (negativas ou positivas) pela economia, como visto no tópico anterior. Nestas situações (externalidades), considera-se que a alocação de recursos não se mostrou eficiente, uma vez que alguns custos e/ou benefícios não foram devidamente internalizados pelos perpetradores dos atos analisados (ARAUJO JR.; SHIKIDA, 2012, p. 67-70).

O dano ambiental – que economicamente configura tanto a diminuição de utilidade quanto um custo externo – pode ser visto sob dois olhares distintos: o do seu causador e o da sociedade. E essas visões são completamente opostas, uma vez que a sua prática, ao ser inserida em um exame de custo e benefício exclusivo para o causador e para a sociedade, oferece resultados obviamente contrapostos.

O objetivo da presente seção, assim, é colocar o dano ao meio ambiente sob uma análise de custo-benefício para o praticante da lesão e para a vítima, de modo a se constatar se nessas duas hipóteses se chega, ou não, a um resultado tecnicamente eficiente.

2.4.1 Custo-benefício: para o causador do dano

A lesão ao meio ambiente decorre de uma ação ou omissão (conduta comissiva ou omissiva), que pode ser dolosa ou culposa (intencional ou não). E, da mesma forma, pode ser praticada tanto por uma pessoa física quanto jurídica (LEITE; AYALA, 2014, p. 124-141).

Em quaisquer desses casos, quem possuir ligação direta com a conduta – com a ação ou omissão – e com o resultado danoso será considerado o seu causador (STEIGLEDER, 2011, p. 171-179), e por esse motivo poderá ser responsabilizado no âmbito civil, criminal e administrativo, além da própria obrigação de recuperar o prejuízo (art. 225, § 3º, da CF/1988; art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981). Trata-se da noção denexo causal, que consiste na imputação de responsabilidade a quem, através de uma ação ou omissão, tiver relação direta com determinado dano²⁰.

Excluindo-se a incerta necessidade de recuperação do dano – a qual emerge em um segundo momento, por ocasião da responsabilização –, pode-se perfeitamente vislumbrar a lesão ambiental, para seu praticante (causador), como uma forma de maximização de lucros, considerando que medidas preventivas têm custo e a internalização destas pode refletir na própria atividade desempenhada.

20 Tanto o dano quanto o nexo causal são essenciais para o reconhecimento de quaisquer hipóteses de responsabilização civil, seja ambiental ou não. O dolo e a culpa, por outro lado, não são necessários para a responsabilidade civil ambiental, uma vez que nesta se adota a responsabilização objetiva (*strict liability*) por expressa opção legal. Esses temas serão melhor aprofundados na Seção 2.6.

Uma empresa, por exemplo, ao absorver os custos de prevenção de danos ambientais – em situações nas quais o dano possa decorrer de conduta culposa –, deverá, para não sofrer prejuízos financeiros, repassar esse valor nas demais etapas de produção, refletindo no preço final ao consumidor. E, maior o valor de mercado, evidentemente crescem as chances de redução das vendas de seu produto.

A incorporação dos custos de prevenção de danos ao meio ambiente, portanto, além de cara, não deixa de ser uma medida de risco para a atividade empresarial, já que não se pode prever, com certeza absoluta, os reflexos financeiros futuros.

Da mesma forma, a prática intencional – dolosa – de um dano ambiental, no interesse do causador, também deve ser compreendida como uma atividade de aumento de lucros. Há uma série de motivos a sustentar essa afirmação: como o dano é intencional, presume-se que seja benéfico aos interesses do seu causador; a responsabilização futura não é certa, considerando que a conduta pode até não ser descoberta pelos órgãos fiscalizatórios; e o custo de eventual medida reparatória tem grande probabilidade de ser inferior aos benefícios alcançados com a atividade lesiva.

Sob essas perspectivas, há até quem considere que o dano poderia ser considerado eficiente, exclusivamente do ponto de vista de seu causador, em uma análise de custo-benefício (custo do dano e benefício alcançado). Nessa linha, ao examinar danos praticados em detrimento de consumidores, Fiuza (2010, p. 740) consigna que “ocorre dano eficiente quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano”.

Ocorre que este é um raciocínio que decorre de uma compreensão de eficiência genérica e individualista, economicamente equivocada, uma vez que totalmente dissociada do ideal de evolução da sociedade que norteia a economia do bem-estar (*welfare economics*). Cuida-se, nesta situação, simplesmente de um dano compensador para o seu causador, em detrimento da vítima (outra pessoa ou mesmo a sociedade), mas que de forma alguma poderia ser designado como eficiente; ao menos não sob uma abordagem econômica, como aqui se pretende.

O dano ambiental, dessa maneira, ao ser colocado em uma balança de custos e benefícios individuais do praticante, pende de forma favorável a este, demonstrando que parte dos custos acabou sendo repassada à vítima sem que tenha havido a devida contrapartida. O custo externo (externalidade), em outras palavras, não foi absorvido pelo causador da lesão – ou seja, não foi internalizado –, tornando desigual a relação dos custos e benefícios exclusivamente privados, em prejuízo de terceiros.

A externalidade, portanto, assim como a redução de utilidade dos membros do grupo social, acaba afetando o resultado final dessa análise de custo-benefício. A eficiência, no sentido aqui adotado (Kaldor-Hicks), não foi alcançada, uma vez que o prejuízo foi responsável pela diminuição do patamar de bem-estar da sociedade.

2.4.2 Custo-benefício: para a sociedade (custo social)

Sob o olhar da sociedade, no que se refere à análise de custo-benefício de um dano ambiental não internalizado, o raciocínio é inverso ao anterior, uma vez que ela é quem sofre o custo externo sem a devida compensação em forma de benefício social. Nesta situação, o custo social do dano é elevado e o benefício, caso haja, aproxima-se de um valor nulo; há prejuízo no resultado final pelo fato de a sociedade ser titular do bem atingido.

Apesar disso, o raciocínio definitivo, relativamente ao alcance da eficiência, é o mesmo em ambas situações: tanto sob o foco do causador quanto da sociedade.

Realmente, pelo critério de Kaldor-Hicks, como visto no item anterior, o enfoque do dano ao meio ambiente exclusivamente como maximizador de lucros ao causador é ineficiente, uma vez que prejudicial à coletividade (RODRIGUES, 2007, p. 41-42), sendo que a lesão ao meio ambiente, sob a ótica social, também será obviamente ineficiente, justamente porque não se pode dissociar a eficiência do aumento do nível de bem-estar.

A conclusão inicial a que se chega, dessa forma, é que um dano ao meio ambiente, como regra, será ineficiente para o aprimoramento

social, não importando se a sua prática ocasionou um resultado favorável a seu praticante. A eficiência precisa ser examinada como uma relação interpessoal – entre indivíduos ou entre estes e a sociedade –, e nunca de forma dissociada. Sob o critério econômico de Kaldor-Hicks, cumpre reforçar, uma ação ou escolha só poderá ser enquadrada como eficiente caso de direção à maximização do bem-estar social; essa é uma regra básica para sua correta interpretação.

O desafio que se impõe nessas situações em que a lesão ambiental é praticada consiste em encontrar uma maneira de mitigar a distorção existente na relação custo-benefício, de forma a que o custo externo seja previamente internalizado (absorvido) pelo possível causador. Exatamente com esse objetivo a economia desenvolveu as bases teóricas do princípio do poluidor-pagador, cujas medidas instrumentais a ele vinculadas são tecnicamente aptas à prevenção de danos através da internalização da externalidade a ser produzida em momento futuro. Esse é o tema da seção seguinte.

2.5 O princípio do poluidor-pagador e a prevenção de danos

O princípio do poluidor-pagador²¹ (PPP) consiste em uma política ambiental de alcance internacional, procedente da ciência econômica, amplamente reconhecida pela dogmática jurídica e pela análise econômica do direito.

Suas bases foram estabelecidas no início da década de 1970 – em 1972, mais precisamente – pela Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), de modo a guiar a alocação dos custos e medidas preventivas de poluição entre o governo e o setor privado. Restou definido, em suma, que o poluidor – e não o governo ou a sociedade, de modo geral, salvo poucas exceções – deve assumir o custo de reduzir níveis inaceitáveis de geração de poluição (LUKEN, 2009, p. 3479).

A origem econômica do princípio decorre das duas finalidades que foram apontadas de maneira expressa, na ocasião, pela OECD: encorajar a utilização racional dos recursos ambientais escassos – ingressando

21 A expressão em português é uma mera tradução da designação original do princípio do poluidor-pagador na língua inglesa: *polluter-pays principle*.

em um tema nitidamente econômico, que é a escassez de recursos – e evitar distorções no comércio e nos investimentos internacionais, em razão das diferenças na distribuição dos custos das políticas de proteção do ambiente adotadas por cada país (ARAGÃO, 2014, p. 56).

Posteriormente – ocasião em que ganhou maior destaque e atingiu alcance global –, o PPP veio a ser reconhecido na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, sob a seguinte redação:

Princípio 16. As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais. (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Na Declaração do Rio, como se observa, o princípio do poluidor-pagador foi descrito com forte conotação econômica²² e ficou assentado na premissa de que o poluidor é responsável por assumir a internalização dos custos ambientais (externalidades ou custos externos) a serem produzidos. Em outras palavras, o PPP estipula a necessidade de a pessoa ou empresa que causar dano ao meio ambiente arcar com seu custo de reparação, por se tratar de uma externalidade negativa à sociedade – custo social, portanto – que deve ser internalizada por seu responsável.

Apesar de o princípio ter sua estrutura teórica estabelecida há mais de 40 anos, algumas pesquisas empíricas apontam a existência de impropriedades técnicas quanto à sua adoção em países em desenvolvimento, a partir de reinterpretações equivocadas de suas ideias centrais. Como exemplo, há menção de que em alguns locais a responsabilidade por danos ambientais acaba sendo repassada ao Estado, criando-se a figura do “governo-pagador”, no lugar do “poluidor-pagador”, mesmo que o dano tenha origem em conduta exclusivamente privada (LUPPI; PARISI; RAJAGOPALAN, 2012; LUKEN, 2009).

O PPP, conforme referido, dispõe que é o poluidor quem deve assumir os custos da poluição, sendo que o Estado só deve arcar com essas despesas caso efetivamente seja o responsável pelo dano am-

22 Além de o princípio 16 da Declaração do Rio ter feito referência direta ao “uso de instrumentos econômicos”, também foram utilizadas expressões tipicamente econômicas, como “internalização dos custos ambientais” e “custo da poluição” (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

biental praticado. Na verdade, ao Estado restou o papel essencial de estimular o respeito ao princípio pelos particulares e pelo próprio Poder Público, cabendo a cada país a escolha da maneira como essa intervenção estatal deve se dar.

Juridicamente, Antunes (2000, p. 211-223) foi um dos pioneiros, no âmbito do direito ambiental brasileiro, a reconhecer uma relação expressa entre a AED e o meio ambiente, e o motivo para isso foi justamente a aplicação do princípio do poluidor-pagador (PPP), por ser originariamente um princípio econômico que já se transformou em princípio jurídico. Nessa linha, ele faz uma oportuna distinção entre a responsabilidade por danos e tal princípio, muitas vezes confundida pela dogmática, ao consignar que o elemento que diferencia o PPP da responsabilidade civil tradicional é o fato de aquele buscar afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais, mesmo quando inexistia dano plenamente caracterizado. Dessa maneira, o princípio do poluidor-pagador não está fundado no princípio da responsabilidade, mas na solidariedade social e na prevenção, mediante a imposição da carga pelos custos ambientais aos produtores e consumidores (ANTUNES, 2000, p. 220-221).

De fato, conforme Aragão (2014, p. 108), “o PPP não se reconduz a um simples princípio de responsabilidade civil”. Há semelhanças entre ambos, é fato, mas de plano se pode observar que o princípio do poluidor-pagador cuida, na essência, de danos ambientais futuros a serem causados por pessoas (físicas ou jurídicas) individualizáveis – por isso a internalização prévia dos custos externos –, sendo que a responsabilidade civil ambiental abrange danos já causados, por pessoas físicas ou jurídicas específicas, e eventual abordagem preventiva terá um reflexo mais amplo, tanto para o causador do dano quanto para os demais integrantes da sociedade²³.

A finalidade do PPP, portanto, é preventiva; quanto a isso não há qualquer dúvida. Ele foi criado com o objetivo precípuo de prevenir a ocorrência de danos ambientais, especialmente daqueles decorrentes de poluição (ARAGÃO, 2014, p. 112).

23 A função preventiva da responsabilidade civil ambiental será melhor examinada na *Seção 2.7*.

No âmbito da economia há duas ferramentas²⁴ desenvolvidas de maneira específica para a prevenção direta de danos ambientais anteriormente à prática destes que merecem destaque: a tributação com fins ambientais e o mercado de títulos de poluição. Trata-se de instrumentos econômicos elaborados a partir das ideias fundamentais do princípio do poluidor-pagador, que possuem foco no futuro – e não no passado –, uma vez que objetivam reduzir e/ou obstar a prática de atividades lesivas ao meio ambiente antes mesmo que elas aconteçam.

2.5.1 Tributação com fins ambientais

Uma aplicação prática do princípio do poluidor-pagador é o uso da tributação com fins ambientais (*green taxes* ou *ecotaxes*).

Também chamada de *pollution tax*, trata-se de um caso típico de taxaço²⁵ com fins regulatórios, em oposição aos tributos meramente arrecadatórios. É uma imposição fiscal que força uma empresa poluente a comparar seus custos tributários com os custos em adquirir equipamentos de controle ou redução da poluição, e disso advém seu caráter preventivo (POSNER, 2011, p. 501-507).

Essa forma de tributação, com a função de inibir externalidades, é historicamente denominada de “imposto pigouviano” (*pigouvian tax*) por ter sido tratada pela primeira vez por Pigou (1932, p. 192-194 e 381). Esse autor, na realidade, desenvolve tal instituto de uma maneira bastante superficial, o que não impediu a vinculação de seu nome a ele. Coase (1960, p. 39-40), como já dito (*Subseção 2.1.2*), fez duras críticas à “tradição pigouviana” (*pigouvian tradition*) e a diversas de suas teses doutrinárias, que acabaram sendo propagadas de forma oral (*oral tradition*) sem que tivessem sido trabalhadas, a seu ver, de maneira mais completa (COASE, 1960, p. 39-40).

A tributação ambiental, tecnicamente, configura um instrumento que objetiva a internalização das externalidades à sociedade, de forma prévia e proporcional ao prejuízo a ser causado (nível de poluição, geralmente), e cuja receita retorna em forma de benefício públi-

24 Só serão examinados esses dois instrumentos econômicos, embora haja outros, por serem os mais difundidos e por demonstrarem, de maneira nítida, seu embasamento econômico.

25 A expressão “taxação” é utilizada em sentido amplo, abrangendo quaisquer espécies tributárias.

co. A título de exemplo, a receita fiscal é utilizada como complemento das finanças públicas, na Noruega e Finlândia; direcionada à seguridade social, caso da Alemanha e do Reino Unido; para reduzir tributos trabalhistas, na Itália; ou para subsidiar investimentos em tecnologias não poluentes, também no Reino Unido (AIDT, 2010, p. 31-43).

2.5.2 Mercado de títulos de poluição negociáveis

O sistema dos *tradable permits* ou dos *pollution rights* foi proposto, pela primeira vez, por Dales, em 1968, relativamente à poluição hídrica, como uma forma de ultrapassar as dificuldades oriundas do sistema de impostos. Nesse sistema, inicialmente eram fixadas as quantidades máximas de substâncias poluentes que poderiam ser emitidas para um curso d'água e, depois, o órgão competente deveria criar e/ou pôr à venda um número correspondente de “direitos de poluir” incorporados em títulos, transacionáveis no mercado, cada um deles atribuindo ao adquirente o poder de emitir um certo valor de poluição (ARAGÃO, 2014, p. 179-180).

Utilizado para as situações em que a poluição ocorre durante o processo produtivo, esse modelo se estrutura na emissão de documentos oficiais cuja posse confere ao detentor o direito de poluir até o valor neles estabelecido, de maneira que quanto mais títulos um poluidor tiver, mais poluição poderá ocasionar. Cabe ao responsável, portanto, decidir se adotará medidas para reduzir a geração de danos ambientais ou pagará para continuar poluindo em um nível acima do permitido (ARAGÃO, 2014, p. 180).

Na atualidade, esse instrumento de prevenção de danos ambientais é utilizado, em grande escala, com o objetivo de reduzir a emissão dos gases que causam o efeito estufa²⁶, através dos denominados programas de compensação de carbono (*carbon offsets*) ou mercados de crédito de carbono (*carbon markets*). Há diversos desses sistemas pelo mundo, regulamentados por atos normativos de alcance amplo, como o Protocolo de Quioto (Kyoto Protocol) e o European Union Emission Trading System (EUETS), ou de abrangência mais restrita, como

26 No Brasil são chamados de gases de efeito estufa (GEE), cujo correspondente em inglês é *greenhouse gas* (GHG).

programas regionais na Austrália, nos Estados Unidos e no Canadá (KOLLMUSS et al., 2010, p. 1-7).

A expressão mercado de carbono (*carbon market*) refere-se à compra e venda de créditos de emissões de poluentes (*emission credits*) distribuídos por um ente regulador ou gerados através de projetos de redução de gases de efeito estufa (GEE). Geralmente seis gases são incluídos nesses mercados: dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hexafluoreto de enxofre, hidrofluorcarboneto e perfluorcarboneto. As reduções de GEE são comercializadas na forma de créditos de carbono²⁷, os quais correspondem a uma tonelada de dióxido de carbono ou equivalente (BAYON; HAWN; HAMILTON, 2009, p. 5).

O Protocolo de Quioto foi firmado em 1997, após longa discussão, e ele se destaca, no âmbito do direito internacional, por dois motivos: em primeiro lugar, porque os países participantes decidiram, de forma inédita, definir metas mensuráveis e vinculantes de redução de poluentes, diferentemente dos meros protocolos de intenções característicos das normas internacionais de proteção do meio ambiente; em segundo lugar, porque se trata do primeiro documento de alcance internacional que implementou um esquema de comércio de títulos a fim de reduzir níveis de poluição²⁸ (BROHÉ; EYRE; HOWARTH, 2009, p. 63-64).

No Protocolo de Quioto houve a divisão dos países em listas, incorporadas como anexos, sendo que aos países desenvolvidos e àqueles que na ocasião se encontravam em regime de transição para uma economia capitalista foram estabelecidas metas de redução da emissão de gases relacionados ao efeito estufa em determinados períodos de tempo (artigo 3). Os artigos 6 e 17 do protocolo, em complemento, estabelecem a possibilidade do comércio de emissão de carbono (*emissions trading*), de modo a permitir que esses países possam adquirir “créditos” (títulos de poluição, em outras palavras), caso tenham necessidade, a fim de atingir os compromissos de redução de emissões de gases estabelecidos (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

O Brasil ratificou o Protocolo de Quioto através do Decreto Legislativo n. 144/2002, sendo que, na qualidade de país em desenvol-

27 Utiliza-se comumente a palavra “carbono” para esses programas ou projetos em razão de o dióxido de carbono (CO₂) – ou gás carbônico – ser o gás que mais pode contribuir para o efeito estufa.

28 Esse sistema é conhecido como *cap-and-trade*.

vimento, tem a possibilidade de executar mecanismos de desenvolvimento limpo (*clean development mechanism*) para obter certificados de emissões reduzidas (*certified emission reductions*) (artigo 12), os quais configuram títulos passíveis de negociação – créditos de carbono, portanto – com os países constantes no artigo 3, de modo a auxiliar estes a alcançar seus objetivos traçados e ainda estimular o próprio desenvolvimento econômico sustentável (BRASIL, 2002b).

Os mercados de créditos de carbono ou de outros títulos de poluição, dessa forma, são exemplos típicos de instrumentos econômicos de execução do princípio do poluidor-pagador. O caráter preventivo atinente ao princípio, nestes programas, insere-se tanto na necessidade de os países atingirem metas de redução de poluição²⁹ quanto na opção a ser definida, por cada país, entre a aquisição de créditos ou a implantação efetiva de medidas redutoras da emissão de gases poluentes. O custo decorrente do mercado, em termos finalísticos, incentiva a adoção de estruturas de redução da poluição. Mas para que isso ocorra, em uma análise de custo-benefício, o valor do título deve necessariamente ser maior do que a instituição dessas providências preventivas (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 358).

Estabelecidas essas premissas acerca do PPP, bem como das principais ferramentas econômicas a ele vinculadas, cumpre referir que no presente texto, entretanto, o foco principal será diferente, especificamente na responsabilidade civil, em que pesem algumas semelhanças entre ambos.

Na realidade, o enfoque preventivo do princípio do poluidor-pagador será utilizado como fundamento da hipótese a ser apresentada. Tomaremos como base casos em que o dano ao meio ambiente já foi causado, de forma acidental ou intencional, e como essa prática poderia ser aproveitada, de forma eficiente, a fim de se evitar a sua reiteração pelo infrator e demais integrantes da sociedade. Em outras palavras, será buscada a resposta à seguinte pergunta: Como é possível tornar a prática de um dano ambiental desinteressante (prejudi-

29 Assim como na possibilidade de países em desenvolvimento (no caso do Protocolo de Quioto) implantarem programas ambientalmente sustentáveis objetivando a constituição de créditos de carbono negociáveis.

cial) ao seu causador, de modo que esse resultado tenha reflexo em situações futuras, assumindo um caráter preventivo eficiente?

Esse será o tema específico da *Seção 2.7*, sendo que o tópico a seguir oferecerá os embasamentos dogmáticos essenciais acerca de tal instituto jurídico, além de algumas medidas de cunho jurídico e econômico pertinentes existentes no âmbito do *common law*.

2.6 Responsabilidade civil: premissas básicas

Responsabilidade civil é uma expressão, ao menos no Brasil, que oferece um contraponto ao conteúdo da responsabilidade criminal. De fato, enquanto a responsabilidade criminal se refere à possibilidade de alguém ser responsabilizado com sanções penais (prisão ou outras medidas alternativas) pela prática de um fato definido como crime, a responsabilidade civil é a possibilidade de alguém ser responsabilizado com imposições civis, geralmente compreendidas em ordens de reparação e condenações indenizatórias, por ter praticado um dano em desfavor de outra pessoa.

A responsabilidade civil, por conseguinte, consiste na obrigação de reparar um dano causado a outrem; é a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2004, p. 331). Um delito, por exemplo, pode sujeitar seu praticante à responsabilização criminal e, ao mesmo tempo, à responsabilização civil. É o caso de alguém que comete um homicídio, podendo ser condenado a uma pena de prisão (responsabilidade criminal) e a pagar uma indenização à família da vítima (responsabilidade civil).

Inicialmente, antes de ingressar no exame da responsabilidade civil ambiental e sua abordagem econômica, cumpre fazer breves considerações acerca dos principais aspectos atinentes a esse instituto jurídico.

2.6.1 Aspectos dogmáticos

No âmbito da dogmática jurídica brasileira vige a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, que decorre da existência de culpa ou

dolo do agente, visando a estabelecer a obrigação de reparar um dano praticado em prejuízo de outra pessoa. Ou seja, só se pode ser civilmente responsabilizado nos casos em que a conduta – omissiva ou comissiva – seja intencional (dolosa) ou decorrente de imprudência, negligência e imperícia (culpa) por parte do causador da lesão (LEITE; AYALA, 2014, p. 134).

No entanto, o Código Civil brasileiro estabelece, em seu art. 927, parágrafo único, a obrigação de reparar danos “independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002a). É exatamente nesta exceção que ingressa a responsabilização civil em decorrência de danos ao meio ambiente, a qual está consignada especificamente em lei.

A responsabilidade civil ambiental, portanto, é objetiva, conforme previsão expressa do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, o qual dispõe que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (BRASIL, 1981). Em que pese tal lei ser anterior à atual Constituição Federal – que estabelece, no art. 225, § 3º, a “obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988) –, compreende-se que foi por esta plenamente recepcionada, mantendo-se intacta a responsabilização objetiva do causador de dano ambiental (LEITE; AYALA, 2014, p. 140).

Dessa forma, no que se refere aos danos praticados em detrimento do meio ambiente, a determinação do nexo de causalidade (a quem se deve atribuir um resultado danoso) acaba sendo o pressuposto mais importante de responsabilização civil, já que ela é imputada independentemente de dolo ou culpa do causador. Assim, se o liame entre a ação/omissão e o dano for identificado, a responsabilidade restará caracterizada (STEIGLEDER, 2011, p. 171).

Sobre esse tema, verifica-se que a grande maioria dos estudiosos do direito (juristas), advogados, juízes e, provavelmente, cidadãos, parece assumir que a principal função da responsabilidade civil – não apenas a ambiental – é providenciar às vítimas do dano uma justa compensação pelo mal que lhes foi causado (SHAVELL, 2004, p. 267-268).

Esse objetivo compensatório é a ideia que impera na sociedade, seja entre os operadores jurídicos, seja no âmbito da sabedoria convencional.

De fato,

[...] a função reparatória da responsabilidade civil encontra-se atrelada à sua incidência *post factum*, em que o instituto somente tem lugar após a ocorrência de um dano concreto. No seu paradigma clássico, a responsabilidade civil encontra-se comprometida com a reparação dos danos pretéritos, decidindo sobre situações já concretizadas no passado. (CARVALHO, 2013, p. 98-99).

A reparação de danos, portanto, geralmente pela via indenizatória, destaca-se como o objetivo histórico da responsabilidade civil, de acordo com a dogmática tradicional; há, inclusive, um certo consenso nesse sentido, caracterizando-se eventual impacto preventivo de lesões como efeito colateral a ser bem-vindo (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 109-110). Praticada uma lesão, a vítima tem direito à sua recomposição.

Trata-se, basicamente, de uma forma de buscar a justiça ao lesado em uma situação específica, sem maiores preocupações com eventuais impactos coletivos e no aprimoramento da sociedade (bem-estar social). Essa realidade, porém, não é a encontrada no âmbito do sistema do *common law*, no qual a responsabilidade civil possui um evidente propósito preventivo e de orientação das condutas sociais, consoante se verá no tópico a seguir.

2.6.2 Sistema do *common law*: o perfil econômico das *punitive damages*

A responsabilidade civil (*civil liability*) é tratada de forma parcialmente distinta no âmbito do *common law* e do *civil law*. Enquanto no primeiro (*common law*) o denominado *tort law* se restringe à reparação civil dos danos causados de forma não intencional e/ou acidental – impondo-se a obrigação legal de o causador do prejuízo compensar financeiramente o lesado (*liability*) –, a responsabilidade civil no Brasil, que segue o padrão do *civil law*, abrange as condutas culposas e as dolosas (COOTER; ULEN, 2010, p. 319-321; SHAVELL, 2007, p. 1).

No direito brasileiro, assim, a responsabilização civil engloba tanto os atos ilícitos danosos acidentais (*tort law*) quanto os intencionais, que são designados, na tradição do *common law*, como *intentional*

torts (LANDES; POSNER, 1981) ou *intentional faults* (COOTER, 1982) e recebem, em tal sistema, um tratamento muito parecido com o conferido às condutas delitivas (crimes).

Na realidade, o *common law* – e aqui reside sua principal distinção do *civil law* – tem a economia (uma abordagem econômica do comportamento humano com seus respectivos reflexos sociais) nitidamente em sua essência; ou seja, possui a eficiência como objetivo econômico do sistema, uma vez que a força dos precedentes acaba impactando de forma direta na condução dos rumos da sociedade (POSNER, 2011, p. 21-33). Ao contrário do direito brasileiro, em que a preocupação jurídica preponderante é com a justiça no caso concreto, no conjunto do *common law* há uma relação intrínseca com a noção e aplicação da eficiência (Kaldor-Hicks), no sentido de maximização do bem-estar social.

Pode-se afirmar, portanto, que o *common law* possui um nítido enfoque econômico. Trata-se de um modelo jurídico esquematizado para, de maneira dinâmica, induzir comportamentos sociais em determinados sentidos, de modo a se elevar o bem-estar da sociedade. Por esse motivo é que sua relação é tão intensa com o conteúdo da eficiência.

E, em termos de eficiência, ganham destaque no âmbito do *common law* a previsão e a utilização de *punitive damages* (indenizações punitivas) quando da imposição de responsabilização civil pela ocorrência de danos. *Punitive damages* são sanções – ou seja, indenizações com caráter punitivo – aplicadas, principalmente no âmbito do *tort law* e do *intentional tort*, com duas funções de grande relevância social: *deterrence* (prevenção) e *punishment* (punição). Por *deterrence* compreende-se o uso das sanções para influenciar comportamentos e maximizar o nível de bem-estar social; por *punishment* entende-se a imposição de sanções de modo a satisfazer o desejo de retribuição da vítima em relação ao causador do dano (POLINSKY; SHAVELL, 2009, p. 228-229).

Como se observa, o sistema do *common law* prevê, de forma específica, por ocasião da responsabilização civil, uma medida para induzir comportamentos em direção ao aprimoramento social. A *punitive damage* foi gerada exatamente como instrumento a ser utilizado para aprimorar e ampliar a função preventiva da reparação de danos ilícitamente causados (VISSCHER, 2009, p. 236).

O Judiciário norte-americano possui inúmeros casos em que condenações civis, com o uso de *punitive damages*, alcançaram valores monetários muito elevados³⁰, justamente objetivando a alteração de algumas condutas consideradas equivocadas em termos de bem-estar da coletividade. Admite-se, portanto, que uma pessoa, condenada a ressarcir determinada lesão causada a outrem, possa ser obrigada a assumir uma despesa extra, servindo como modelo aos demais, em nome da eficiência e do bem-estar comum.

O exemplo clássico é o da cliente do McDonald's que derramou café quente em seu colo, sofrendo queimaduras graves, e obteve vitória em processo judicial contra a empresa, a qual se obrigou, em um primeiro momento, a arcar com condenação de 2,9 milhões de dólares³¹. Também há o caso do assaltante que, ao fugir do local do crime, desarmado e de costas para um agente policial, foi atingido por disparo de arma de fogo e ficou paraplégico. Nesta situação, o assaltante recebeu uma indenização no montante de 4,3 milhões de dólares. Por fim, igualmente se destaca o caso do estudante de uma escola que sofreu uma queda ao tentar saltar sobre uma rede de voleibol estendida rente ao chão, quando o treinador responsável havia deixado o ginásio de esportes em que ela estava localizada, e ficou tetraplégico. Neste último exemplo, a escola do distrito do aluno foi condenada a um valor de 18 milhões de dólares em seu benefício (ENGHAGEN; GILARDI, 2002, p. 53-54).

Em todas situações acima descritas, a finalidade das condenações em valores tão elevados não é a de compensar o lesado, mas de efetivamente mudar comportamentos futuros até então praticados na sociedade. Com relação ao caso da queimadura, o objetivo era de alterar as condições de segurança nas vendas de café quente (temperatura do líquido, qualidade do recipiente etc.); no do assaltante, de definir que

30 Uma crítica muito grande em relação ao uso de *punitive damages* é a falta de simetria em condenações. A casos semelhantes, por exemplo, são impostas indenizações punitivas de montantes extremamente diferentes, a depender do corpo de jurados. Kahneman, Schkade e Sunstein (1998), a partir dessas situações, realizaram um estudo e constataram que o júri geralmente tem um mesmo padrão de reprovação da conduta lesiva, o que, entretanto, acaba não se refletindo de maneira uniforme na estipulação de condenações em dinheiro. Para resolver esse problema, os autores realizaram um estudo psicológico dos motivos que levam os jurados a definir determinados valores, em dólares, a título de *punitive damages*, e propuseram um modelo, designado como *outrage model*, a fim de guiar a estipulação dessas indenizações.

31 Posteriormente o valor foi reduzido para 640 mil dólares, sendo 160 mil enquanto compensação pelo dano e 480 mil a título de *punitive damages* (ENGHAGEN; GILARDI, 2002, p. 54).

um policial só pode atirar em um suspeito de crime caso haja uma ameaça concreta a ele ou outra pessoa; e, no do aluno da escola, de assegurar que os professores sempre permaneçam nos ambientes em que haja qualquer risco à segurança das crianças e adolescentes sob os cuidados da instituição de ensino.

Em termos dogmáticos, diz-se que uma condenação a título de *punitive damage* se trata de determinada quantia pecuniária – em adendo e independentemente de eventual indenização compensatória a que possa ter direito o ofendido – imposta como forma de sanção a um ato ilícito altamente reprovável, cuja função é a de punir o ofensor e de prevenir o cometimento de novos ilícitos. Para a sua imputação, logo, obrigatoriamente deve ser analisada a reprovabilidade da conduta do agente responsável pelo ato danoso, a qual é geralmente considerada elevada quando for cometida de maneira maliciosa (*malicious*), intencional (*intentional, willful* ou *wanton*) ou temerária (*reckless*) (SERPA, 2011, p. 26 e 62-65).

Apesar desses argumentos, pode-se constatar que a denominada indenização punitiva (*punitive damage*) possui evidente natureza econômica, e não jurídica, como antes destacado. A dogmática a ela relacionada – até em razão do subjetivismo em analisar a efetiva reprovabilidade da conduta do agente – traduz-se mais como fundamento para fins de motivação necessária do ato judicial do que de modo a revelar a verdadeira essência do instituto.

Sobre isso, aliás, Posner (2011, p. 315-320) parece ter razão quando afirma existir uma lógica econômica implícita no *common law*, através do qual se forma uma rede eficiente – ao menos em tese – de indução de comportamentos sociais³². E, nessa linha, a utilização de *punitive damages* ganha destaque para reforçar esse seu direcionamento.

No Brasil, de modo geral, a dogmática jurídica não admite a utilização de indenizações punitivas em condenações decorrentes de responsabilização civil. Os fundamentos, em sua maioria, são no sentido da ausência de previsão legal específica para as *punitive damages* e da regra de proibição de enriquecimento sem causa constante no art.

32 Conforme referido na *Subseção 2.1.1.*

884 do Código Civil³³ (BRASIL, 2002) (SERPA, 2011, p. 214-234). Por outro lado, Araújo Filho (2014) afirma haver uma certa tendência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicabilidade de *punitive damages* (ou, como denomina, teoria do valor do desestímulo) no direito brasileiro, de forma restrita aos casos que envolverem conduta dolosa ou praticada com culpa grave, ressaltando, ainda, a vedação de enriquecimento sem causa.

Feitas essas considerações, deve-se frisar que não há interesse, aqui, em transpor as ideias do *common law* ao Brasil; isso não corresponde à finalidade do presente trabalho, levando-se em conta inclusive que os sistemas são distantes e, em muitos aspectos, inconciliáveis. O que se pretende, nesta pesquisa, é dar um foco afastado do padrão doutrinário tradicional para a responsabilidade civil – uma abordagem econômica, conforme referido –, com fundamentos e justificativas de condutas humanas também diferentes, cujo resultado acaba se assemelhando ao do *tort law* (eficiência), embora sendo plenamente aplicável ao direito nacional.

2.7 Responsabilidade civil ambiental: uma abordagem econômica

Estabelecidas essas premissas básicas da responsabilidade civil objetiva ambiental e a comparação entre os modelos reparatórios do *common law* e do *civil law*, ingressa-se, nos tópicos seguintes, na tese – em formato inicial de hipótese de pesquisa – do trabalho propriamente dita.

2.7.1 Responsabilidade civil e a prevenção de danos ambientais

Consoante referido na seção anterior, a dogmática jurídica brasileira ainda vê, como regra geral, a responsabilidade civil estritamente vinculada à função básica de reparação, ou seja, de compensação pelo dano causado. Na sociedade contemporânea, porém, tem ganha-

³³ Relativamente ao beneficiário da indenização punitiva, uma vez que as *punitive damages* costumam alcançar valores extremamente elevados. Haveria, com esse raciocínio, um ganho a favor da vítima em um montante muito superior ao dano sofrido, ocasionando uma situação de enriquecimento sem causa.

do destaque um caráter funcional de prevenção, através da criação de incentivos para a adoção de determinadas condutas, de forma a “influenciar o comportamento das pessoas para que elas previnam acidentes que possam ser prevenidos sob a perspectiva do bem-estar social” (BATTESINI, 2011, p. 103-109).

Com relação à terminologia, aliás, deve-se destacar que alguns autores, no âmbito da doutrina exclusivamente jurídica, diferenciam o sentido das expressões “prevenção” e “precaução” quando tratam dos princípios do direito ambiental, vinculando a precaução às situações específicas em que haja incerteza científica³⁴ – por exemplo: Steigleder (2011, p. 163-170), Sands (2003, p. 266-279) e Whiteside (2006, p. 117-143). Para os objetivos deste trabalho, no entanto, eles serão tratados como sinônimos, uma vez que esse é o sentido conferido pela bibliografia econômica³⁵.

No âmbito da dogmática ambiental, verifica-se que a admissão desse aspecto preventivo/precaucional da responsabilidade civil ainda é tímida, inclusive em razão de uma suposta dificuldade de sua implementação (LEITE; MELO, 2007, p. 210).

Constata-se, principalmente em textos mais recentes, uma tendência em aceitar a dupla função da responsabilidade civil ambiental – recomposição e prevenção de danos –, embora façam a ressalva de que este último efeito não deva ser a sua preocupação principal, assumindo um enfoque secundário (STEIGLEDER, 2011, p. 156-159; ARAGÃO, 2014, p. 214; LEITE, 2015, p. 216-228). Em sentido semelhante, também podem ser encontradas algumas posições doutrinárias isoladas no sentido de que a função preventiva estaria no mesmo nível de importância da reparação ambiental, impondo-se a viabilidade

34 O princípio da prevenção está relacionado à eliminação dos perigos comprovados, enquanto que o da precaução determina que a ação para eliminar os possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta (LEITE; MELO, 2007, p. 205). Sobre o princípio da precaução, Sunstein (2005) possui uma posição crítica bastante curiosa, em que aponta a suposta incoerência de tal instituto e o fato de ser visto sob um alcance exagerado, e para isso apresenta três “passos” que deveriam ser seguidos em seu lugar: um princípio anticatástrofe, para os riscos mais sérios; atenção redobrada aos custos e benefícios sociais, e uma abordagem chamada de “paternalismo libertário” (que será tratada no *Tópico 3.1.1.2*).

35 Fornasier (2014), por outro lado, em artigo no qual oferece uma abordagem econômica ao risco nanotecnológico, utiliza o princípio da precaução em seu sentido mais difundido na dogmática jurídica.

de de a responsabilização civil atacar, de uma só vez, tanto a danosidade passada quanto a potencial (BENJAMIN, 1998, p. 14-16)³⁶.

Por outro lado, especificamente do ponto de vista da análise econômica do direito, diz-se que “determinada regra de responsabilização é desejável se fornece incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades” (PORTO, 2012, p. 180-200). O caráter preventivo, dessa maneira, a partir de uma abordagem econômica, desponta como o principal objetivo de um sistema de responsabilidade civil eficiente, através do qual ele adquire contornos comportamentais direcionados ao bem-estar da sociedade. Este raciocínio é aplicável, de forma inclusive mais evidente, em casos de responsabilização por danos ao meio ambiente, em que a vítima/lesado não é um particular, mas o próprio grupo social.

Em questões ambientais, a responsabilização civil é objetiva – independentemente de dolo e culpa (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981) – e a recuperação do dano causado é uma imposição constitucional (art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988), como já dito, justamente porque se trata de um patrimônio ideal, finito e essencial. O caráter reparatório da responsabilidade civil, portanto, é obrigatório nesses casos.

Apesar disso, nada impede – sendo altamente recomendável – que essa reparação assuma uma feição preventiva em prol da sociedade; isto é, que a reparação do dano ambiental induza comportamentos futuros (no causador e demais indivíduos) especialmente direcionados à preservação (ou não deterioração) do meio ambiente. Em suma, que a recomposição ambiental assuma um perfil preventivo eficiente para a maximização do bem-estar social (eficiência de Kaldor-Hicks).

Esse foco preventivo conferido à reparação civil acaba por aproximá-la do princípio do poluidor-pagador, também com finalidade precaucional (ARAGÃO, 2014, p. 213-215), conforme visto na *Seção 2.5*. Porém, constatam-se várias diferenças entre ambos, principalmente quanto ao momento da internalização do dano, a outros custos

³⁶ Benjamin (1998, p. 16-17) foi um dos primeiros, relativamente à dogmática jurídica ambiental, a utilizar expressões tipicamente econômicas em seus textos, como “externalidades ambientais” e “custos sociais ambientais”, ainda que sem fazer uma correlação com o *law and economics*.

a serem internalizados³⁷, ao momento da prevenção e à relação final entre o custo e o benefício social³⁸.

De modo a facilitar o exame deste tópico, a tabela a seguir reproduz as principais diferenças existentes entre tal princípio (PPP) e a responsabilização civil por danos ao meio ambiente:

Tabela 1 – Diferenças entre o PPP e a responsabilidade civil ambiental

	Princípio do poluidor-pagador	Responsabilidade civil ambiental
Momento da internalização do custo social pelo causador	Previamente à prática de eventual dano ambiental, como regra.	Posteriormente à prática do dano ambiental, através da recomposição do bem ao estágio natural ou indenização.
Outros custos a serem internalizados pelo causador	Nenhum, em regra.	Custos (monetário e/ou de imagem, p. ex.) necessários para se conferir um caráter preventivo à reparação civil.
Momento em que assume uma eficiência preventiva	Antes da prática de qualquer dano ambiental, como regra.	Após a prática do dano ambiental, por ocasião da reparação civil.
Relação custo-benefício social	Equalização virtual da relação custo-benefício social.	Em tese, mais benefícios do que custos sociais, ao final da reparação, para se alcançar um caráter preventivo.

Feitas essas considerações, cumpre examinar de forma específica como a reparação civil pode alcançar um direcionamento preventivo em questões envolvendo danos ambientais; ou seja, medidas aptas à precaução de novas condutas lesivas.

³⁷ No caso da reparação civil ambiental, a mera recomposição do dano é obrigatória, mas insuficiente para que assuma um objetivo preventivo. Assim, outros custos (novas indenizações, por exemplo) deverão ser acrescidos à conta final do causador do dano, para que se torne um exemplo de conduta a ser evitada.

³⁸ Em complemento à nota anterior, a relação entre o custo e o benefício para a sociedade deverá, ao final da reparação civil, pender para este (benefício social), já que outros custos (a serem revertidos à sociedade) foram adicionados às custas do causador do dano ambiental.

2.7.2 Medidas jurídicas aptas à prevenção de danos

Para os propósitos deste trabalho, parte-se, de plano, do fato de que grande parte das atividades danosas ao meio ambiente não encontra uma solução espontânea e/ou consensual e acaba efetivamente chegando ao Poder Judiciário – provocado pelo Ministério Público ou outros órgãos de proteção ambiental –, de modo a se buscar uma solução definitiva aos seguintes problemas: quem deve reparar o dano e de que forma isso deve ser feito. É conveniente, dessa maneira, que a proposta que ora se faz – prevenção eficiente através da responsabilidade civil – seja centrada nas medidas a serem determinadas por magistrados quando proferem decisões reparatórias de lesões ao meio ambiente em processos judiciais.

Sem prejuízo de outras medidas porventura necessárias, três desde já se destacam: (a) exigência de recuperação integral do dano como regra absoluta; (b) condenação por danos morais coletivos em valores indenizatórios significativos; e (c) publicização da decisão judicial. Primeiramente elas serão examinadas de forma individualizada e, em seguida, aplicadas de forma teórica a dois casos práticos.

2.7.2.1 Recuperação integral do dano ambiental

Inicialmente, reitera-se que a recomposição do dano ambiental ao seu estágio original decorre de mandamento constitucional. Mas, por mais óbvio que essa exigência possa parecer – é até uma questão de lógica jurídica –, ela é simplesmente ignorada ou relativizada em várias situações, geralmente amparada em argumentos atécnicos de impossibilidade de recuperação do espaço natural.

O que se observa é que há um evidente receio, por parte do Poder Judiciário, de determinar algumas medidas mais drásticas para se retomar o *status quo ante* de determinado ambiente danificado. Um exemplo típico é o caso de demolição de construções em locais protegidos pela legislação ambiental. Amparando-se em justificativas vagas (a construção é antiga; a demolição pode causar novos danos ambientais; não haverá ganho significativo com a demolição; muitos particulares serão prejudicados; proporcionalidade etc.), alguns juízes

acabam permitindo a perpetuação da lesão ao meio ambiente, apenas condenando o causador a arcar com uma indenização a título de danos materiais ao patrimônio ambiental³⁹. E na hipótese de o valor a ser imposto a título indenizatório não ser elevado, o resultado final de uma análise de custo-benefício se torna extremamente favorável ao particular, em prejuízo da sociedade, configurando um estímulo a comportamentos que deveriam ser evitados.

Assim, em primeiro lugar, deve obviamente ser exigida a reparação integral do dano, entendida esta como a recomposição do ambiente ao seu estágio natural original, justamente para que a externalidade negativa criada seja anulada. Trata-se simplesmente da internalização, *a posteriori*, do custo externo suportado pela sociedade, titular do patrimônio ambiental degradado. A substituição dessa reparação por indenização deve ser extremamente excepcional; havendo qualquer possibilidade de recomposição integral (ou parcial⁴⁰) da lesão, ela deve ser implementada.

Relativamente às hipóteses excepcionais de indenização por prejuízo ao patrimônio ambiental, também é importante destacar que muitas vezes elas acabam gerando mais problemas do que soluções. A valoração econômica de danos ao meio ambiente é um assunto bastante polêmico, não só no ambiente jurídico⁴¹, mas também no pericial, inexistindo uma classificação universalmente aceita sobre as técnicas a serem adotadas.

No entanto, podem ser identificados os seis principais métodos de valoração de bens e serviços ambientais, os quais, apesar de suas limitações, se apresentam como ferramentas úteis para os seus objetivos quantificadores: método de valoração contingente (MVC) – o mais amplamente utilizado –, método custos de viagem (MCV), método de preços hedônicos (MPH), método dose-resposta (MDR), método custo de reposição (MCR) e método de custos evitados (MCE) (NOGUEIRA; MEDEIROS; ARRUDA, 2000, p. 93-101).

39 Uma situação nesses moldes será examinada no *Capítulo 3*, em razão da aplicação de questionários com esse exemplo para subsidiar uma pesquisa empírica.

40 Nessa situação, recupera-se parte do ambiente atingido e o restante é convertido em montante indenizatório.

41 Muitos juízes acabam fazendo um arbitramento monetário dos danos ambientais sem o uso de critérios técnicos ou com base comparativa em outras condenações semelhantes.

Após a reparação do dano, ingressa-se na análise das medidas específicas que objetivam conferir um direcionamento preventivo à responsabilidade civil, e ambas (sugestões *b* – dano moral coletivo – e *c* – publicização da decisão judicial – acima referidas) são um *plus* ao custo social a ser absorvido pelo causador do dano. Na tabela comparativa reproduzida anteriormente (*Tabela 1*), ingressam como “outros custos a serem internalizados pelo causador”.

2.7.2.2 Condenação por danos morais coletivos

O dano moral, também conhecido como dano extrapatrimonial, qualifica-se, em linha de princípio, “como tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”, cuja “reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento”, impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, agravando o patrimônio daquele ao mesmo tempo em que proporciona a este uma reparação satisfativa (CAHALI, 2005, p. 22 e 44).

De modo geral, a doutrina brasileira identifica, em conjunto com o fim reparatório – que seria a essência do instituto –, um caráter punitivo nas sanções decorrentes da prática de dano moral, com o objetivo de desestimular novas condutas lesivas (BITTAR, 1999, p. 232-239; SANTOS, 2016, p. 124-133). Moraes (2003, p. 263-264), em sentido parcialmente divergente, admite essa finalidade sancionatória em hipóteses específicas, entre as quais a reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos (relação de consumo, direito ambiental etc.). Nestes casos, “a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido” (MORAES, 2003, p. 263).

Especificamente quanto aos danos extrapatrimoniais relacionados a direitos difusos – danos morais coletivos, portanto –, trata-se de

temática que historicamente gerou divergências na doutrina e na jurisprudência brasileira, havendo posicionamentos por sua viabilidade ou pela impossibilidade.

A dogmática do direito ambiental, de forma ampla, sempre se inclinou pela possibilidade da reparação de danos morais coletivos em casos de lesões praticadas em desfavor do meio ambiente, seja sob o argumento de que haveria uma efetiva lesão ao direito de personalidade difuso dos grupos humanos (STEIGLEDER, 2011, p. 149), seja sob a alegação de que, quando o interesse ambiental atingido é difuso, o dano extrapatrimonial ambiental é considerado objetivo (e não subjetivo), decorrente do mero prejuízo proporcionado a valor imaterial coletivo – ou seja, a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida –, sem necessidade de demonstrar eventual sentimento negativo suportado pela sociedade (LEITE; AYALA, 2014, p. 293).

Todavia, sem ampliar esse debate acadêmico, parte-se do pressuposto de que essa matéria já restou resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que

[...] o dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. (STJ, RESP n. 1269494, 2ª Turma, rel. Eliana Calmon, j. 24.9.2013)⁴².

Retornando ao assunto anterior – perfil sancionatório do dano extrapatrimonial –, cumpre reconhecer que, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, o dano moral coletivo ambiental, transformado em valor a ser indenizado, possui efetivamente um caráter punitivo. Essa característica inclusive é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em inúmeros julgamentos abrangendo danos morais

42 No mesmo sentido: STJ, RESP n. 1410698, 2ª Turma, rel. Humberto Martins, j. 23.6.2015; STJ, RESP n. 1198727, 2ª Turma, rel. Herman Benjamin, j. 14.8.2012.

– não só coletivos –, nos quais, em que pese a ausência de digressões jurídicas mais consistentes quanto a isso, houve a opção expressa por se conferir um objetivo repressivo à indenização (PÜSCHEL, 2007, p. 23-29).

Na realidade, em uma abordagem econômica não ganham relevo os argumentos jurídicos a serem utilizados para sustentar a viabilidade da imposição de condenação por lesões extrapatrimoniais causadas à sociedade; reconhecida sua possibilidade (em razão de precedentes jurisprudenciais), é suficiente a constatação de que ela efetivamente se presta a interferir em situações fáticas, através da punição, e com isso auxiliar na prevenção de novos danos ao meio ambiente, mediante estímulo comportamental individual e coletivo. Trata-se, a decisão judicial condenatória por danos morais coletivos, de medida com uma nítida base econômica, superando – e muito – seu fundamento dogmático.

De fato, a recomposição do dano não passa de uma absorção (internalização) da externalidade produzida em prejuízo social, e por isso é cogente. Mas para que se chegue a um foco de prevenção, o causador deve suportar novos custos que induzam o seu comportamento – e de outros que tiverem conhecimento da condenação. Um desses custos necessários é exatamente a condenação a uma indenização por causar danos morais à coletividade (que é titular do bem atingido), a qual, fixada em valores não modestos, transforma a lesão causada em algo prejudicial a seu praticante e servirá de exemplo aos demais membros da sociedade.

O dano moral coletivo, nestas situações, adquire a função econômica de *deterrence* (prevenção), como a existente nas indenizações punitivas (*punitive damages*) desenvolvidas pelo *common law*⁴³. Por isso a existência de uma certa semelhança entre tais institutos. A diferença essencial, porém, é que o dano moral é perfeitamente reconhecido pelo direito brasileiro, inclusive com finalidade persuasória, sem que haja necessidade de importar o instrumento existente no sistema jurídico estrangeiro.

43 Apresentadas na *Subseção 2.6.2*.

2.7.2.3 Publicização da decisão judicial

Por fim, outro custo que deve ser assumido pelo causador do dano é quanto à sua imagem perante a sociedade. Nessa linha, a publicização da decisão judicial condenatória consiste em um prejuízo evidente à percepção social existente quanto ao causador do dano, especialmente à vista da atual necessidade mercadológica das empresas em serem vistas como “ecologicamente corretas” perante seus consumidores.

Realmente, na sociedade de hoje, em que o meio ambiente acabou assumindo também uma faceta de modismo com reflexos comerciais, o *marketing* ecológico (*green marketing*) tornou-se uma forte estratégia de interferência no mercado de consumo. Há estudos, inclusive, que consignam a influência positiva da imagem de empresas socialmente responsáveis – comprometidas com o desenvolvimento sustentável, por exemplo – no comportamento de seus clientes, incentivando estes a adquirirem seus produtos (KO; HWANG; KIM, 2013).

Igualmente, essa publicidade, em complemento ao dano moral coletivo, se presta a divulgar aos demais indivíduos (futuros agressores do meio ambiente) as medidas tomadas, de forma a que se sintam desestimulados a praticar eventuais danos ambientais, em razão do alto custo (monetário e quanto à imagem) com o qual poderão ter que arcar; ou seja, uma indução comportamental para que danos semelhantes não sejam praticados.

Dessa forma, há uma integração entre diversos elementos – recomposição do dano, indenização por danos morais coletivos, decisão judicial condenatória e a publicização desta – que, juntos, resultam em um ganho eficiente à proteção do meio ambiente (prevenção/precaução), de forma a recompor e maximizar o bem-estar social (eficiência de Kaldor-Hicks).

2.7.2.4 Exemplos práticos

Para melhor avaliar as medidas acima apresentadas, sob um direcionamento de eficiência preventiva, serão examinados dois casos emblemáticos de danos ao meio ambiente – um acidental e outro proposital – em conjunto com tais propostas. Em que pese a responsabi-

lidade civil na temática ambiental ser objetiva, independentemente de dolo ou culpa do causador, como dito anteriormente, convém essa análise no caso concreto, caso seja possível, porque isso pode – e deve – refletir no *quantum* de eventuais condenações.

Trata-se de duas situações verdadeiras, ocorridas na zona costeira do Estado do Rio Grande do Sul, que foram judicializadas pelo Ministério Público Federal e se encontram em instrução processual, sem decisão definitiva do Poder Judiciário.

O primeiro caso é um vazamento de petróleo, em grandes proporções, cuja mancha atingiu a praia e impediu o acesso público a ela durante dois dias. Não houve mortandade visível de animais e o trabalho de limpeza do local foi rápido e efetivo. Para a limpeza da área afetada foi utilizado dispersante, um produto tóxico autorizado pelo órgão ambiental em situações excepcionais. Não é possível avaliar de forma segura o verdadeiro impacto ambiental do vazamento e do uso do dispersante a longo prazo, mas há unanimidade de posicionamento no sentido de que ambos, em razão da toxicidade duradoura, são negativos para a qualidade da água e sobrevivência da fauna aquática.

Trata-se de uma situação não intencional, em que o derrame de petróleo foi atribuído à empresa responsável pelo transbordo do produto até o continente (transporte do petróleo através de mangotes e dutos marinhos), uma vez que uma válvula de segurança instalada em meio a esse sistema sofreu uma pane, ocasionada por falhas em sua manutenção, e resultou no dano referido.

Examinando este caso, pode-se ver que as medidas antes propostas se encaixam de forma perfeita ao objetivo preventivo proposto.

De fato, apesar de o vazamento ter sido contido e a limpeza ter-se procedido de forma rápida e eficaz, cumpre destacar que ela não é completa, uma vez que grande parte do produto vazado e de seu dispersante se uniu à água do mar, sendo impossível mensurar o dano integral ao meio ambiente. Assim, há necessidade, de plano, de se impor uma condenação por prejuízo ao patrimônio ambiental, uma vez que uma parcela do dano não pode ser mais recuperada, através de valoração técnica.

Além disso, exige-se idêntica imposição de condenação por danos morais à coletividade, justamente para que se confira um caráter preventivo à responsabilização civil. Busca-se, com este ponto, a adoção de medidas precaucionais mais eficientes por parte da empresa transportadora do petróleo pela via aquática, como a utilização de equipamentos mais modernos, manutenção periódica, investimento em novas tecnologias etc.

Por fim, a última sugestão é de divulgação da decisão judicial em veículos de comunicação, para que as condenações – a serem arbitradas/valoradas em valores significativos, frisa-se – sirvam de exemplo para outros futuros infratores, isto é, empresas que exerçam atividades semelhantes com produtos altamente poluentes, tal qual a situação narrada.

O segundo caso é de uma construção de condomínio horizontal de casas em local nobre (rente à praia) e ambientalmente protegido (área de preservação permanente, nos termos da legislação), com licenciamento ambiental autorizado pelo órgão competente a partir de argumentos atécnicos. Nesta situação, portanto, houve uma conduta dolosa, por parte do empreendedor, somada à permissão e omissão estatal, incorrendo em grave dano ao meio ambiente.

Após o ajuizamento de ação judicial, o Poder Judiciário acabou permitindo a continuação da obra, que até então estava em estágio intermediário. Foi elaborada uma perícia no decorrer da instrução processual, a qual concluiu que o condomínio foi construído em área protegida, acarretando significativas lesões ao ambiente costeiro, formado por cordões de dunas e vegetação de restinga, e *habitat* de espécie animal em extinção.

Nesta situação, a primeira providência judicial final a ser tomada é obrigatoriamente a expedição de ordem de demolição do condomínio, a retirada dos entulhos e a execução de projeto de recuperação de área degradada (PRAD), a cargo do causador do dano. Em síntese, é o retorno do ambiente ao seu *status* original. Em seguida, tal qual o caso anterior, deve-se condenar o infrator a um valor a ser arbitrado a título de danos morais coletivos e proceder à publicização do julgamento, com objetivos precaucionais para novas condutas lesivas semelhantes, conferindo eficiência preventiva à recuperação civil a ser desenvolvida.

A dúvida que remanesce, neste último caso, é da responsabilização a ser conferida ao órgão ambiental estadual, que conduziu o licenciamento do empreendimento. Nesse sentido, por estar diretamente vinculado à prática lesiva, não sendo caso de mera omissão fiscalizatória, também deverá ser condenado em razão dos danos causados, proporcionalmente à sua participação nos atos questionados.

Nas duas situações relatadas, como visto, há plena viabilidade de adoção das providências referidas no presente texto, as quais, acredita-se, conferem um raciocínio finalístico à problemática do dano ambiental, exatamente o resultado almejado pela análise econômica do direito em prol do bem-estar social.

3 Responsabilidade civil e a indução de comportamentos ambientalmente preventivos: uma pesquisa empírica

No capítulo anterior foi elaborada a hipótese central do trabalho: a indução de comportamentos sociais ambientalmente preventivos através da responsabilidade civil, mediante a adoção, por magistrados, ao proferirem decisões reparatórias de lesões ao meio ambiente em processos judiciais, de algumas medidas pontuais, quais sejam, exigência de recuperação integral do dano causado, condenação do responsável por danos morais coletivos em valores indenizatórios significativos e publicização da decisão judicial.

No entanto, em que pese a aparente efetividade dessas sugestões – conforme exemplos anteriormente examinados –, ainda pende a confirmação se realmente irão funcionar, ou seja, se as medidas podem de fato induzir comportamentos sociais ambientalmente preventivos. Para isso foi realizada uma pesquisa empírica, de modo a testar a hipótese desenvolvida e confirmar, ou não, sua veracidade.

Esse, portanto, é o objeto deste capítulo: a apresentação do experimento realizado e a análise dos seus resultados. Inicialmente, porém, serão feitas breves explanações acerca do *behavioral law and economics* e, em seguida, da aversão à perda e dos vieses da disponibilidade e da ancoragem, uma vez que eles foram utilizados na mon-

tagem da pesquisa e resultaram em algumas discussões interessantes decorrentes das respostas aos questionários dadas pelos participantes.

3.1 A integração entre o direito e a economia comportamental

A economia comportamental (EC) pode ser definida, resumidamente, como “o estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas. A EC emprega principalmente a experimentação para desenvolver teorias sobre a tomada de decisão pelo ser humano” (SAMSON, 2015, p. 25).

Durante anos, a economia comportamental (*behavioral economics*) foi considerada uma linha de pesquisa dentro da psicologia econômica. No entanto, dado que a psicologia estuda comportamentos em geral e pode se apoiar em diferentes teorias para fazer isso, estudar comportamentos econômicos mais detidamente não chegou a gerar maior conexão dentro da disciplina. Já na economia, introduzir o fator comportamental provocou quase uma revolução, pois estudos dessa natureza desafiavam os seus pilares estruturais, em especial o que vinha sendo considerado o principal, o do *homo economicus*, o ser humano racional, com suas decisões sempre no sentido de otimizar benefícios e capacidade de aprender com a experiência (FERREIRA, 2015, p. 167).

Thaler (2015, cap. I, seção 1), uma figura central na instituição da economia comportamental, sendo considerado um de seus fundadores, sempre foi um grande crítico da concepção racional do ser humano estabelecida pela economia, uma vez que se teria criado um modelo a partir da mera substituição do *homo sapiens* por uma criatura ficcional chamada de *homo economicus*, que ele prefere designar como *Econ*, de maneira simplificada. Comparado com o mundo fictício dos *Econs*, os *Humans* – seres humanos reais, em contraposição aos *Econs*, que não existiriam em um mundo verdadeiro – fazem muitas “besteiras”⁴⁴, e isso significa que os modelos econômicos contêm muitas previsões equivocadas, as quais inclusive podem ocasionar resultados graves. A título de exemplo, nenhum economista conseguiu prever a chegada

44 A expressão original é “Humans do a lot of misbehaving”, com o sentido de que as pessoas agem de maneira errada, em uma clara referência ao título do livro (*Misbehaving*).

da crise de 2007/2008 e, pior que isso, muitos pensavam que o baque econômico e suas consequências sequer seriam possíveis de ocorrer.

De fato, considerando que a economia é o estudo de como os recursos escassos são alocados em função da existência de interesses ilimitados, a economia comportamental foca mais especificamente em como as decisões envolvendo recursos escassos são alocadas; em outras palavras, a economia comportamental é o estudo de como o comportamento humano afeta a alocação de recursos. Enquanto os modelos de microeconomia clássica pressupõem que as pessoas tomam decisões com o propósito único de se beneficiarem (modelo de escolha racional), a economia comportamental se concentra no fato de as pessoas sistematicamente se desviarem da melhor decisão possível e de que maneira isso pode repercutir na eficiência alocativa (JUST, 2014, p. 1-2).

Ariely (2008) chama esse desvio sistemático da melhor decisão de conduta “previsivelmente irracional” (*predictably irrational*), embora haja o costume de se dizer, no âmbito da economia comportamental, que os tomadores de decisão possuem racionalidade limitada (*bounded rationality*), e por isso ocorrem essas distorções em seus julgamentos e escolhas, tendo-se uma ação tida por racional como parâmetro (KOROBKIN; ULEN, 2000, p. 1075-1076).

A expressão *bounded rationality* significa, sob esse raciocínio, o fato de os indivíduos possuírem uma série de limitações em suas habilidades cognitivas, no acesso às informações e em outros recursos necessários ao processo de tomada de decisões que resultam, conseqüentemente, em escolhas erradas, fora do padrão racional. Por causa dessas limitações, as pessoas acabam simplificando o processo de tomada de decisões ao restringir o leque de escolhas possíveis, limitar as características dos resultados a serem considerados ou não considerar de maneira total as relações entre escolhas e resultados (JUST, 2014, p. 8-10).

Segundo Kahneman (2003, p. 1469-1470), a maioria dos julgamentos e escolhas é feita de maneira intuitiva, sendo que as regras que governam as intuições são geralmente similares às regras de percepção. Assim, a característica central dos agentes não é de que raciocinam de maneira deficiente, mas o fato de que frequentemente

agem de maneira intuitiva; o comportamento dessas pessoas não é guiado pelo que eles podem avaliar, mas pelo que conseguem ver em determinado momento. Por isso, então, ocorrem os desvios sistemáticos das ações que seriam consideradas racionalmente mais vantajosas.

Trata-se, utilizando a linguagem da psicologia, das heurísticas – os atalhos intuitivos para encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, a perguntas difíceis –, que, por conseguinte, conduzem a vieses cognitivos, os erros sistemáticos no processo de tomada de decisões (KAHNEMAN, 2012, p. 10-14 e 127-129). As heurísticas nem sempre são ruins, já que economizam parte do processo decisório, mas elas efetivamente podem levar a sérios equívocos comportamentais (SUNSTEIN, 1999, p. 139).

O termo “heurística” foi inventado por Polya, em 1945, com o objetivo de explicar como os matemáticos pensavam, a fim de recomendar tal método aos seus estudantes. A heurística, nesse enfoque, diferenciava-se do algoritmo, que é uma regra com condições muito claras de aplicação, ou seja, sempre leva ao que se pretende. Em sentido oposto, a heurística é uma regra sem condições muito claras de aplicabilidade, e que nem sempre chega a um resultado útil. Kahneman e Tversky apropriaram-se dessa ideia de heurística para explicar os vieses nos comportamentos das pessoas, e a grande maioria de seus trabalhos foi norteada por esse raciocínio (BARON, 2014, p. 10-11).

As pesquisas em economia comportamental rotineiramente se dão através de experimentos, e estes basicamente se centram em duas categorias de análise: julgamento e escolha. As pesquisas sobre julgamentos tratam do processo que as pessoas usam para estimar probabilidades; as sobre escolhas lidam com os processos que levam as pessoas a selecionar uma ação entre outras possíveis, levando em conta qualquer julgamento relevante que possam ter feito (CAMERER; LOEWENSTEIN, 2004, p. 9-12).

Sobre esse tema, os trabalhos conjuntos de Kahneman e Tversky – os quais futuramente resultaram no recebimento do Prêmio Nobel de Economia pelo primeiro, ocasião em que Tversky já havia falecido – exerceram grande influência na área econômica, sendo considerados como verdadeiros fundamentos da economia comportamental. Rela-

tivamente aos julgamentos (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974) e às escolhas – tomada de decisões sob incerteza (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979; KAHNEMAN; TVERSKY, 1984) –, os autores trouxeram o enfoque das heurísticas e dos vieses à ciência econômica, tradicionalmente vinculados à psicologia, concluindo que efetivamente há erros sistemáticos nas decisões tomadas pelos indivíduos; isto é, as pessoas possuem preferências intuitivas que violam consistentemente as regras da escolha racional (KAHNEMAN, 2012, p. 11-19).

Na opinião de Cooter e Ulen (2010, p. 9-10), o futuro do *law and economics*, cuja grande parcela de sucesso veio da aplicação da teoria da escolha racional da decisão à análise de questões jurídicas, reside na ocorrência de duas evoluções: a primeira é o desenvolvimento do denominado “direito e economia comportamental” (*behavioral law and economics*), que tenta levar em conta alguns desvios sistemáticos previsíveis quando da discussão do direito; e a segunda evolução é o maior uso de técnicas empíricas para avaliar a lei, de maneira a apurar a sobrevivência de uma teoria após sua confrontação com os fatos.

De fato, assim como ocorrido em relação à economia clássica, a qual subsidiou a integração direito-economia através do desenvolvimento da análise econômica do direito, surgiu uma linha alternativa de estudo do direito e suas respectivas implicações sociais a partir dos fundamentos da economia comportamental, denominada de *behavioral law and economics* (BLE), que será tratada no tópico seguinte.

3.1.1 *Behavioral law and economics*: breves considerações

A economia clássica propõe que os indivíduos maximizam suas utilidades a partir de um conjunto estável de preferências e acumulam uma quantidade ótima de informações em uma variedade de mercados. Esse conceito de racionalidade é o verdadeiro ponto de suporte do pensamento microeconômico, o qual desenvolve suas teorias a partir do fato de que os indivíduos agem racionalmente, o que permite que os modelos desenvolvidos sejam dotados de capacidade preditiva. Esse pressuposto, obviamente, acabou repercutindo na compreensão do direito enquanto fato social com reflexos econômicos, uma vez que, em qualquer das perspectivas jurídicas, a utilização do

instrumental da economia admite a capacidade das pessoas de reagir a incentivos ou desincentivos, sob a presunção de um comportamento considerado racional (SANTOLIM, 2015, p. 408-409).

Na medida em que o direito pressupõe o comportamento racional do ser humano, então, como poderia ser feita a integração direito-economia comportamental, tal qual ocorrida quando da elaboração da análise econômica do direito? Na realidade, não há qualquer impedimento para que essa relação funcione pelo fato de a *behavioral economics* se tratar meramente de uma evolução dos pilares que estruturam a economia tradicional, cujo raciocínio pode perfeitamente ser transposto à abordagem econômica do direito. De fato, a economia comportamental, conforme Thaler (2015, cap. I, seção 1), não é uma disciplina distinta da ciência econômica; ainda é a economia, mas elaborada com fortes injeções de boa psicologia e outras ciências sociais.

O *behavioral law and economics* é recente, se comparado ao desenvolvimento do *law and economics*. O primeiro artigo com conteúdo formador foi apresentado por Jolls, Sunstein e Thaler, em 1998⁴⁵, e o seguinte, por Korobkin e Ulen, em 2000, e desde então houve uma produção acadêmica mais significativa nessa área (KOROBKIN, 2011, p. 1653-1656).

No entanto, antes mesmo desses trabalhos, o *law and economics* já possuía um ponto de contato com a economia comportamental, em razão de artigo elaborado por Thaler, em 1980, em que foi estabelecida uma relação entre o teorema de Coase e o chamado “efeito dotação” (*endowment effect*), que consiste na tendência de recusa das pessoas em se desfazerem de bens que possuam ainda que não tenham efetuado a sua compra. Neste estudo, concluiu-se que na presença do efeito dotação as disposições atinentes ao teorema de Coase – no sentido de que a alocação de direitos a uma pessoa ou outra não afetará os resultados se os custos de transação forem suficientemente baixos – não permaneciam válidas. Com isso, logo, rompeu-se o modelo de

45 No mesmo ano da publicação do trabalho de Jolls, Sunstein e Thaler (1998a), Posner (1998) divulgou um texto em que teceu comentários relativos àquele artigo, reconhecendo que o direito pode beneficiar-se de alguns *insights* da economia comportamental, mas que, de forma geral, o *behavioral law and economics* é bastante criticável e de nenhuma maneira poderia superar a teoria da escolha racional, base da economia e da análise econômica do direito tradicional. Em seguida, Jolls, Sunstein e Thaler (1998b) publicaram um novo artigo, agora como um contraponto ao elaborado por Posner.

racionalidade, fundamental não só à economia clássica, mas também à análise econômica do direito (JOLLS, 2007, p. 116-119).

O *behavioral law and economics*⁴⁶ envolve tanto o desenvolvimento quanto a incorporação à análise econômica do direito dos *insights* comportamentais retirados de vários campos da psicologia (JOLLS, 2007, p. 116). O BLE caracteriza-se, então, como o aprimoramento da abordagem conferida pelo *law and economics*, mediante o uso de uma concepção mais precisa das escolhas feitas pelos indivíduos – de racionalidade limitada, como dito –, refletindo melhor compreensão do comportamento humano e de sua essência. Através da economia comportamental, por exemplo, é possível dar forma e prever comportamentos relevantes para o direito com as ferramentas da análise econômica tradicional, porém com previsões e prescrições jurídicas mais apuradas. Parte-se do pressuposto, portanto, de que o comportamento humano é sistemático e que pode ser modulado (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998a, p. 1473-1475).

Korobkin (2011, p. 1673-1674) afirma que o BLE acabou vencendo a “batalha” travada com os defensores da economia clássica, uma vez que a maioria dos estudiosos da ciência econômica acabou cedendo, com o tempo, à constatação de que os seres humanos tomam decisões equivocadas de forma rotineira, com características de racionalidade limitada –sustentadas por heurísticas –, no lugar de assumirem um comportamento que sempre lhes traga resultados mais vantajosos. Até mesmo um crítico do *behavioral law and economics*, como Posner (2002, p. 2), sem abandonar o padrão de comportamento racional, conferiu a este uma certa flexibilização, afastando a ideia de hiper-racionalidade humana, de ausência de emoção, egoísta, onisciente etc., que a psicologia cognitiva classifica como irrealista.

Segundo Rachlinski (2011, p. 1690-1696), a principal influência para o desenvolvimento inicial do *behavioral law and economics* foi, indiscutivelmente, o trabalho de Kahneman e Tversky, mais especificamente o denominado “paradigma das heurísticas e vieses”, então

⁴⁶ Também chamado, em um momento inicial, de *law and behavioral science*, por Korobkin e Ulen (2000, p. 1057), ou, posteriormente, de *behavioral economic analysis of law*, por Korobkin (2011, p. 1655).

utilizado para o estudo dos julgamentos e das escolhas. Por esse motivo, esse autor argumenta que o BLE possuiria uma base muito maior da psicologia cognitiva do que da própria economia, o que inclusive poderia ocasionar maior dificuldade de se efetivar a integração entre os princípios psicológicos e as pretensões do sistema jurídico.

Na realidade, a economia comportamental, disciplina que confere suporte ao *behavioral law and economics* e que traz uma bagagem consistente da psicologia cognitiva, é mais simples de ser justificada a partir de pesquisas empíricas do que com fundamento em teorias ortodoxas; esse é um fato difícil de contra-argumentar. Sua estrutura é, sem dúvida, experimental, já que foi com base no empirismo que surgiram os principais questionamentos que relativizaram a adoção plena que havia relativamente à teoria da escolha racional, e isso é o que a torna única e desperta tanto interesse na comunidade científica (HAYDEN; ELLIS, 2007, p. 653-657).

Em termos práticos, há dois instrumentos de aplicação das ideias centrais do *behavioral law and economics* que merecem destaque neste texto: *debiassing through law*, que trata da economia comportamental vinculada à incidência das normas jurídicas a seus destinatários, e *nudge*, que envolve um intercâmbio da economia comportamental com as políticas públicas. Ambos possuem em comum o fato de objetivarem o combate aos vieses cognitivos, com a consequente indução de comportamentos em determinado sentido, o qual é considerado melhor para o bem-estar das pessoas⁴⁷.

3.1.1.1 *Debiassing through law*

A expressão *debiassing through law*, que em tradução literal significa “desenviesar através do direito” ou “desfazer vieses através do direito”, foi criada por Jolls e Sunstein (2006a) para oferecer uma aplicação explícita das ideias atinentes à economia comportamental na estruturação de sistemas jurídicos.

⁴⁷ Deve ser ressaltado que o desfazimento de vieses e o *nudge* não são as únicas aplicações concretas do *behavioral law and economics*. Jolls (2007, p. 126-136) apresenta, além do *debiassing through law*, um rol de outros exemplos, que são denominados por ela da seguinte maneira: “*distributive legal rules*”, *discovery rules in litigation*, the “*business judgment*” rule in corporate law, rules governing contract renegotiation e the content of consumer protection law.

Tais autores levam em conta o pressuposto de que a racionalidade limitada (*bounded rationality*) é relevante para a formulação da legislação, o que não chega a ser uma novidade; a diferença reside no enfoque que foi dado. Enquanto o comportamento decorrente da racionalidade limitada é geralmente utilizado para justificar uma estratégia de isolamento, de modo a proteger o resultado das regras legais relativamente às pessoas enquadradas como perfeitamente racionais, Jolls e Sunstein propõem o raciocínio de que as leis devem ser elaboradas para que possam operar diretamente nesse comportamento irregular (*boundedly rational behavior*), com o objetivo de ajudar os indivíduos destinatários das normas jurídicas a reduzirem ou eliminarem as limitações a que estão sujeitos, decorrentes das heurísticas e vieses. As leis, então, devem ser feitas com o objetivo de desfazer vieses cognitivos. Com isso, estaria viabilizada uma resposta estatal – política legislativa – mais direta, mais democrática e menos intrusiva ao problema de *bounded rationality* (JOLLS; SUNSTEIN, 2006a, p. 200-201).

Na verdade, artigos anteriores já trabalhavam a ideia de desfazimento de vieses aplicados ao direito, mas eles estavam centrados em questões processuais, como na formulação de acordos com efeitos jurídicos (BABCOCK et al., 1995) e nas decisões judiciais (RACHLINSKI, 2000). Há outros estudos, mais recentes, que também tratam especificamente do impacto dos vieses nas decisões judiciais, como o trabalho de Yeung (2010), ou que propõem maneiras de se evitar tais influências, como o de Hugh e Dekker (2009) e de Freitas (2013). Landeo (2009), em sentido semelhante, apresenta um estudo empírico das tentativas de reforma das leis estaduais relacionadas à responsabilidade civil nos Estados Unidos – as quais têm o objetivo de restringir os valores condenatórios de *punitive damages* ou proceder à divisão de responsabilidade com o Poder Público –, em que ele analisa o impacto a ser causado na conduta dos litigantes processuais, inclusive utilizando como base o *debiasing through law*.

O trabalho de Jolls e Sunstein (2006a, p. 201-201), por outro lado, dá ênfase a uma forma diferente e mais ampla de *debiasing*, praticada diretamente a partir do direito material, chamada de *debiasing through substantive law*. A título de exemplo, os autores oferecem técnicas de desfazimento de vieses diversos, com suporte em pesqui-

sas empíricas, em relação aos seguintes ramos do direito: segurança do consumidor, direito empresarial, propriedade e agenciamento (JOLLS; SUNSTEIN, 2006a, p. 207-224).

No mesmo ano da publicação do artigo referido, Jolls e Sunstein (2006b) elaboraram outro trabalho, desta vez já utilizando como referencial a tese contida no estudo anterior, em que o foco foi o viés implícito de preconceito, que existe ainda que não se tenha consciência das próprias condutas discriminatórias perpetradas. Em suma, os autores discutem, no plano teórico, estratégias de desfazer tais vieses através do direito material (*debiasing through substantive law*). Mais recentemente, Jolls (2015) publicou uma pesquisa empírica, também com o mesmo marco teórico de fundo, em que estuda o impacto das informações visuais em produtos no comportamento dos consumidores – para fins de *debiasing* –, como os alertas de alto índice de gorduras em alimentos e as imagens de pessoas debilitadas nas carteiras de cigarros, por exemplo.

O *debiasing through law*, portanto, é o modelo-padrão de conexão do direito com a economia comportamental, que tende a ser mais bem explorado a partir de novos experimentos empíricos. É uma das grandes tendências do *behavioral law and economics*.

Em complemento, ingressa-se, no tópico seguinte, no tema relativo ao *nudge*, que também envolve uma aplicação prática da *behavioral economics* no exercício da atividade estatal, mas que pode, ou não, estar conectada ao direito.

3.1.1.2 Nudge

Para Kahneman (2012, p. 466), o livro *Nudge*, de Thaler e Sunstein (2009), “é o manual básico para aplicação de economia comportamental às políticas públicas”⁴⁸. A palavra *nudge* pode ser traduzida para o português como “cutucada” ou “empurrão”, e integra concepções maiores, chamadas pelos autores de paternalismo libertário e arquitetura de escolhas.

⁴⁸ Sunstein (2014b) elaborou uma nova obra, posteriormente, como uma espécie de continuação do livro original, em que aprofunda algumas abordagens nele desenvolvidas e rebate as críticas que se seguiram ao trabalho lançado em coautoria com Thaler em 2009.

O paternalismo libertário (*libertarian paternalism*), considerado como um novo “movimento” por Thaler e Sunstein, é uma expressão que conjuga duas palavras que aparentam contradição, o que foi feito de maneira proposital para lhe conferir mais destaque. O aspecto libertário reside na concepção de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem; os indivíduos, basicamente, devem ter liberdade de escolha. A palavra libertário, quando ligada a paternalismo, significa simplesmente que neste haverá preservação da liberdade. Já o aspecto paternalístico consiste na pretensão, por parte dos arquitetos de escolhas, de tentar influenciar o comportamento das pessoas de modo a tornar suas vidas mais longevas, mais saudáveis e melhores; é uma intenção, portanto, de conduzir as escolhas dos indivíduos em direções que irão melhorar suas vidas. Uma política é considerada paternalística, dessa maneira, se tenta influenciar as escolhas individuais em determinado sentido conferindo melhores condições para a tomada de decisão, sendo que a palavra final sempre será da pessoa a ser beneficiada (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 5-6).

O paternalismo libertário, então, é um tipo de paternalismo (intervenção) relativamente fraco, suave e não intrusivo, uma vez que as escolhas, ainda que erradas, não são bloqueadas. Se os indivíduos preferirem fumar cigarros, comer muitos doces, escolher um plano de saúde inapropriado ou não economizar para a aposentadoria, os paternalistas libertários não os irão forçar a agir em sentido oposto; irão simplesmente dar “empurrões”, “cutucadas”, para uma direção que tornará sua vida melhor. Essa é a essência do *nudge* (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 6).

O paradigma do *libertarian paternalism* inclusive foi utilizado por Korobkin (2009) para sugerir o *libertarian welfarism*, que consiste em uma ampliação do objetivo atinente ao instituto de origem, isto é, fazer uso de *nudges* para aprimorar não só a qualidade de vida individual, mas de modo a maximizar o bem-estar de toda sociedade.

A arquitetura de escolhas (*choice architecture*) é um conceito que se integra às noções de paternalismo libertário e *nudge*. Trata-se, em suma, da organização do contexto no qual as pessoas tomam suas decisões. Um arquiteto de escolhas, em um mero arranjo do contexto em que o indivíduo está inserido, pode exercer influência no processo

de tomada de decisões, justamente através de *nudges*. É o caso, por exemplo, da disposição de alimentos mais saudáveis em uma cafeteria, de modo a incentivar o consumo destes em detrimento de comidas sem a mesma qualidade (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 1-4).

Na verdade, a arquitetura de escolhas está presente em inúmeros locais e contextos. Ela existe sempre que ingressamos em cafeterias, restaurantes, hospitais e padarias; quando selecionamos uma hipoteca, um carro, um plano de saúde ou um cartão de crédito; quando ligamos um *tablet* ou um computador e visitamos nossos *websites* favoritos (incluindo os governamentais), os quais darão destaque a alguns tópicos em detrimento de outros, ou mesmo quando requeremos licença para dirigir veículos ou solicitamos benefícios previdenciários e assistenciais (SUNSTEIN, 2014b, *Introduction*).

Korobkin (2014), por exemplo, utilizou a arquitetura de escolhas para apontar uma solução à crise dos custos dos seguros de saúde nos Estados Unidos. Em resumo, ele apresenta a arquitetura de escolhas necessária para incentivar a aquisição de planos de saúde em níveis adaptados a cada paciente, o que reflete na abrangência do seguro contratado e no respectivo preço.

Um *nudge*, dessa forma, é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que modifica o comportamento humano em um sentido previsível, mas sem inviabilizar as demais opções e sem mudar de maneira significativa seus incentivos econômicos. Para ser considerado *nudge*, a intervenção deve ser fácil e barata de se evitar, uma vez que não consiste em uma ordem coercitiva. Colocar frutas na altura dos olhos dos consumidores conta como *nudge*; banir o consumo de *junk food*, não (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 6).

O uso de *nudges* pode se dar tanto na iniciativa privada quanto no setor público, embora seja neste que ganhe mais destaque, em razão do grande alcance das políticas direcionadas à sociedade. No âmbito da administração pública, aliás, talvez a melhor maneira de os incorporar seja através das instituições já existentes, a fim de se evitar o incremento de novos custos. No entanto, alguns países, como o Reino Unido e os Estados Unidos, optaram pelo estabelecimento de “unidades de *nudges*”, que são novas instituições formadas por pessoas que

têm o objetivo específico de fornecer alguns *insights* comportamentais a serem executados pelo governo em suas atividades administrativas (SUNSTEIN, 2014a, p. 587-588).

Sunstein (2014a, p. 585-587) destaca dez *nudges* que são, a seu ver, os mais importantes na formulação de políticas públicas: (a) regras *default* (inscrição automática em programas, padrão de impressão nos dois lados da folha etc.); (b) simplificação (simplificar formulários, por exemplo); (c) uso de normas sociais (informar o que a maioria das pessoas faz, a fim de incentivar comportamentos no mesmo sentido); (d) aumento da facilidade e conveniência (reduzir as barreiras às mudanças de comportamentos, como dar maior visibilidade a comidas saudáveis); (e) divulgação (divulgar dados aos consumidores, como o consumo de energia de aparelhos domésticos, juros do cartão de crédito etc.); (f) alertas (alertas à saúde, por exemplo, tais quais as feitas em embalagens de cigarros ou em alimentos com alto índice de gorduras); (g) estratégias de compromisso prévio (como o comprometimento com o objetivo de parar de fumar); (h) lembretes (*e-mails* ou cartas lembrando obrigações que estejam por vencer, por exemplo); (i) evocação de intenções de implementação (trazer à mente das pessoas as intenções de implementar certa atividade, tal qual o questionamento se alguém pretende votar, de modo a incentivar essa conduta); e (j) informação sobre a natureza e consequências das escolhas passadas (informar o valor das contas de energia dos meses anteriores, a título de exemplo).

As regras *default* são, provavelmente, os *nudges* mais eficazes a serem utilizados pelo Poder Público. Elas são utilizadas, exemplificando, na inscrição automática das pessoas em planos de aposentadoria (SUNSTEIN, 2014a, p. 585). No Brasil esse *nudge* foi implantado, através de uma lei, para tornar automática a inscrição dos novos servidores públicos federais no regime de previdência complementar que havia sido criado três anos antes, uma vez que não estava ocorrendo o volume de adesões pretendido – que até então precisava de manifestação expressa do interessado –, em que pese se tratar de um plano extremamente vantajoso para os recém-ingressantes no serviço público em comparação com outros planos de previdência privada.

Essas são, de forma resumida, as linhas centrais que fundamentam a utilização de *nudges* em políticas públicas, que pode inclusive ocorrer através de medidas legislativas, como visto. O tópico seguinte abordará uma forma alternativa de aplicação da economia comportamental no direito, denominada de aproveitamento de vieses cognitivos para aprimorar a tomada de decisões, que igualmente tem o propósito de se alcançar objetivos socialmente relevantes através de estímulo comportamental.

3.1.2 Aproveitamento de vieses cognitivos para aprimorar a tomada de decisões

Conforme referido, os principais instrumentos em que há um intercâmbio expresso entre a economia comportamental e o direito são o *debiasing through law* e o *nudge*, e ambos são, de modo geral, reconhecidos como eficientes pela comunidade acadêmica. No presente trabalho, no entanto, será conferido um enfoque distinto, fazendo-se uso da economia clássica em conjunto com a economia comportamental para se conferir uma abordagem econômica integrada a fenômenos jurídicos.

As pessoas, como dito anteriormente, estão sujeitas a atalhos mentais conhecidos como heurísticas, que podem levar a tomadas de decisões equivocadas e, conseqüentemente, a erros de escolha sistemáticos, os quais são chamados de vieses cognitivos; essa é a base psicológica da economia comportamental. Ocorre que tanto o *debiasing through law* quanto o *nudge* se destinam a corrigir vieses. Isto é, estabelecidos os equívocos comportamentais, eles funcionam como instrumentos para que as pessoas possam se desviar deles, direcionando as escolhas individuais em um sentido considerado melhor para seu próprio bem-estar.

Mas esses vieses – ou outras características comportamentais, como a aversão à perda – não podem, de alguma maneira, ser aproveitados em prol do bem-estar social? Em outras palavras, não se pode simplesmente aproveitar a existência de vieses cognitivos ou outras demonstrações tecnicamente irracionais nas pessoas como uma maneira de se chegar a determinados objetivos destinados à maximização do bem-estar social e ambiental? É exatamente isso que será testado.

Loewenstein e Haisley (2008, p. 227-228) chamam esse uso dos vieses com objetivos benéficos de aproveitamento de vieses cognitivos para aprimorar a tomada de decisões (tradução livre de *harnessing decision biases to improve decision making*), expressão esta que foi incorporada neste trabalho. Um exemplo apresentado por estes autores, com esse raciocínio, é de explorar a aversão à perda das pessoas a fim de as incentivar a perder peso⁴⁹. Foi constatado que os participantes de um programa de emagrecimento perderam mais peso ao aderir a um contrato de depósito, em que mantinham quantias com seu terapeuta e só receberiam valores de volta caso tivessem progresso no objetivo traçado. Concluiu-se que esse programa deu mais resultados do que simplesmente pagar pela perda de peso aos participantes, justamente em razão da aversão à perda do montante então depositado.

Em complemento a esse tema, Zamir (2014, p. 279), também ao tratar especificamente da possibilidade de criar e usar a característica humana de aversão à perda para afetar comportamentos humanos, esclarece que nessa condição ela é vista enquanto um *output* (resultado/saída), ao contrário de sua utilização para eventual *debiassing through law*, em que deve ser vislumbrada como *input* (entrada) para a elaboração de leis e interpretações jurídicas.

A pesquisa empírica a ser apresentada, a partir do tópico seguinte, irá testar a hipótese central do trabalho – que utiliza o fundamento econômico clássico de incentivo ou desincentivo de condutas – de que a indução de comportamentos sociais ambientalmente preventivos pode se dar através da responsabilidade civil, desde que as decisões judiciais reparatórias de lesões ao meio ambiente imponham ao causador a necessidade de recuperação integral do dano causado, a condenação do responsável por danos morais coletivos em valores indenizatórios significativos e que se proceda à divulgação (publicização) do que decidido. Durante a elaboração dos questionários que subsidiaram o experimento, a serem apresentados no *Tópico 3.2.2.1*, surgiu a ideia de testar algumas heurísticas e vieses dos participantes –

⁴⁹ Além da aversão à perda (*loss aversion*), ainda são apresentadas formas de aproveitamento de vieses relacionadas ao desconto hiperbólico (*hyperbolic time discounting*), ao comportamento de superestimar pequenas probabilidades (*overweighting of small probabilities*) e aos efeitos de enquadramento (*framing effects*) (LOEWENSTEIN; HAISLEY, 2008, p. 225-228).

fundamentos tradicionais da economia comportamental, portanto –, de modo a tentar encontrar uma forma de os aproveitar com finalidades benéficas e estudar os fundamentos psicológicos que levaram às respectivas escolhas.

Na verdade, a hipótese de pesquisa relaciona-se nitidamente com alguns vieses já conhecidos e amplamente estudados. De fato, a alegação de que a decisão judicial que resultar em responsabilização civil – com a reparação integral do dano e a condenação por danos morais coletivos – é supostamente hábil a induzir comportamentos ambientalmente preventivos, para ser verdadeira necessariamente deverá se fundar em aversão à perda e, conseqüentemente, ao risco por parte do perpetrador do dano e demais membros da sociedade; se não houver essa aversão, a hipótese simplesmente não irá funcionar, será ineficiente.

De igual maneira, a publicização da decisão judicial, como complemento essencial do estímulo às aversões, só será eficiente caso induza, através de heurísticas, os vieses da disponibilidade ou da ancoragem nos destinatários, que são os possíveis novos causadores de lesões ambientais.

Há, como se vê, um intercâmbio bastante evidente entre a economia clássica e a *behavioral economics* a sustentar uma análise econômica do direito que pode trazer resultados concretos e efetivos. Cumpre lembrar que a economia comportamental ainda é economia; trata-se meramente de uma evolução desta, com o destaque de ser eminentemente experimental. A tendência, então, é exatamente que se façam pesquisas empíricas nas quais elas estejam integradas.

Feita essa explanação, na seção seguinte ingressar-se-á no experimento propriamente dito, sendo que no *Subseção 3.2.1* o tema do aproveitamento de vieses retornará, com a demonstração dos vieses (e características comportamentais) que foram utilizados na montagem dos questionários.

3.2 Pesquisa empírica

Em ciências do comportamento – entre as quais se insere a economia – há o costume de se efetuar levantamentos de dados a fim de determinar o grau de aceitação de hipóteses baseadas em teorias

comportamentais; isto é, formulada determinada hipótese, procede-se à coleta de dados empíricos e com base nestes decide-se sobre a sua validade ou não. A decisão, com base nesses dados, pode levar à rejeição, revisão ou aceitação da teoria que a originou.

A palavra “empírica” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou na experiência, e o que faz a pesquisa ser empírica é justamente estar fundamentada em dados, que consiste em um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos; baseados em legislação ou jurisprudência; resultados de entrevistas ou pesquisas; podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais etc. Desde que estejam de alguma forma relacionados ao mundo, eles são considerados dados. Se a pesquisa envolver dados que são observados ou desejados, ela será, portanto, considerada empírica (EPSTEIN; KING, 2002, p. 2-3).

A pesquisa empírica em direito, apesar de bastante difundida nos Estados Unidos, é praticamente inexistente no Brasil. Para se ter uma ideia, ela é tão desenvolvida naquele país que até existe uma revista específica para a publicação de artigos nessa área, o *Journal of Empirical Legal Studies*. Engel (2014, p. 131-137) inclusive elaborou um estudo desse periódico e constatou que, desde a sua criação, 33,92% das pesquisas podiam ser enquadradas no *behavioral law and economics*, e, em relação a estas, fez uma análise e estabeleceu as diversas técnicas que haviam sido utilizadas para a coleta de dados: experimento de campo (*field evidence*), questionário (*survey*), vinheta (*vignette*), experimento em laboratório (*lab experiment*) e métodos empíricos alternativos (*alternative empirical methods*).

Há quem impute a baixa receptividade brasileira da pesquisa empírica no âmbito jurídico à sua pouca difusão nos programas de pós-graduação em direito; se ela não faz parte da formação dos docentes, logicamente existe pequena possibilidade de ser retransmitida aos estudantes em nível de graduação (VERONESE, 2013, p. 209-218).

O fato que se apresenta, porém, é que uma pesquisa empírica – com fundamento em dados, portanto –, e não meramente teórica, é bastante oportuna para se avaliar o impacto de leis e das decisões

judiciais na sociedade, além de poder fornecer uma avaliação segura do grau de eficiência do Poder Judiciário e das demais instituições jurídicas (Ministério Público, advocacia pública, polícia etc.). Nessa linha, pode-se destacar o trabalho de Yeung (2010), que elaborou uma pesquisa empírica com dois objetivos: medir a eficiência dos tribunais estaduais brasileiros – concluindo que há uma grande variação entre os instalados nos diversos entes da federação e que a falta de recursos não é o fundamento único a justificar a ineficiência de alguns órgãos – e testar a hipótese de que os juízes possuiriam um viés pró-devedor em seus julgamentos – concluindo, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que esse viés não existe de forma consistente entre os seus ministros, porém destacando haver séria variação de entendimentos no tempo, o que traz um alto grau de incerteza (insegurança jurídica) aos jurisdicionados.

O que se observa é que o direito muitas vezes fica preso a infundáveis discussões dogmáticas, em que teses são desenvolvidas sem que haja qualquer comprovação de efetividade, sendo que os destinatários finais das normas jurídicas – os indivíduos e o grupo social que constituem – acabam muitas vezes alijados dos benefícios legais pretendidos exatamente pela ausência de uma visão mais realística e voltada para o futuro. Nesse sentido, não são incomuns teses jurídicas desenvolvidas em um plano puramente teórico, ou leis que são aprovadas sem necessária base empírica que lhes dê suporte, e que oportunamente se mostram ineficazes ou mesmo com resultado contrário ao pretendido. É o caso, a título de exemplo, da tipificação de algumas condutas como crimes que não encontra ressonância social e de interpretações jurídicas demasiadamente ampliativas de políticas públicas sem a necessária correspondência orçamentária.

Exatamente objetivando testar a hipótese apresentada no capítulo anterior, então, é que se elaborou um experimento para coleta de dados, de modo a subsidiar a presente pesquisa, através da aplicação de dois questionários a um público-alvo. E como nesses questionários foram utilizados alguns estímulos comportamentais aos estudantes que responderam às perguntas formuladas, eles devem ser analisados de forma preliminar à apresentação da pesquisa empírica propriamente dita.

3.2.1 Vieses (ou características comportamentais) relacionados

Na linha desenvolvida na *Subseção 3.1.2* – aproveitamento de vieses para se alcançar o objetivo proposto –, a pesquisa empírica foi moldada de maneira a explorar alguns vieses (ou características) comportamentais, objetivando avaliar qual o efetivo impacto deles na indução de condutas ambientalmente preventivas.

Antes de se ingressar na metodologia e resultados do experimento (*Subseção 3.2.2*), dessa forma, é oportuno oferecer um embasamento teórico relativo à aversão à perda e aos vieses da disponibilidade e da ancoragem.

3.2.1.1 Aversão à perda

Conforme referido na *Subseção 2.2.2*, a noção de utilidade, com conteúdo econômico, está relacionada ao modo de descrever as preferências dos indivíduos (VARIAN, 2012, p. 56). Trata-se de um termo técnico que não tem conotação exclusivamente material, uma vez que é possível obter utilidade simplesmente através do exercício de atividades prazerosas (RODRIGUES, 2007, p. 13).

Esse conceito de utilidade é necessário para que se possa compreender como se dão as decisões tomadas em situações de risco. Nestas condições, para fins de formalização da escolha, calcula-se a utilidade esperada para cada resultado que possa ocorrer; ou seja, procede-se à soma das utilidades associadas a todos resultados possíveis, as quais são sopesadas pela probabilidade de que cada resultado venha a ocorrer (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 165).

As pessoas diferem em sua disposição a enfrentar o risco; algumas são avessas ao risco, outras amantes do risco e, ainda, algumas são neutras. Um indivíduo que é avesso prefere um resultado certo a um duvidoso, com o mesmo valor esperado. Trata-se da atitude mais comum frente a situações de risco. De fato, basta observar que a maioria das pessoas não só adquire seguro de vida, plano de saúde e seguro para seus carros, como também procura empregos que tenham salários relativamente estáveis (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 166).

Alguém é considerado avesso ao risco, portanto, quando “considera a utilidade de uma perspectiva certa de renda pecuniária maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta de um valor monetário esperado igual” (COOTER; ULEN, 2010, p. 67).

A partir desse enfoque da tomada de decisões em situações de risco, Kahneman e Tversky (1979) elaboraram um artigo, considerado um marco da economia comportamental, em que desenvolveram diversas críticas à teoria da utilidade esperada (*expected utility theory*), que serviu de base para o modelo de agente racional da economia tradicional e continua sendo até hoje a teoria mais importante nas ciências sociais. Os autores, neste estudo, puderam constatar que, em panoramas de risco, as escolhas pessoais exibem efeitos que são inconsistentes com a teoria da utilidade esperada, e isso ocorre simplesmente porque os seres humanos não agem de maneira sempre racional, tomando-se como pressuposto o modelo estabelecido pela teoria em questão.

A teoria da utilidade esperada, na verdade, não foi formulada para ser um modelo psicológico, mas com o objetivo de representar uma lógica de escolha, fundada em regras elementares de racionalidade. Um exemplo simples dessa lógica: se alguém prefere uma maçã a uma banana, então também prefere uma chance de 10% de ganhar uma maçã a uma chance de 10% de ganhar uma banana (a maçã e a banana representam quaisquer objetos de escolha, incluindo apostas, e a chance de 10% representa qualquer probabilidade) (KAHNEMAN, 2012, p. 336-337).

Pela teoria da utilidade esperada, a utilidade de um ganho é aferida a partir da comparação das utilidades de dois estados de riqueza. A utilidade de se obter quinhentos dólares extras quando sua riqueza é de um milhão de dólares é a diferença entre a utilidade de um milhão e quinhentos dólares e a utilidade de um milhão de dólares; e se a riqueza original é de um milhão e quinhentos dólares e se perdem quinhentos dólares, a desutilidade dessa perda é novamente a diferença entre os dois estados de riqueza. Por essa teoria, portanto, as utilidades de ganhos e perdas só são diferenciadas pelo sinal positivo ou negativo à frente; não há maneira de representar o fato de que a

perda de quinhentos dólares poderia representar desutilidade maior do que a utilidade de ganhar essa mesma quantia, embora ela efetivamente seja superior, em razão da característica dos seres humanos de repugnância excessiva à perda (KAHNEMAN, 2012, p. 347).

No artigo referido, Kahneman e Tversky (1979) apresentaram, como modelo alternativo à teoria da utilidade esperada, a teoria da perspectiva, também conhecida como teoria do prospecto (*prospect theory*), após a constatação de que os seres humanos são extremamente avessos à perda. Essa conclusão foi obtida com fundamento em dados empíricos obtidos a partir da aplicação de diversos questionários a estudantes universitários, em que os participantes deviam formular escolhas entre opções que descreviam situações de ganhos e perdas, de modo a viabilizar o exame das respectivas condutas incorporadas em cada resposta dada.

A aversão à perda (*loss aversion*) ocorre quando a reação às perdas é mais forte do que a reação aos ganhos correspondentes; ou seja, refere-se à força relativa de duas motivações: somos impelidos mais fortemente a evitar perdas do que a obter ganhos (KAHNEMAN, 2012, p. 377). Segundo Thaler e Sunstein (2009, p. 36-37), a tristeza pela perda de algo tem um impacto duas vezes maior do que a alegria proporcionada por um ganho no mesmo patamar. A aversão à perda, logo, ajuda a produzir inércia de comportamentos, operando, então, como uma espécie de *nudge* cognitivo, o qual pressiona os indivíduos a não realizarem mudanças, ainda que elas sejam oportunas.

O seu conceito é certamente a contribuição mais significativa da psicologia à economia comportamental, o que é inclusive curioso, uma vez que a ideia de que as pessoas avaliam muitos resultados como ganhos e perdas, e de que as perdas assomam como maiores do que os ganhos, não surpreende ninguém, uma vez que é algo da própria natureza humana (KAHNEMAN, 2012, p. 374).

Essa forma de aversão, de modo geral, não é considerada um viés cognitivo pela doutrina relacionada à economia comportamental, uma vez que ela usualmente não decorre de heurísticas, tratando-se simplesmente de uma característica permanente e natural do comportamento humano. Uma semelhança relevante, porém, é que tanto

a aversão à perda quanto os vieses comportamentais se encontram excluídos do padrão de agente racional (*homo economicus* ou *Econs*) moldado pela ciência econômica clássica e presente, por exemplo, na teoria da utilidade esperada.

3.2.1.2 Vieses da disponibilidade e da ancoragem

Quanto se deve preocupar com furacões, energia nuclear, terrorismo, doença da vaca louca, ataque de crocodilos ou gripe aviária? E qual o nível de precaução que deve ser tomado para evitar os riscos associados a cada um deles? O que, exatamente, deve ser feito para se prevenir os perigos existente na vida cotidiana? Para responder a questões desse tipo, a maioria das pessoas faz uso da heurística da disponibilidade (*availability heuristic*); ou seja, elas avaliam a probabilidade de riscos a partir da facilidade com que exemplos deles vêm à mente. Se as pessoas podem mais facilmente lembrar de situações similares relevantes, elas estão mais propensas a ficar assustadas e preocupadas do que se não viessem à lembrança (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 27-28).

A heurística da disponibilidade naturalmente leva os indivíduos a exagerar a probabilidade da ocorrência de eventos que são facilmente lembrados e a subestimar a probabilidade de eventos que não vêm à memória de plano. A cobertura jornalística de mortes violentas pode levar alguém a acreditar que essas mortes são comuns; ao mesmo tempo, a ausência momentânea de reportagens relativas a mortes por doenças pode levar alguém a julgar que essas mortes são incomuns, em comparação com as violentas, em que pese a sua evidente prevalência estatística (JUST, 2014, p. 180).

A heurística da disponibilidade, então, é o processo de julgar a frequência de algo segundo a facilidade com que as ocorrências são lembradas. Essa heurística, como outras, substitui uma questão por outra: deseja-se estimar o tamanho de uma categoria ou a frequência de um evento, mas acaba ocorrendo a comunicação da impressão de facilidade com que exemplos fáticos surgem na memória. Ademais, a substituição de perguntas inevitavelmente produz erros sistemáticos – vieses cognitivos (KAHNEMAN, 2012, p. 165-166).

Já o efeito de ancoragem (*anchoring effect*) acontece quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de fazer a estimativa desta. O que ocorre é um dos resultados mais confiáveis e robustos da psicologia experimental: a estimativa fica perto do número que as pessoas consideraram, e por isso se utiliza a imagem de uma âncora (KAHNEMAN, 2012, p. 152-153). Ancoragem e ajuste, portanto, supõem que quando se forma uma opinião, especialmente – mas não necessariamente – quando ela é expressada em numeral, as pessoas ancoram no número que é convenientemente disponibilizado, e a opinião que se estabelece acaba sendo o resultado de um ajuste a partir dessa âncora (JUST, 2014, p. 73).

As âncoras, na realidade, funcionam como *nudges*. Elas podem influenciar a tomada de decisão com a sugestão de um ponto de partida, o qual irá ancorar a escolha a ser definida. É o que geralmente é feito quando entidades beneficentes pedem doações e apresentam um leque de opções de valores; caso os valores iniciais sejam muito baixos, irão ancorar as doações para montantes igualmente reduzidos. Pesquisas empíricas atestam que quanto mais se pede, mais se tende a receber. Por exemplo: advogados que processam empresas fabricantes de cigarros usualmente obtêm ganhos astronômicos, em parte porque induzem os júris ancorando suas decisões em figuras multimilionárias (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 26-27).

Quando as pessoas não têm informação necessária, a ancoragem pode ser uma forma oportuna de tomada de decisão. O problema existe justamente nas ocasiões em que o valor inicial tem uma origem arbitrária ou irracional; quando isso ocorre, a avaliação pode ir em um sentido muito ruim e equivocado (SUNSTEIN, 1999, p. 141).

Apresentadas essas premissas básicas, cumpre destacar que a aversão à perda e os vieses da disponibilidade e da ancoragem, com fins de aproveitamento para a tomada de decisões, serão utilizados como referenciais teóricos do experimento ora a ser apresentado, os quais, em conjunto com o marco teórico desenvolvido no *Capítulo 2* – eficiência de Kaldor-Hicks –, quando foi elaborada a hipótese central da pesquisa, sustentarão o desenvolvimento e as conclusões do trabalho como um todo.

3.2.2 Descrição do experimento e resultados

Nos próximos tópicos haverá a apresentação da metodologia e instrumentos da pesquisa empírica, dos seus resultados e consequente análise.

3.2.2.1 Metodologia

A pesquisa empírica⁵⁰ que subsidia este capítulo foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) através do Parecer n. 1.600.959⁵¹, de 14 de junho de 2016, e foi executada mediante a distribuição, no dia 1º de setembro de 2016, no turno da manhã, de dois questionários a 91 estudantes universitários em nível de graduação – e com idade mínima de 18 anos – da Universidade Católica de Brasília (UCB), sendo 46 para o primeiro questionário e 45 para o segundo. Os estudantes também preencheram e assinaram um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) para que estivessem aptos a participar do experimento.

Trata-se de um experimento em laboratório, no sentido de que os estudantes foram expostos a estímulos inseridos em questionários dentro de um ambiente, que, no caso, era a sala em que teriam (ou estavam tendo) aula, de modo a viabilizar o estudo de regularidades comportamentais. Apesar dos problemas tradicionais dessa forma de pesquisa, principalmente quanto à sua suposta artificialidade e baixa representatividade do conjunto de participantes – na situação formado por uma população de estudantes –, trata-se de um método válido de pesquisa, reforçado pelo fato de a participação ter sido totalmente voluntária e de o público-alvo ter permanecido à vontade no local em que já se encontrava, junto a outras pessoas conhecidas (SAMSON, 2015, p. 38-39).

É importante destacar que os participantes dos questionários são distintos; ou seja, cada estudante só respondeu a um questionário (Questionário 1 ou 2), sendo que a distribuição destes se deu de forma aleatória, em duas salas de aula, com a autorização dos respectivos professores.

50 CAAE n. 56713516.9.0000.0029.

51 Parecer do Comitê de Ética em Pesquisa juntado ao final do livro, como anexo.

Em cada questionário havia a apresentação de uma reportagem jornalística fictícia – sem, contudo, constar a informação de que ela não era verídica –, em que se divulgava uma decisão judicial relacionada à prática de danos ambientais através da construção de condomínio residencial de casas em área protegida pela legislação brasileira. No primeiro questionário (Questionário 1), noticiava-se que um juiz havia rejeitado a demolição de um condomínio construído nesses moldes; no segundo (Questionário 2), o juiz tanto determinava a demolição do condomínio quanto condenava o construtor a uma indenização por danos morais coletivos em valor expressivo.

Com base nessas reportagens, foram formulados três questionamentos ao público-alvo, com respostas diretas (sim ou não), em que havia variação apenas no suposto lucro financeiro que o construtor das residências teria (15, 20 ou 30 milhões de reais) se não fosse condenado judicialmente pela construção de um condomínio em local ambientalmente ilegal. Objetivava-se, portanto, simular os casos apresentados e avaliar o comportamento das pessoas diante das situações de risco narradas em cada questionário.

Para facilitar o exame dos resultados obtidos, segue a reprodução do conteúdo de ambos os questionários⁵²:

QUESTIONÁRIO 1

Examine a seguinte reportagem, publicada em um jornal na semana passada:

Justiça Federal recusa a demolição de um condomínio residencial na beira da praia

O juiz federal Joaquim de Almeida rejeitou uma ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, que pretendia a demolição de um condomínio de casas construído em região protegida pela legislação ambiental, na beira-mar da Praia Brava, em Florianópolis. A ação pretendia, além da demolição do empreendimento, a obrigação ao construtor de recuperar a área e pagar uma indenização equivalente a 10 milhões de reais a título de danos morais à sociedade.

52 Os questionários em seu modelo original e o termo de consentimento estão acostados em formato de apêndice, ao final do livro.

Segundo a decisão judicial, o condomínio, com área total de 60.000 m², avançou sobre o cordão de dunas localizado junto à praia, o que é ambientalmente proibido. No entanto, como há diversas outras construções dessa espécie em todo litoral brasileiro, o juiz federal considerou que seria exagerada a condenação de apenas um construtor pela prática irregular.

Não cabe mais recurso da sentença, e o procurador do Ministério Público Federal preferiu não se manifestar sobre o conteúdo da decisão.

Você é um construtor de condomínios de casas e pretende instalar um condomínio à beira-mar, em outra praia do litoral catarinense, em local proibido pela legislação ambiental por avançar sobre a faixa de dunas costeiras. Você, como empresário, objetiva o lucro e considera eventual dano ambiental, nesse caso, irrelevante, até por haver inúmeras outras construções idênticas em todo litoral brasileiro.

Tendo conhecimento da reportagem jornalística acima, examine as situações descritas no verso e responda às perguntas formuladas:

Situação 1:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação judicial, com ordem de demolição da construção e determinação para pagamento de uma indenização, estimada em 10 milhões de reais, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 15 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 2:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação judicial, com ordem de demolição da construção e determinação para pagamento de uma indenização, estimada em 10 milhões de reais, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 20 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 3:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação judicial, com ordem de demolição da construção e determinação para pagamento de uma indenização, estimada em 10 milhões de reais, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 30 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

QUESTIONÁRIO 2

Examine a seguinte reportagem, publicada em um jornal na semana passada:

Justiça Federal determina a demolição de um condomínio residencial na beira da praia

Atendendo uma ação judicial proposta pelo Ministério Público Federal, o juiz federal Joaquim de Almeida determinou a demolição de um condomínio de casas construído em região protegida pela legislação ambiental, na beira-mar da Praia Brava, em Florianópolis, e impôs ao construtor a necessidade de recuperar a área e pagar uma indenização equivalente a 10 milhões de reais a título de danos morais à sociedade.

Segundo a decisão judicial, o condomínio, com área total de 60.000 m², avançou sobre o cordão de dunas localizado junto à praia, o que é ambientalmente proibido. Conforme o procurador Manoel Gomes, autor da ação, “trata-se de uma nítida tentativa de privatização de um espaço de acesso público, sendo que a legislação protege de forma específica aquele ambiente, assim como a flora e fauna ali existentes”.

Não cabe mais recurso da sentença, e o empreendedor, que preferiu não se manifestar, tem o prazo de 6 meses para efetuar a demolição das construções e pagar o valor da condenação.

Você é um construtor de condomínios de casas e pretende instalar um condomínio à beira-mar, em outra praia do litoral catarinense, em local proibido pela legislação ambiental por avançar sobre a faixa de dunas costeiras. Você, como empresário, objetiva o lucro e considera eventual dano ambiental, nesse caso, irrelevante, até por haver inúmeras outras construções idênticas em todo litoral brasileiro.

Tendo conhecimento da reportagem jornalística acima, examine as situações descritas no verso e responda às perguntas formuladas:

Situação 1:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação idêntica à retratada na reportagem, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 15 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 2:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação idêntica à retratada na reportagem, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, acarretaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 20 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 3:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação idêntica à retratada na reportagem, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, acarretaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 30 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Como é possível observar, nos questionários acima foram simuladas situações em que se inseriram estímulos à aversão à perda, à heurística da disponibilidade e/ou ao efeito de ancoragem (conforme *Subseção 3.2.1*).

A aversão à perda é a base principal do experimento. A hipótese só funciona e é correta caso os participantes da pesquisa se sintam desestimulados à possibilidade de construção do empreendimento ir-

regular, por receio de prejuízo financeiro futuro em um evento incerto (ordem judicial de demolição da construção e indenização por danos morais coletivos). Além disso, os valores referidos como lucro, nas situações 1, 2 e 3 (15, 20 e 30 milhões de reais, respectivamente), foram colocados nos questionários de modo a testar até que ponto a relação entre eventual lucro influencia na decisão a ser tomada.

No que se refere aos vieses, a divulgação na imprensa é uma das formas mais tradicionais de se induzir escolhas com fundamento em lembranças que venham mais facilmente à mente (através de propagandas, reportagens jornalísticas, programas televisivos etc.). O viés da disponibilidade, pode-se seguramente afirmar, decorre em grande parte da influência da mídia na vida das pessoas (CIARELLI; AVILA, 2009; SHRUM, 2002).

No questionário foram inseridas reportagens justamente com o objetivo de avaliar tal impacto na tomada de decisões dos participantes, uma vez que isso faz parte da hipótese central do trabalho. Ocorre que como tais textos estavam dispostos em conjunto com as perguntas, sendo que todos eram lidos e examinados em um mesmo contexto, as notícias jornalísticas fictícias podem ter funcionado não para fins de disponibilidade, mas como verdadeiras âncoras para as escolhas a serem então feitas.

O efeito de ancoragem e a heurística da disponibilidade, quando envolvem notícias na imprensa, acabam sendo bastante semelhantes. Caso determinada reportagem seja conhecida pouco tempo antes da tomada de decisão, pode gerar um efeito imediato de ancoragem no indivíduo prestes a fazer uma escolha. Porém, caso a reportagem, ou conjunto de notícias, não seja imediatamente prévia, englobando a consolidação de uma crença na pessoa, que passará a vir imediatamente à sua memória, em atalho mental, deve ser considerada como fundamento para a heurística da disponibilidade.

Na verdade, essa diferenciação, para os propósitos desta pesquisa, é oportuna tão somente em termos teóricos. O fato relevante a ser destacado é que, seja através do efeito de ancoragem, seja via heurística da disponibilidade, a mídia deve ser vista como uma fonte significativa de indução de comportamentos, através de vieses cognitivos,

e que isso pode ser perfeitamente aproveitado para fins de estímulo a decisões consideradas benéficas ao bem-estar coletivo, como no experimento ora sob análise.

Superadas essas questões metodológicas, faz-se necessário, previamente à divulgação e análise dos resultados da execução dos questionários 1 e 2, apresentar a realização de alguns testes estatísticos para comparação das proporções das respostas dadas, com o objetivo de conferir um *status* científico ao experimento, conforme será visto no tópico seguinte.

3.2.2.2 Teste de hipóteses: comparação de proporções

A lógica da pesquisa com fundamento estatístico é a seguinte: estabelece-se uma hipótese sobre populações, coletam-se dados amostrais e avalia-se quão prováveis são os resultados da amostra, levando em consideração a hipótese sobre as populações. Se os resultados da amostra são razoavelmente plausíveis quanto à hipótese, retém-se esta e atribui-se qualquer divergência relativa aos resultados esperados ao puro acaso baseado no erro amostral. Por outro lado, se os resultados da amostra são improváveis demais (por exemplo, menos de 5 chances em 100), rejeita-se a hipótese (LEVIN; FOX; FORDE, 2012, p. 189).

Dessa forma, para se chegar à conclusão de que a hipótese deva ser aceita ou rejeitada, com base em um conjunto de dados, deve-se dispor de um processo objetivo que permita decidir sobre a sua veracidade ou falsidade. Para isso é que se elaboram testes estatísticos que objetivam confirmar, ou não, as hipóteses então levantadas.

O teste de hipóteses é aplicado quando se toma uma decisão sobre um parâmetro populacional baseado no valor de uma amostra estatística. Ele é calculado a fim de descobrir se a diferença encontrada em amostras reflete efetivamente a realidade da população de origem ou se ela se deu meramente por erro, em razão do acaso (MANN, 2010, p. 382).

Em trabalhos amostrais que envolvem a comparação entre duas populações distintas e independentes – como o ora sob exame –, deve ser estabelecido um nível de significância, representado pela letra gre-

ga (alfa), para determinar se a diferença amostral obtida é estatisticamente significativa para fins científicos; ou seja, se o resultado da diferença é correspondente com a população real, e não apenas um erro amostral. O valor de alfa é o nível de probabilidade no qual a hipótese nula pode ser rejeitada com confiança e a hipótese de pesquisa pode ser aceita também de forma segura. Assim, rejeita-se a hipótese nula se a probabilidade for muito pequena (por exemplo, menos de 5 chances em 100, caso o seja fixado em 0,05), o que significaria que a diferença de amostra seria um produto de erro amostral. Convém frisar, contudo, que os níveis de significância estabelecidos para os testes não proporcionam uma conclusão absoluta quanto à confirmação ou rejeição da hipótese nula, mas elevam muito a probabilidade de se tomar a decisão correta (LEVIN; FOX; FORDE, 2012, p. 199-200).

No presente caso, em que o interesse é de efetuar a comparação entre duas proporções provenientes de amostras não idênticas – ou seja, das respostas dadas a dois questionários diferentes, por participantes igualmente distintos –, será aplicado o denominado “teste Z”, o qual objetiva que se alcance o resultado de Z para o respectivo teste e que este sirva de base para comparação com o valor atribuído ao nível de significância escolhido, de modo a se confirmar ou rejeitar a hipótese nula de igualdade entre as proporções (H_0).

Primeiramente será feita a comparação entre todas as respostas “sim” constantes no Questionário 1 e no Questionário 2, de forma a se encontrar o valor do . Serão testadas (teste bilateral ou bicaudal) as seguintes hipóteses:

$$\left\{ \begin{array}{l} H_0: p_1 = p_2 \\ H_1: p_1 \neq p_2 \end{array} \right. \quad \text{ou} \quad \left\{ \begin{array}{l} H_0: p_1 - p_2 = 0 \\ H_1: p_1 - p_2 \neq 0 \end{array} \right.$$

Fixa-se o nível de significância em $\alpha = 0,05$. Por se tratar de um teste bilateral, tem-se que $-Z_{\alpha/2} = -1,96$ e $Z_{\alpha/2} = 1,96$ ⁵³.

53 Os valores de $Z_{\alpha/2}$ e de $-Z_{\alpha/2}$ (ou de Z_{α} , para o teste unilateral) são obtidos a partir de uma tabela padronizada, considerando a opção do valor atribuído a α (que no caso equivale a 0,05). O número correspondente a alfa (α), que é chamado de nível de significância do teste, representa a probabilidade de rejeitar a hipótese nula quando esta de fato era verdadeira (MANN, 2010, p. 384).

Considerando que $x_1 = 45$ (número de respostas “sim” constantes no Questionário 1), que $n_1 = 138$ (número total de respostas constantes no Questionário 1) e que $p = \frac{x}{n}$, tem-se que $p_1 = 0,32608696$. Da mesma maneira, na medida em que $x_2 = 25$ (número de respostas “sim” constantes no Questionário 2), que $n_2 = 135$ (número total de respostas constantes no Questionário 2) e que $p = \frac{x}{n}$, tem-se que $p_2 = 0,18518519$.

Dessa forma,

$$p = \frac{n_1 p_1 + n_2 p_2}{n_1 + n_2} = \frac{45,00000048 + 25,00000065}{273} = 0,256410260549451$$

Assim, sob a hipótese nula (H_0), calcula-se que

$$Z_{\text{teste1}} = \frac{p_1 - p_2}{\sqrt{\frac{p(1-p)}{n_1} + \frac{p(1-p)}{n_2}}} = \frac{0,14090177}{0,052857825186088} = 0,665674751164088$$

Como se observa, $Z_{\text{teste1}} = 2,665674751164088 > Z_{\alpha/2} = 1,96$, localizando-se em região crítica.

Agora será feita a comparação entre todas as respostas “não” constantes no Questionário 1 e no Questionário 2 para se obter o valor de Z_{teste2} . Serão testadas, mais uma vez, as seguintes hipóteses:

$$\left\{ \begin{array}{l} H_0: p_1 = p_2 \\ H_1: p_1 \neq p_2 \end{array} \right. \quad \text{ou} \quad \left\{ \begin{array}{l} H_0: p_1 - p_2 = 0 \\ H_1: p_1 - p_2 \neq 0 \end{array} \right.$$

Fixa-se o nível de significância em $\alpha = 0,05$. Como $\alpha = 0,05$ – e por se tratar de um teste bilateral (bicaudal) –, tem-se que $-Z_{\alpha/2} = -1,96$ e $Z_{\alpha/2} = 1,96$.

Considerando que $x_1 = 93$ (número de respostas “não” constantes no Questionário 1), que $n_1 = 138$ (número total de respostas constantes no Questionário 1) e que $p = \frac{x}{n}$, tem-se que $p_1 = 0,67391304$. Da mesma maneira, na medida em que $x_2 = 110$ (número de respostas

“não” constantes no Questionário 2), que $n_2 = 135$ (número total de respostas constantes no Questionário 2) e que $p = \frac{x}{n}$, tem-se que $p_2 = 0,81481481$.

Dessa forma,

$$p = \frac{n_1 p_1 + n_2 p_2}{n_1 + n_2} = \frac{92,99999952 + 109,99999935}{273} = 0,256410260549451$$

Assim, sob a hipótese nula (H_0), calcula-se que

$$Z_{\text{teste2}} = \frac{p_1 - p_2}{\sqrt{\frac{p(1-p)}{n_1} + \frac{p(1-p)}{n_2}}} = \frac{-0,14090177}{0,052857825186088} = -2,665674751164088$$

Como se vê, $Z_{\text{teste2}} = -2,665674751164088 < -Z_{\alpha/2} = -1,96$, localizando-se, portanto, em região crítica.

Dessa forma, como $Z_{\text{teste1}} = 2,665674751164088 > Z_{\alpha/2} = 1,96$ e $Z_{\text{teste2}} = -2,665674751164088 < -Z_{\alpha/2} = -1,96$, rejeita-se a hipótese nula (H_0) de igualdade entre as proporções e confirma-se a hipótese alternativa (H_1) de diferença entre elas ($p_1 \neq p_2$ ou $p_1 - p_2 \neq 0$), com base nos dados amostrais colhidos.

O teste também pode ser unilateral ou unicaudal. Neste caso, serão testadas as seguintes hipóteses:

$$\begin{cases} H_0: p_1 = p_2 \\ H_1: p_1 > p_2 \end{cases}$$

Fixa-se o nível de significância em $\alpha = 0,05$. Por se tratar de um teste unilateral, tem-se que $Z_\alpha = 1,64$. Não há diferença no cálculo efetuado por ocasião do teste bilateral, motivo pelo qual serão aproveitados os dados constantes no Z_{teste1} , relativo à comparação entre todas as respostas “sim” constantes no Questionário 1 e no Questionário 2.

Considerando, portanto, que $Z_{\text{teste1}} = 2,665674751164088 > Z_\alpha = 1,64$, rejeita-se a hipótese nula (H_0) de igualdade entre as proporções

e confirma-se a hipótese alternativa (H_1) de que p_1 é superior a p_2 ($p_1 > p_2$), com base nos dados amostrais colhidos.

Na medida, então, em que os resultados obtidos através da presente pesquisa são estatisticamente confiáveis – assumindo, dessa maneira, caráter científico –, ingressa-se na divulgação e exame dos resultados obtidos a partir da aplicação dos dois questionários.

3.2.2.3 Resultados obtidos

Como dito, os questionários foram distribuídos a 91 alunos de graduação da Universidade Católica de Brasília (UCB), com idade mínima de 18 anos, cujas características gerais estão descritas na *Tabela 2*.

A partir dos dados constantes nessa tabela, é possível observar que a divisão do número de participantes, representatividade de gênero⁵⁴ e idade média é praticamente a mesma para cada questionário, além de todos serem estudantes do curso de direito. O público que participou do experimento, relativamente a ambos os questionários, é, portanto, bastante uniforme.

Tabela 2 – Características gerais dos participantes do experimento

	Total de participantes	Masculino	Feminino	Idade média	Curso
Questionário 1	46	18	28	22,04347826	Direito
Questionário 2	45	18	27	23,17777778	Direito

Em complemento, os resultados obtidos, em um panorama geral⁵⁵, estão referidos na *Tabela 3*. Nos tópicos seguintes será elaborado um exame desses resultados em termos percentuais, com a apresentação de gráficos, tanto de maneira restrita a cada questionário quanto de forma conjunta.

⁵⁴ Quando da apresentação dos resultados relativos a cada questionário, nos tópicos seguintes, constarão gráficos com a divisão percentual do gênero dos participantes da pesquisa.

⁵⁵ Tabela completa com os resultados individualizados ao final do livro, em apêndice.

Tabela 3 – Panorama geral dos resultados obtidos

	Total Sim	Total Não	S1 Sim	S1 Não	S2 Sim	S2 Não	S3 Sim	S3 Não
Questionário 1	45	93	11	35	13	33	21	25
Questionário 2	25	110	5	40	8	37	12	33

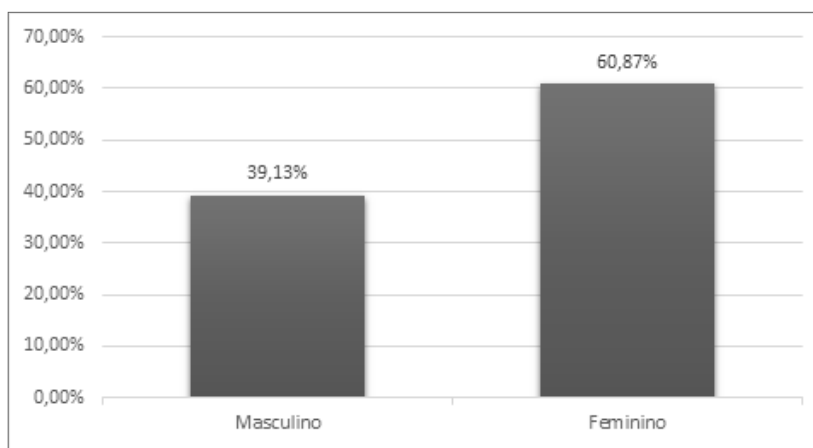
S1 = Situação 1; S2 = Situação 2; S3 = Situação 3

3.2.2.3.1 Questionário 1

No Questionário 1, convém rememorar, constava a reprodução de uma reportagem jornalística fictícia que noticiava decisão judicial em que o magistrado havia rejeitado a demolição de um condomínio construído em área ambientalmente protegida.

O *Gráfico 1* apresenta o percentual de representatividade do gênero dos estudantes que responderam ao Questionário 1, demonstrando que aproximadamente 60% dos participantes são do sexo feminino e o restante (40%) do sexo masculino.

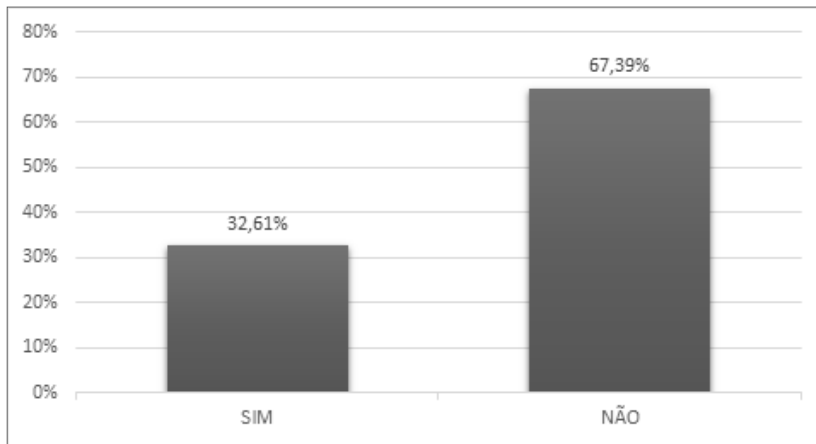
Gráfico 1 – Gênero dos participantes do Questionário 1



O *Gráfico 2* traz o percentual total de respostas “sim” ou “não” assinaladas pelos participantes do experimento. Isto é, trata-se do percentual relativo a todas respostas proferidas, de forma conjunta, abrangendo as situações 1, 2 e 3 sem a respectiva diferenciação.

A partir desse gráfico, é possível observar de plano que a quantidade de respostas “não” – no sentido de que o participante do experimento não construiria o empreendimento residencial ilegal referido nas questões – é muito superior ao “sim”, equivalente a aproximadamente $\frac{2}{3}$ do volume integral de respostas dadas.

Gráfico 2 – Percentual total de respostas ao Questionário 1



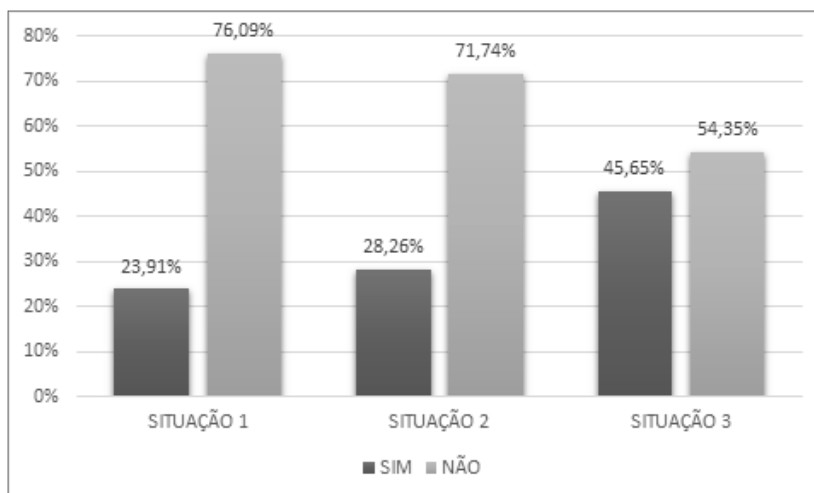
O *Gráfico 3* oferece a divisão de respostas “sim” e “não” relativamente a cada uma das situações que fundamentam as perguntas (situações 1, 2 e 3).

Deve-se lembrar que a diferença entre essas situações reside tão somente na variação do suposto lucro financeiro que o construtor das residências teria se não fosse condenado judicialmente pela construção de um condomínio em local ambientalmente ilegal, sendo de 15 milhões de reais na Situação 1, de 20 milhões de reais na Situação 2 e de 30 milhões de reais na Situação 3. O prejuízo, caso o empreende-

dor venha a ser condenado, é o mesmo nas três situações, equivalente a 15 milhões de reais.

Comparando o suposto lucro entre a Situação 1 (15 milhões) e a Situação 2 (20 milhões), vê-se que houve o acréscimo do valor de 5 milhões de reais, o que equivale a um aumento de 33,33% do montante inicial. Com relação ao acréscimo entre os lucros da Situação 2 (20 milhões) e da Situação 3 (30 milhões), este foi de 10 milhões de reais, equivalente a 50% do valor de origem (da Situação 2). E, por fim, entre a Situação 1 (15 milhões) e a Situação 3 (30 milhões), a majoração foi de 15 milhões de reais, ou 100% do primeiro valor.

Gráfico 3 – Comparativo das respostas ao Questionário 1



Examinando o *Gráfico 3*, e trabalhando em cima de seus dados, pode-se destacar que a variação percentual entre as respostas da Situação 1 e a equivalente na Situação 2 foi de 4,35%. Já entre as respostas da Situação 2 e a correspondente na Situação 3 foi de 17,39%. Entre as respostas da Situação 1 e da Situação 3 essa variação foi de 21,74%.

A relação entre o percentual de aumento de lucro entre as situações e a variação percentual entre as respostas equivalentes está reproduzida na *Tabela 4*.

Tabela 4 – Aumento do lucro X Variação percentual das respostas

	Aumento do lucro	Variação percentual das respostas
Situação 1 X Situação 2	33,33%	4,35%
Situação 2 X Situação 3	50%	17,39%
Situação 1 X Situação 3	100%	21,74%

Com base nos dados constantes no *Gráfico 3*, é possível vislumbrar, sem dificuldade, que a quantidade de respostas “sim” foi aumentando entre a Situação 1 até a 3, e, obviamente, que as respostas “não” sofreram uma diminuição em patamar igual. As informações inseridas na *Tabela 4* confirmam essa visão do *Gráfico 3* de variação percentual entre as situações 1 a 3. De fato, quanto maior o lucro, mais foram proferidas respostas “sim”, e, quanto maior o percentual de aumento do lucro, maior foi o percentual de variação das respostas equivalentes.

Retornando ao *Gráfico 3*, também se pode facilmente visualizar que na Situação 3 – em que o lucro seria de 30 milhões de reais, o maior valor descrito no questionário – o percentual de respostas “sim” (45,65%) ficou bem próximo ao de respostas “não” (54,35%), em que pese ainda seja inferior.

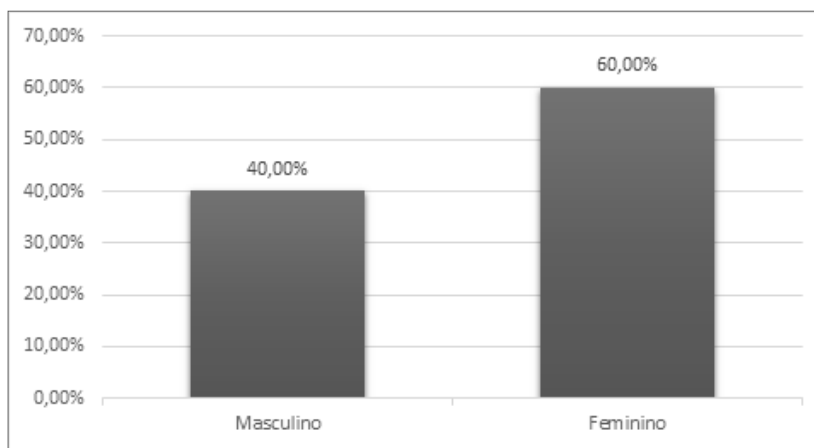
Diante dessas constatações, pode-se concluir – ainda sem examinar os resultados relativos ao Questionário 2 – que a possibilidade de o empreendedor ter mais lucro na sua atividade nitidamente incentivou respostas positivas (“sim”), favoráveis à construção do condomínio em local irregular. Apesar disso, também se conclui que há uma tendência dos participantes em negar ou rejeitar o envolvimento na prática ilícita, já que, em um panorama geral, o percentual de respostas “sim” foi muito inferior ao de respostas “não”.

3.2.2.3.2 Questionário 2

No Questionário 2, como dito anteriormente, foi feita a reprodução de reportagem jornalística fictícia que destacava uma decisão judicial em que o magistrado havia determinado a demolição de condomínio edificado em área ambientalmente protegida e condenado o construtor a uma indenização por danos morais à sociedade em valor significativo.

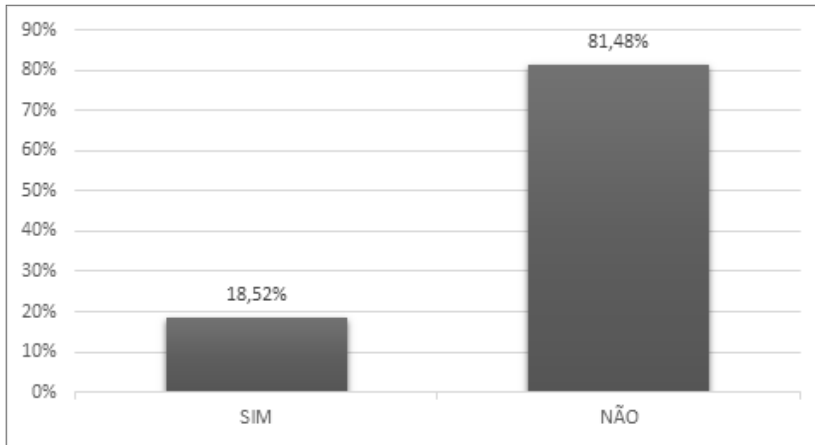
O Gráfico 4 dispõe acerca do percentual de representatividade do gênero dos alunos que responderam ao Questionário 2, demonstrando que 60% dos participantes são do sexo feminino e o restante (40%) do sexo masculino.

Gráfico 4 – Gênero dos participantes do Questionário 2



O Gráfico 5 oferece a visualização do percentual total de respostas “sim” ou “não” assinaladas pelos participantes do experimento, ou seja, do percentual relativo a todas respostas proferidas, de forma conjunta, abrangendo as situações 1, 2 e 3 sem a respectiva diferenciação.

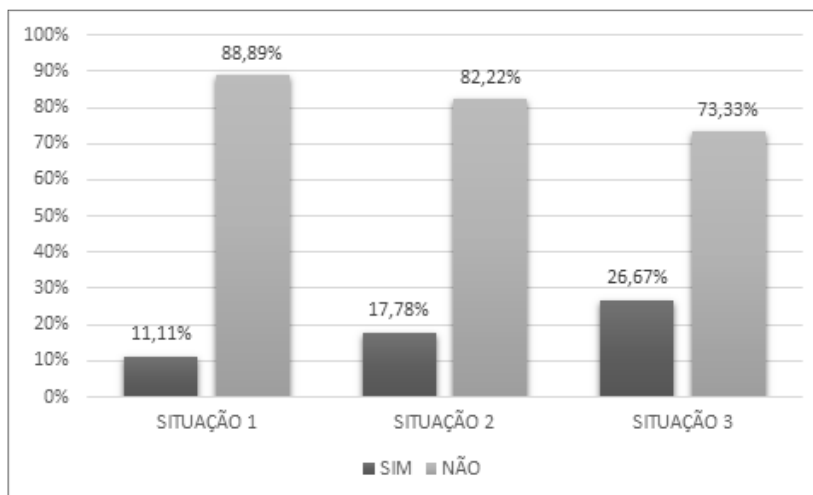
A partir desse gráfico, é possível ver que a quantidade de respostas “não” – no sentido de que o participante do experimento não construiria o condomínio residencial ilegal referido nas questões – é amplamente superior ao “sim”, equivalente a mais de $\frac{4}{5}$ do volume integral de respostas dadas.

Gráfico 5 – Percentual total de respostas ao Questionário 2

O *Gráfico 6* apresenta a divisão de respostas “sim” e “não” em relação a cada uma das situações que embasam as perguntas (situações 1, 2 e 3).

Deve-se mais uma vez lembrar que a diferença entre essas situações reside tão somente na variação do suposto lucro financeiro que o construtor das residências teria se não fosse condenado judicialmente pela construção de um condomínio em local ambientalmente ilegal, sendo de 15 milhões de reais na Situação 1, de 20 milhões de reais na Situação 2 e de 30 milhões de reais na Situação 3. O prejuízo, caso o empreendedor venha a ser condenado, é o mesmo nas três situações, equivalente a 15 milhões de reais.

Comparando o suposto lucro entre a Situação 1 (15 milhões) e a Situação 2 (20 milhões), nota-se que houve o acréscimo do valor de 5 milhões de reais, o que equivale a um aumento de 33,33% do montante inicial. Relativamente ao acréscimo entre os lucros da Situação 2 (20 milhões) e da Situação 3 (30 milhões), este foi de 10 milhões de reais, equivalente a 50% do valor de origem (da Situação 2). E, finalmente, entre a Situação 1 (15 milhões) e a Situação 3 (30 milhões), a ampliação foi de 15 milhões de reais, ou 100% do primeiro valor.

Gráfico 6 – Comparativo das respostas ao Questionário 2

Examinando o *Gráfico 6*, pode-se visualizar que a variação percentual entre as respostas da Situação 1 e a equivalente na Situação 2 foi de 6,67%. Já entre as respostas da Situação 2 e a correspondente na Situação 3 foi de 8,89%. Entre as respostas da Situação 1 e da Situação 3, essa variação foi de 15,56%.

A relação entre o percentual de aumento de lucro entre as situações e a variação percentual entre as respostas equivalentes está reproduzida na *Tabela 5*.

Tabela 5 – Aumento do lucro X Variação percentual das respostas

	Aumento do lucro	Variação percentual das respostas
Situação 1 X Situação 2	33,33%	6,67%
Situação 2 X Situação 3	50%	8,89%
Situação 1 X Situação 3	100%	15,56%

A partir dos dados constantes no *Gráfico 6*, é possível notar, facilmente, que a quantidade de respostas “sim” foi aumentando entre a Situação 1 até a 3, e, obviamente, que as respostas “não” sofreram uma diminuição em patamar igual. As informações inseridas na *Tabela 5* confirmam essa visão do *Gráfico 6* de variação percentual entre as

situações 1 a 3. De fato, quanto maior o lucro, mais foram proferidas respostas “sim”, e, quanto maior o percentual de aumento do lucro, maior foi o percentual de variação das respostas equivalentes.

Retornando ao *Gráfico 6*, pode-se visualizar, da mesma forma, que em nenhuma das situações descritas o percentual de respostas “sim” alcançou número próximo ao de respostas “não”. Na Situação 3, por exemplo, em que havia a menção ao lucro de 30 milhões de reais – o maior referido no questionário –, o percentual de “sim” atingiu somente 26,67%, um pouco mais de $\frac{1}{4}$ das respostas, o que é bastante baixo.

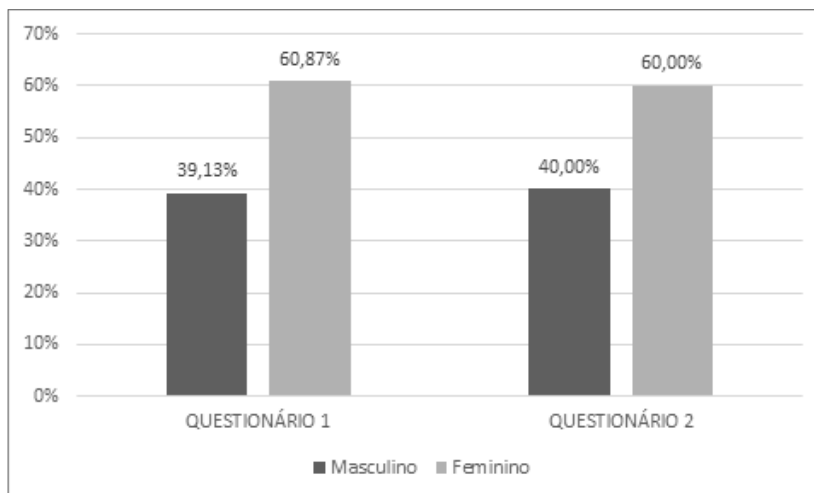
Diante dessas constatações, pode-se concluir – ainda sem fazer um exame conjunto com os resultados do Questionário 1 – que a possibilidade de o empreendedor ter mais lucro na sua atividade nitidamente incentivou respostas positivas (“sim”), favoráveis à construção do condomínio em local irregular. Apesar disso, também se conclui que há uma tendência dos participantes em negar ou rejeitar o envolvimento na prática ilícita, já que, tanto em um panorama geral quanto em cada situação descrita, o percentual de respostas “sim” foi extremamente inferior ao de respostas “não”.

3.2.2.3.3 Resultados conjuntos: constatações

Os próximos gráficos oferecerão uma visão conjunta dos resultados obtidos a partir da aplicação dos dois questionários (Questionário 1 e 2). Lembra-se, mais uma vez, para facilitar a observação dos dados, que no Questionário 1 a reportagem jornalística noticiava uma decisão judicial em que o magistrado havia rejeitado a demolição de um condomínio construído em área ambientalmente protegida, enquanto no Questionário 2 o destaque jornalístico era de uma decisão judicial em que o magistrado havia determinado a demolição de condomínio construído em área ambientalmente protegida e condenado o construtor a uma indenização por danos morais coletivos em valor alto.

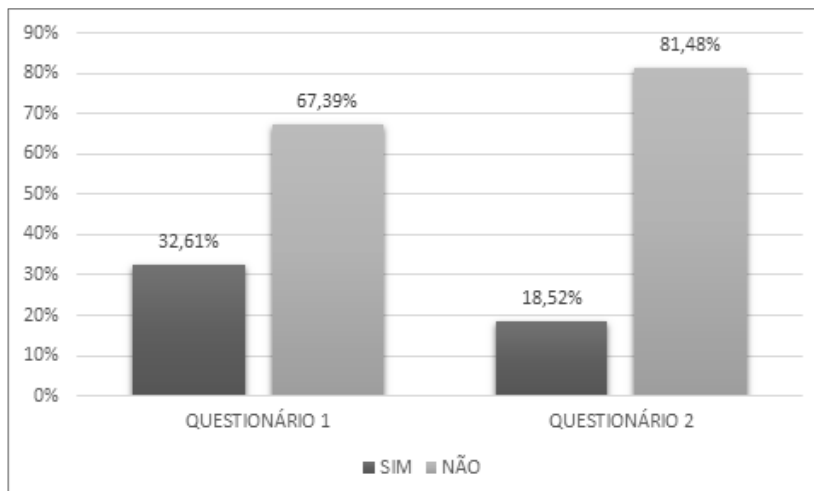
Primeiramente, no que se refere ao gênero dos participantes do experimento, o *Gráfico 7* demonstra que o percentual de homens e mulheres que responderam aos dois questionários foi praticamente o mesmo (40% e 60%, respectivamente), reafirmando as informações constantes na *Tabela 2* de uniformidade entre os componentes da pesquisa.

Gráfico 7 – Comparativo do gênero dos participantes dos Questionários 1 e 2



O Gráfico 8 contém a apresentação do percentual total de respostas “sim” ou “não” assinaladas pelos participantes da pesquisa tanto no Questionário 1 quanto no Questionário 2, de forma comparativa. Trata-se, logo, do percentual relacionado à integralidade das respostas proferidas, abrangendo as situações 1, 2 e 3, com a única diferenciação dos números relativos a cada questionário.

Gráfico 8 – Comparativo do percentual total de respostas aos Questionários 1 e 2

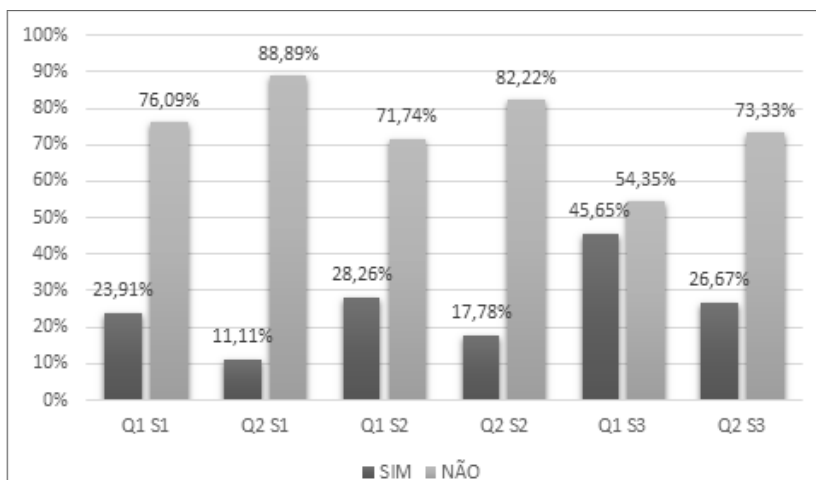


A partir desse gráfico, é possível ver que a quantidade de respostas “não” – no sentido de que o participante do experimento não construiria o condomínio residencial ilegal referido nas questões – é, como destacado anteriormente, significativamente superior ao “sim” nos dois questionários. Destaca-se, porém, que no Questionário 2 o percentual total de respostas “sim” (18,52%) foi bem inferior ao constante no Questionário 1 (32,61%), e, pelo raciocínio inverso, que no Questionário 2 o percentual de respostas “não” (81,48%) foi bem superior ao apurado no Questionário 1 (67,39%).

A primeira constatação que se obtém dos resultados colhidos no *Gráfico 8*, dessa forma, é a de que a maioria dos participantes da pesquisa, por algum motivo, decidiu não construir o condomínio irregular. E a segunda constatação é a de que, apesar da afirmação anterior, aqueles que responderam ao Questionário 1 ficaram muito mais propensos a construir o condomínio do que os que participaram do Questionário 2, ou, sob outro raciocínio, a de que os participantes do Questionário 2 ficaram muito mais propensos a não construir o empreendimento irregular em comparação com os que responderam ao Questionário 1.

No *Gráfico 9*, a seguir, consta a divisão de respostas “sim” e “não” concernente a cada uma das situações que embasaram as perguntas (situações 1, 2 e 3), de forma comparativa entre o Questionário 1 (Q1) e o Questionário 2 (Q2).

Gráfico 9 – Comparativo das respostas aos Questionários 1 (Q1) e 2 (Q2)



forma específica a cada um dos dois questionários, está reproduzida na *Tabela 6*.

Tabela 6

Comparativo Q1 e Q2: aumento do lucro X variação percentual das respostas

	Aumento do lucro	Questionário 1: variação percentual das respostas	Questionário 2: variação percentual das respostas
Situação 1 X Situação 2	33,33%	4,35%	6,67%
Situação 2 X Situação 3	50%	17,39%	8,89%
Situação 1 X Situação 3	100%	21,74%	15,56%

De volta ao *Gráfico 9*, vislumbra-se, ao se comparar os resultados por situação específica (situações 1, 2 ou 3), a nítida diferença entre os percentuais de respostas “sim” ou “não” proferidas em cada questionário. No Questionário 1, o percentual de respostas “sim” sempre foi superior ao correspondente no Questionário 2, e o percentual de respostas “não” sempre se manteve em um patamar mais baixo.

Diante desse dado, uma constatação que se obtém do *Gráfico 9*, considerando o fato de a narrativa das situações 1, 2 e 3 ser basicamente a mesma em ambos os questionários, é a de que o conteúdo da reportagem jornalística reproduzida nos questionários 1 e 2 – que é distinto – estimulou condutas que resultaram em percentuais de respostas divergentes. A reportagem do Questionário 1, de rejeição de demolição do condomínio pelo Poder Judiciário, ocasionou um percentual superior de respostas “sim” e inferior de respostas “não” em comparação com as respostas “sim” e “não” dadas ao Questionário 2, cuja reportagem apresentada era de ordem judicial de demolição do condomínio cumulada com condenação por danos morais coletivos.

Isso só reforça a constatação extraída do gráfico geral de respostas anterior (*Gráfico 8*) de que os participantes do Questionário 1 ficaram muito mais propensos a construir o condomínio do que os que participaram do Questionário 2, ou, sob o enfoque inverso, de que os participantes do Questionário 2 ficaram muito mais propensos a não

construir o empreendimento irregular em comparação com os que responderam ao Questionário 1.

Dessa forma, pode-se também afirmar que a reportagem de rejeição da destruição do condomínio em local irregular, contida no Questionário 1, induziu comportamentos prejudiciais ao meio ambiente e/ou que a notícia jornalística da demolição da construção com condenação cumulativa de danos morais à sociedade, oferecida no Questionário 2, induziu comportamentos ambientalmente benéficos.

Por fim, em uma visão integrada do *Gráfico 9* e da *Tabela 6*, pode-se notar que a quantidade (em percentual) de respostas “sim” foi aumentando entre a Situação 1 até a 3 tanto no Questionário 1 quanto no Questionário 2, e, obviamente, que as respostas “não” sofreram uma diminuição em idêntico parâmetro. Ou seja, quanto maior o suposto lucro na situação de risco narrada (15 milhões de reais na Situação 1, 20 milhões na Situação 2 e 30 milhões na Situação 3), mais se respondeu “sim” para a construção do condomínio, e, quanto maior o percentual de aumento do lucro entre uma situação e a seguinte, maior foi o percentual de variação das respostas equivalentes.

Dessa maneira, pode-se constatar, diante dos dados constantes nos dois questionários, que a mera possibilidade de o empreendedor vir a ter mais lucro na sua atividade, ainda que em situação de grande risco envolvendo uma prática ilícita, nitidamente incentivou respostas favoráveis à construção do condomínio em local irregular. Quanto mais dinheiro envolvido, a ser revertido em benefício do empreendedor, maior a chance de resultar na atitude ambientalmente prejudicial.

3.2.2.4 Análise dos resultados e conclusões extraídas do experimento

A partir da exposição dos resultados dos questionários, de forma individual e em conjunto, algumas constatações e conclusões podem ser destacadas.

Em primeiro lugar, é nítida a presença de uma quantidade superior de respostas “não” em comparação com o “sim” em ambos os questionários. Com base nisso, pode-se supor que ou os participantes são efetivamente honestos – uma vez que se trata de estímulo a pra-

ticar, de maneira hipotética, uma conduta ilegal –, ou têm aversão significativa ao risco – já que as situações testadas envolvem risco de prejuízo financeiro –, ou mesmo que tiveram receio de registrar em um experimento, ainda que de forma anônima, sua verdadeira intenção de praticar uma conduta ilegal.

É difícil, ao menos com o experimento realizado, afirmar exatamente qual o motivo dessa distância percentual entre as respostas. No entanto, isso de forma alguma prejudica os dados obtidos, considerando que restaram constatadas diferenças significativas de respostas entre os dois questionários (comparação entre as respostas do Questionário 1 e as do Questionário 2), o que é suficiente para o exame e confirmação da hipótese sob teste.

Em segundo lugar, pode-se, sem dúvida, afirmar que as reportagens jornalísticas fictícias reproduzidas em ambos os questionários induziram os comportamentos dos participantes da pesquisa. De fato, consoante o teor do *Gráfico 8* (comparação do percentual global de respostas “sim” e “não” dos questionários), vê-se que com a reportagem da rejeição da demolição, contida no Questionário 1, mais estudantes demonstraram interesse em construir o condomínio ilegal (32,61%) – responderam “sim”, portanto –, em comparação com os que estiveram sujeitos à reportagem da ordem de demolição cumulada com danos morais coletivos (18,52%), inserida no Questionário 2, o que dá uma diferença de 14,09%. Essa mesma constatação se obtém do *Gráfico 9*, em que se reproduziu visualmente a comparação entre as situações (S1, S2 e S3) de ambos os questionários de maneira individualizada. Considerando que a narrativa das situações 1, 2 e 3 é basicamente a mesma nos dois questionários, observa-se que o conteúdo da reportagem jornalística reproduzida no Questionário 1 e no 2, que é distinto, estimulou condutas que resultaram em percentuais de respostas divergentes em cada situação.

Dessa forma, é possível concluir que a reportagem de rejeição da destruição do empreendimento, contida no Questionário 1, estimulou comportamentos prejudiciais ao meio ambiente, assim como que a notícia jornalística da demolição da construção, oferecida no Questionário 2, induziu comportamentos ambientalmente benéficos. Trata-se da heurística da disponibilidade ou do efeito de ancoragem,

tratados na *Subseção 3.2.1*, os quais acarretam erros sistemáticos nas pessoas (vieses cognitivos) mas que igualmente podem se prestar, através de seus aproveitamentos para a tomada de decisões, a estimular comportamentos individuais no sentido da notícia que surge de plano na memória (disponibilidade) ou em acompanhamento à âncora oferecida (ancoragem).

É complicado, em um plano puramente racional, justificar o motivo pelo qual os participantes do experimento responderam de forma diversa aos questionamentos simplesmente porque foram inseridas, em cada questionário, reportagens fictícias com conteúdo inverso; mas, na verdade, isso sequer importa, ao menos para a abordagem que ora se propõe. O fato relevante é que a disponibilidade e a ancoragem funcionam; isto é, que são eficientes para a indução comportamental. Trata-se de constatação extremamente oportuna para os propósitos do presente estudo, no sentido de que a mídia exerce influência significativa nos comportamentos humanos, seja para algo positivo (como a proteção ambiental), seja para algo negativo (como praticar uma ilegalidade ambiental objetivando tão somente o lucro).

Em terceiro lugar, apurou-se que o lucro interfere no nível de aversão ao risco. Pode-se constatar, diante dos dados extraídos dos dois questionários – principalmente os reproduzidos no *Gráfico 9* –, que a mera possibilidade de o empreendedor vir a ter mais lucro na sua atividade, ainda que em situação de grande risco envolvendo uma prática ilegal, nitidamente incentivou respostas favoráveis à construção do condomínio em local irregular. Quanto mais dinheiro envolvido, em prol do suposto causador do dano, maior a possibilidade de se cometer a atitude ambientalmente ilícita.

Por esse motivo, verifica-se a necessidade, quando do cálculo de indenizações a título de danos morais coletivos, conforme proposto neste trabalho, de uma análise do lucro que seria obtido pelo causador do dano ambiental caso ele tivesse sido vencedor em um suposto processo judicial ou que sua ilegalidade sequer tivesse sido descoberta. Se o propósito é efetivamente prevenir novos danos por tal causador e outros possíveis causadores, a indenização necessita atingir um montante que desestimele essas condutas, e uma maneira de se

operacionalizar isso é através de um arbitramento em que o suposto lucro seja tomado como fundamento.

Dessa forma, testada a hipótese desenvolvida e apresentada no capítulo anterior (*Seção 2.7*), ela foi confirmada como verdadeira; trata-se, logo, de uma tese apta a produzir os resultados sociais prometidos. A conjugação das medidas de restituição do dano ambiental ao *status* original, indenização por danos morais coletivos e publicização da decisão judicial respectiva realmente tem o poder de induzir, estimular ou direcionar comportamentos humanos em um sentido ambientalmente preventivo. É possível, aliás, até que a divulgação de reportagens desfavoráveis na imprensa (como de rejeição da demolição) também tenha efeito indutor em sentido inverso, conforme visto no experimento, mas o fato relevante é que restou empiricamente confirmado que a notícia – na mídia – da demolição cumulada com danos morais estimulou comportamentos mais cautelosos.

Avançando mais um pouco na questão comportamental, pode-se igualmente afirmar, conforme testado, que o argumento central de acerto da hipótese é a aversão à perda presente nos participantes da pesquisa: quanto mais concreta a perda, maior o estímulo à aversão.

A conduta tecnicamente racional, no caso da pesquisa empírica, ainda que ilegal, era de o empreendedor efetivamente construir o condomínio, uma vez que havia a informação, no questionário, de que não possuía preocupações ambientais. Além disso, é de conhecimento comum que há construções irregulares, nos mesmos moldes do que foi descrito no experimento, por todo o Brasil; demolições de construções irregulares, como se sabe, são extremamente raras e excepcionais. Quando se oferece um estímulo à ideia de perda, no entanto – o que se fez através da disponibilidade ou ancoragem –, nota-se um nítido recuo por parte do participante da pesquisa.

Na verdade, a responsabilidade civil, para que tenha um enfoque preventivo eficiente – como o proposto neste trabalho –, só poderá ser efetivamente alcançada a partir do aproveitamento da aversão à perda presente nos indivíduos.

Conforme já dito, o ser humano é impelido mais fortemente a evitar perdas do que a obter ganhos (KAHNEMAN, 2012, p. 377). A aversão à perda, então, auxilia a produzir inércia de comportamentos, operando como uma espécie de *nudge* cognitivo, pressionando os indivíduos a não realizarem quaisquer mudanças (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 36-37). Sob esse raciocínio, mostra-se como algo extremamente oportuno, em termos sociais, utilizar essa característica – tal qual a ameaça de perda futura de um patrimônio a ser edificado, utilizada na elaboração do experimento – com objetivos ambientalmente favoráveis de não intervenção em local protegido por lei.

Essa aversão à perda, nessa linha, traduz-se como a própria essência estruturante de uma prevenção que realmente tenha impacto no comportamento das pessoas. E, para que ela seja efetiva, deve ser mais bem explorada e ampliada – de maneira a aprimorar seus efeitos – a partir do aproveitamento de outras características humanas com demonstração de racionalidade limitada, como é o caso da heurística ou viés da disponibilidade e do efeito ou viés da ancoragem, conforme aqui testado e aprovado, de modo a se atingir o resultado de um processo de tomada de decisão ambientalmente benéfico à maximização do bem-estar social.

4 Conclusões

O presente trabalho desenvolveu um estudo da responsabilidade civil ambiental a partir de uma abordagem econômica, com foco em sua aptidão para a prevenção de novos danos ao meio ambiente através da indução de comportamentos sociais. Trata-se, em suma, do uso de *insights* da economia para que um instituto tipicamente jurídico alcance reflexos fáticos direcionados à maximização do bem-estar social, ou seja, ao aprimoramento do nível de bem-estar da sociedade.

A economia é uma disciplina que confere um método de análise do comportamento humano, o qual pode perfeitamente ser transposto para a interpretação do direito e suas respectivas finalidades. Ela tem a capacidade de fornecer, além de uma teoria científica do compor-

tamento, um padrão normativo útil para a avaliação do direito e das políticas públicas com reflexos sociais. A análise econômica do direito (AED), também chamada de “direito e economia” (*law and economics*), envolve, dessa forma, a aplicação do instrumental da economia – microeconomia, economia do bem-estar e economia comportamental, por exemplo – para se tentar compreender, explicar e prever as implicações sociais e a própria racionalidade do ordenamento jurídico.

Dentro da economia do bem-estar foi desenvolvida a noção de eficiência de Kaldor-Hicks, que pode ser definida como a confrontação dos benefícios e custos sociais, configurando, essencialmente, a técnica da análise de custo-benefício. Esse modelo de eficiência possui conceito e aplicabilidade conectados ao ideal de maximização do bem-estar social. A partir desse raciocínio, em razão da eficiência de Kaldor-Hicks se direcionar rumo ao bem-estar coletivo – do qual o bem-estar ambiental faz parte –, ela consiste em uma ferramenta oportuna, enquanto referencial teórico, para subsidiar o estudo do direito ambiental a partir de uma abordagem econômica, direcionada a alcançar consequências sociais melhores e mais concretas.

O bem-estar social, economicamente falando, é formado a partir da fusão das utilidades (preferência ou satisfação que se retira de determinada situação) dos indivíduos que compõem a sociedade. Segundo a economia do bem-estar, não há uma função (matemática) considerada definitiva para sua descrição, mas uma regra básica a ser levada em conta é a de que quanto maior for o nível de utilidade individual dos membros da sociedade, maior será o índice de satisfação social (bem-estar social). Ademais, o bem-estar ambiental, visto como um padrão ambiental mínimo para a vida em um patamar satisfatório – isto é, em que os impactos causados ao meio ambiente não acarretem impedimentos significativos à vida em sociedade –, deve fazer parte da avaliação do nível de bem-estar de qualquer grupo social.

O meio ambiente, por consistir em um patrimônio finito e de interesse de toda coletividade, é um dos assuntos mais propícios para que se discutam consequências e soluções direcionadas à sua proteção eficiente, objetivando o aprimoramento do bem-estar social. Nessa linha, a AED, que indiscutivelmente foca no resultado útil do direi-

to, relativamente a seus reflexos jurídicos na sociedade, pode trazer várias contribuições ao direito ambiental e, de forma específica, ao tema da responsabilidade civil, tratado neste trabalho, de modo que efetivamente possa prevenir a ocorrência de novos danos ambientais, rumo ao aprimoramento social.

O dano ambiental, no plano dogmático, é caracterizado como um prejuízo causado em desfavor da natureza (patrimônio natural da sociedade) ou de outros bens especialmente protegidos pela legislação (bens culturais, por exemplo). Para a economia, no entanto, o dano é basicamente uma diminuição da função de utilidade ou lucro da vítima. O prejuízo ambiental configura, sob esse prisma, a redução do nível de satisfação social relacionado ao meio ambiente, patrimônio do qual a sociedade é titular.

Em complemento a essa noção, os economistas também descrevem os danos que estão excluídos de acordos privados como externalidades (custos externos). Quando há menção a uma externalidade, portanto, está necessariamente sendo feita referência aos custos ou benefícios que as atividades de algum agente impõem a terceiros. Se essa atividade acarreta custos, considera-se que produziu uma externalidade negativa; se traz benefícios, que gerou uma externalidade positiva.

Um dano ao meio ambiente, como regra, será ineficiente para o aprimoramento social, não importando se a sua prática ocasionou um resultado favorável (lucro, por exemplo) a seu praticante. A eficiência precisa ser examinada como uma relação interpessoal – entre indivíduos ou entre estes e a sociedade –, e nunca de forma dissociada. Sob o critério de Kaldor-Hicks, uma ação ou escolha só poderá ser enquadrada como eficiente caso se direcione à maximização do bem-estar social; trata-se de uma regra básica para sua correta interpretação.

O principal desafio imposto nas situações que envolvam lesões ambientais consiste em encontrar uma maneira de se mitigar a distorção existente na relação custo-benefício, de forma que o custo externo seja previamente internalizado pelo possível causador. Exatamente com esse propósito a economia desenvolveu o princípio do poluidor-pagador (PPP), que se funda na premissa de que o poluidor é responsável por assumir a internalização dos custos ambientais (ex-

ternalidades) a serem produzidos. Trata-se de uma política ambiental que foi criada com o objetivo de prevenir a ocorrência de danos ambientais, especialmente os decorrentes de poluição.

A responsabilidade civil ambiental, que possui diferenças em relação ao PPP, também deve ser vista, na sociedade atual, sob uma ótica preventiva, que deve inclusive ser seu principal direcionamento, ao contrário da visão de mera reparação do prejuízo sofrido. De fato, segundo a dogmática clássica, a responsabilidade civil consiste na obrigação de restituir o lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Nesse modelo tradicional, a responsabilidade civil se encontra atrelada à reparação dos danos pretéritos, decidindo sobre situações já concretizadas no passado.

No entanto, como dito, tem ganhado destaque um caráter funcional de prevenção da responsabilidade civil, através da criação de incentivos para a adoção de determinadas condutas, de forma a influenciar o comportamento das pessoas. O enfoque preventivo, dessa maneira, a partir de uma abordagem econômica, desponta como o objetivo primeiro de um sistema de responsabilidade civil eficiente, através do qual ele adquire contornos comportamentais direcionados ao bem-estar da sociedade. Este raciocínio é aplicável, de forma inclusive mais evidente, em casos de responsabilização por danos ao meio ambiente em que a vítima não é um particular, mas o próprio grupo social.

Sobre isso, destaca-se que a responsabilidade civil é tratada de forma distinta no âmbito do *common law* e do *civil law*. Quanto a tais sistemas, a principal diferença entre eles é que, no primeiro, a economia está em sua essência. Assim, ao contrário do direito brasileiro, que segue a estrutura do *civil law* e cuja preocupação preponderante é com a justiça no caso concreto, no *common law* há uma relação intrínseca com a noção e aplicação da eficiência, no sentido de maximização do bem-estar social enquanto objetivo do sistema, uma vez que a força dos precedentes acaba impactando de forma direta na condução dos rumos da sociedade. Sob esse ângulo, o *common law* prevê, de forma específica, por ocasião da responsabilização civil, uma medida para induzir comportamentos em direção ao aprimoramento

social. Trata-se da *punitive damage* (indenização punitiva), estabelecida como instrumento a ser utilizado para aprimorar e ampliar a função preventiva da reparação de danos ilicitamente causados, possuindo evidente natureza econômica, e não jurídica.

A responsabilização civil de danos ambientais, portanto, a partir da perspectiva de eficiência, deve servir como indutora de comportamentos sociais que foquem no aprimoramento do bem-estar ambiental e, conseqüentemente, bem-estar social; isto é, que a reparação do dano ambiental induza comportamentos futuros (no causador e demais indivíduos) especialmente direcionados à preservação (ou não deterioração) do meio ambiente.

Dessa forma, tendo por base a análise integrativa entre o direito e a economia, buscou-se, neste trabalho, a resposta à seguinte pergunta: de que maneira a responsabilização civil por danos ao meio ambiente pode auxiliar a prevenir novas lesões, de modo a estimular comportamentos individuais com o objetivo precípua de se atingir o aprimoramento (maximização) do bem-estar social e ambiental? Como resposta, foi estruturada a hipótese de pesquisa no sentido de que é realmente possível a indução de comportamentos ambientalmente preventivos através da responsabilidade civil, mas, para isso, os juízes, ao proferirem decisões reparatórias de lesões ao meio ambiente em processos judiciais, devem exigir e impor o cumprimento de algumas medidas: a recuperação integral do dano causado (internalização do custo externo produzido) e, como incentivo comportamental, a condenação do responsável ao pagamento de valores indenizatórios significativos a título de danos morais coletivos e a publicização dessa decisão judicial.

De fato, em primeiro lugar obviamente deve ser exigida a reparação integral do dano, entendida esta como a recomposição do ambiente ao seu estágio natural original, justamente para que a externalidade negativa criada seja anulada. Trata-se simplesmente da internalização, *a posteriori*, do custo externo (externalidade) suportado pela sociedade, titular do patrimônio ambiental degradado. Em seguida, deve-se passar à análise das medidas específicas que objetivam conferir um

direcionamento preventivo à responsabilidade civil, e ambas são um *plus* ao custo social a ser absorvido pelo causador do dano.

A primeira dessas medidas específicas é a condenação do responsável pelo dano a uma indenização imposta a título de danos morais coletivos. Partindo-se do pressuposto de que essa matéria restou resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a lesão ao meio ambiente efetivamente ocasiona dano moral coletivo ambiental, cumpre reconhecer que, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, essa condenação, transformada em valor a ser indenizado, possui caráter punitivo; ou seja, presta-se a interferir em situações fáticas, através da punição, e com isso auxiliar na prevenção de novos danos ao meio ambiente, mediante estímulo comportamental individual e coletivo. A decisão judicial condenatória por danos morais coletivos, então, configura medida com nítida base econômica, semelhante em objetivo às *punitive damages* (indenizações punitivas) do *common law*.

Por fim, outro custo que deve ser assumido pelo causador do dano é quanto à sua imagem perante a sociedade. Nessa linha, a publicização da decisão judicial condenatória, enquanto segunda medida específica a ser adotada, consiste em um prejuízo evidente à percepção social existente quanto ao causador do dano, especialmente à vista da atual necessidade mercadológica das empresas em serem vistas como “ecologicamente corretas” perante seus consumidores (*marketing* ecológico ou *green marketing*). E, igualmente, essa publicidade se presta a divulgar as medidas tomadas aos demais indivíduos, de forma que se sintam desestimulados a praticar eventuais danos ambientais, em razão do alto custo (monetário e quanto à imagem) que poderão ter que arcar; ou seja, uma indução comportamental para que danos semelhantes não sejam praticados.

Utilizando este raciocínio proposto, como se observa, transfere-se ao causador do dano não só a internalização da externalidade negativa produzida (custo social), mas também outros custos (dano moral coletivo e imagem perante os outros indivíduos) que, somados ao primeiro, contribuem para a proteção ambiental através de uma prevenção eficiente, decorrente exatamente da responsabilidade civil. Dessa forma, há uma integração entre diversos elementos que, juntos, resultam em

um ganho eficiente à proteção do meio ambiente (prevenção/precaução), de forma a recompor e maximizar o bem-estar social.

Em que pese a aparente efetividade das medidas antes indicadas, restou pendente a confirmação de que elas realmente funcionam, se podem efetivamente induzir comportamentos sociais ambientalmente preventivos. Para isso foi realizada uma pesquisa empírica, de modo a testar a hipótese de pesquisa desenvolvida e confirmar, ou não, sua veracidade.

Na montagem deste experimento foram utilizadas, para fins de teste, algumas técnicas e características comportamentais relacionadas à economia comportamental e ao *behavioral law and economics*, as quais resultaram em discussões interessantes decorrentes das respostas aos questionários dadas pelos participantes.

A economia comportamental é o estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas. Enquanto os modelos de microeconomia clássica pressupõem que as pessoas tomam decisões com o propósito único de se beneficiarem (modelo de escolha racional), a economia comportamental se concentra no fato de os indivíduos sistematicamente se desviarem da melhor decisão possível e de que maneira isso pode repercutir na eficiência alocativa.

Há o costume de se dizer, no âmbito da economia comportamental, que os tomadores de decisão possuem racionalidade limitada (*bounded rationality*) e por isso ocorrem distorções em seus julgamentos e escolhas, tendo-se uma ação tida por racional como parâmetro. Na realidade, a característica central dos agentes não é de que raciocinam de maneira deficiente, mas o fato de que frequentemente agem de maneira intuitiva. Por isso, então, ocorrem os desvios sistemáticos das ações que seriam consideradas racionalmente mais vantajosas. Trata-se, utilizando a linguagem da psicologia, das heurísticas – os atalhos intuitivos para encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, a perguntas difíceis – e dos vieses cognitivos – os erros sistemáticos, resultantes de heurísticas, no processo de tomada de decisões.

O *behavioral law and economics* caracteriza-se como o aprimoramento da abordagem conferida pelo *law and economics*, mediante o uso de uma concepção mais precisa das escolhas feitas pelos indivíduos – de racionalidade limitada, como dito –, refletindo melhor compreensão do comportamento humano e de sua essência. Em termos práticos, há dois instrumentos de aplicação das ideias centrais do *behavioral law and economics* que merecem destaque: *debiassing through law*, que em tradução literal significa “desenviesar através do direito” ou “desfazer vieses através do direito”, e *nudge*, palavra que pode ser traduzida para o português como “cutucada” ou “empurrão”, que é uma técnica de aplicação direta da economia comportamental nas políticas públicas. Ambos se destinam a corrigir vieses cognitivos; isto é, estabelecidos os equívocos comportamentais, eles funcionam como instrumentos para que as pessoas possam se desviar deles, direcionando as escolhas individuais em um sentido considerado melhor para seu próprio bem-estar.

Mas, analisando esse conteúdo sob outra perspectiva, questiona-se o seguinte: não haveria a possibilidade de simplesmente aproveitar a existência de vieses cognitivos (ou outras demonstrações tecnicamente irracionais nas pessoas) como uma maneira de se chegar a determinados objetivos destinados à maximização do bem-estar social e ambiental? A resposta é afirmativa; o uso dos vieses com finalidades benéficas é designado, no presente estudo, como aproveitamento de vieses cognitivos para aprimorar a tomada de decisões, em tradução livre de *harnessing decision biases to improve decision making*, e foi testado no experimento realizado.

Em ciências do comportamento há o costume de se efetuar levantamentos de dados a fim de determinar o grau de aceitação de hipóteses baseadas em teorias comportamentais. Formulada determinada hipótese, procede-se à coleta de dados empíricos e com base nesses se decide sobre a sua validade ou não; a decisão, com base nesses dados, pode levar à rejeição, revisão ou aceitação da teoria que a originou. A pesquisa empírica em direito, apesar de bastante difundida nos Estados Unidos, é praticamente inexistente no Brasil. Um fato inquestionável, porém, é que uma pesquisa com base em dados, e não

meramente teórica, é bastante oportuna para se avaliar o impacto de leis e das decisões judiciais na sociedade.

Exatamente com o objetivo de testar a hipótese de pesquisa, então, é que se elaborou um experimento para coleta de dados, através da aplicação de dois questionários a um público-alvo. Nesses questionários foram utilizados alguns estímulos comportamentais aos estudantes que responderam às perguntas formuladas: a aversão à perda, a heurística da disponibilidade e/ou o efeito de ancoragem.

A aversão à perda (*loss aversion*) ocorre quando a reação às perdas é mais forte do que a reação aos ganhos correspondentes; as pessoas são impelidas mais fortemente a evitar perdas do que a obter ganhos. Ela auxilia a produzir inércia de comportamentos, operando como uma espécie de *nudge* cognitivo, o qual pressiona os indivíduos a não realizar mudanças, ainda que elas sejam oportunas. A heurística da disponibilidade (*availability heuristic*) leva os indivíduos a exagerar a probabilidade da ocorrência de eventos que são facilmente lembrados e a subestimar a probabilidade de eventos que não vêm à memória de plano. É o processo de julgar a frequência de algo segundo a facilidade com que as ocorrências vêm à mente. Já o efeito de ancoragem (*anchoring effect*) acontece quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de fazer a estimativa desta. As âncoras também funcionam como *nudges*; elas podem influenciar a tomada de decisão com a mera sugestão de um ponto de partida, o qual irá ancorar a escolha a ser definida.

Tanto a aversão à perda quanto os vieses da disponibilidade e da ancoragem, com fins de aproveitamento para a tomada de decisões, foram utilizados como referenciais teóricos do experimento, os quais, em conjunto com o marco teórico que estrutura a hipótese central de pesquisa – eficiência de Kaldor-Hicks –, sustentaram o desenvolvimento e as conclusões do trabalho como um todo.

Em cada questionário havia a apresentação de uma reportagem jornalística fictícia – sem, contudo, constar a informação de que ela não era verídica –, em que se divulgava uma decisão judicial relacionada à prática de danos ambientais através da construção de condomínio

residencial de casas em área protegida pela legislação brasileira. No primeiro questionário (Questionário 1), noticiava-se que um juiz havia rejeitado a demolição de um condomínio construído nesses moldes; no segundo (Questionário 2), o juiz tanto determinava a demolição do condomínio quanto condenava o construtor a uma indenização por danos morais coletivos em valor expressivo. Diante dessas reportagens, foram formulados três questionamentos ao público-alvo, com respostas diretas (sim ou não), em que havia variação apenas no suposto lucro financeiro que o construtor das residências teria (15, 20 ou 30 milhões de reais) se não fosse condenado judicialmente pela construção de um condomínio em local ambientalmente ilegal. Objetivava-se, portanto, simular os casos apresentados e avaliar o comportamento das pessoas diante das situações de risco narradas em cada questionário.

Dos resultados obtidos, algumas constatações e conclusões podem ser destacadas. A primeira é de que houve muito mais respostas “não” do que “sim” em ambos os questionários; a grande maioria dos participantes não construiria o empreendimento em local irregular. Supõe-se, com base nesse dado, que ou os participantes são realmente honestos, ou têm aversão significativa ao risco, ou que tiveram receio de registrar em um experimento, ainda que de forma anônima, sua verdadeira intenção de praticar uma conduta ilegal. Trata-se, logo, de uma constatação sem conclusão definitiva.

A segunda constatação é de que as reportagens jornalísticas fictícias reproduzidas em ambos os questionários induziram os comportamentos dos participantes da pesquisa. Com a reportagem da rejeição da demolição, contida no Questionário 1, mais estudantes demonstraram interesse em construir o condomínio ilegal, em comparação com os que estiveram sujeitos à reportagem da ordem de demolição cumulada com danos morais coletivos, inserida no Questionário 2. O conteúdo da reportagem jornalística reproduzida nos questionários, que é distinto, estimulou condutas que resultaram em percentuais de respostas divergentes em cada situação.

Dessa maneira, conclui-se que a reportagem de rejeição da destruição do empreendimento, contida no Questionário 1, estimulou comportamentos prejudiciais ao meio ambiente, assim como que a

notícia jornalística da demolição da construção, oferecida no Questionário 2, induziu comportamentos ambientalmente benéficos. Trata-se da heurística da disponibilidade ou do efeito de ancoragem em operação, que ocasionam erros sistemáticos nas pessoas (vieses cognitivos) mas que igualmente podem se prestar, através de seus respectivos aproveitamentos, a estimular comportamentos individuais (tomada de decisões) no sentido da notícia que surge de plano na memória (disponibilidade) ou em acompanhamento à âncora oferecida (ancoragem).

Confirmou-se, então, que a disponibilidade e a ancoragem são eficientes para a indução comportamental, o que é um fato extremamente interessante para os propósitos do presente estudo. A exposição de reportagem na mídia exerce influência significativa nos comportamentos humanos, e isso pode ser utilizado (aproveitado) para algo positivo, como a proteção ambiental, ou mesmo para uma conduta negativa, como praticar uma ilegalidade ambiental objetivando tão somente o lucro.

A terceira constatação é de que a mera possibilidade de o empreendedor vir a ter mais lucro na sua atividade, ainda que em situação de grande risco envolvendo uma prática ilegal, incentivou respostas favoráveis à construção do condomínio em local irregular. Quanto mais dinheiro envolvido, em prol do suposto causador do dano, maior a possibilidade de se cometer a atitude ambientalmente ilícita. Conclui-se, dessa maneira, que o lucro a ser eventualmente obtido pelo causador do dano interfere no nível de aversão ao risco; ou seja, o responsável sofre menor influência da característica comportamental de aversão à perda em suas condutas.

Por essa razão, constata-se a necessidade, quando do cálculo de indenizações a título de danos morais coletivos, de pesquisar o lucro que seria eventualmente obtido pelo causador do dano ambiental caso ele tivesse sido vencedor em um suposto processo judicial ou sua ilegalidade sequer tivesse sido descoberta. A indenização, para prevenir novos danos pelo causador – e outros possíveis causadores –, precisa alcançar um montante que realmente desestimule essas ações prejudiciais, e uma forma de se operacionalizar isso é através de um arbitramento em que o suposto lucro seja tomado como base.

Como se pode ver – e aqui reside a conclusão principal do trabalho –, a hipótese de pesquisa foi testada e confirmada como verdadeira; trata-se de uma tese com aptidão para produzir os resultados sociais prometidos. De fato, a união das medidas de restituição do dano ambiental ao *status* original, indenização por danos morais coletivos e publicização da decisão, a serem tomadas em processo judicial (responsabilização civil ambiental), realmente tem a força de induzir comportamentos em um sentido ambientalmente preventivo.

Pelo que se observou, é até possível que a divulgação de reportagens desfavoráveis na imprensa, como de rejeição da demolição, ora testada, também tenha efeito estimulador em sentido prejudicial ao meio ambiente, conforme visto no experimento. No entanto, o fato relevante, para os propósitos da pesquisa, é que restou empiricamente confirmado que a notícia da demolição cumulada com danos morais, divulgada na imprensa escrita, induziu comportamentos mais cautelosos.

Por fim, indo mais além na questão comportamental, pode-se também afirmar, conforme testado, que o argumento central de acerto da hipótese é a aversão à perda presente nos participantes da pesquisa: quanto mais concreta a perda, maior foi o estímulo à aversão.

Na verdade, a responsabilidade civil, para que tenha um enfoque preventivo eficiente, necessariamente deverá efetuar o aproveitamento, para a tomada de decisões em situações de risco, da aversão à perda presente nos indivíduos. A aversão à perda, nessa perspectiva, traduz-se como a própria essência de uma prevenção que cause impacto indutor no comportamento das pessoas. E, para que ela seja efetiva, deve ser ampliada a partir da exploração de outras características humanas com feições de racionalidade limitada, como a heurística ou viés da disponibilidade e o efeito ou viés da ancoragem, conforme aqui testado e aprovado, de modo a se atingir o resultado de um processo decisório ambientalmente benéfico à maximização do bem-estar social.

Este trabalho não teve a intenção de exaurir a matéria aqui tratada, mas inserir um novo foco de discussão no direito ambiental, centrado mais no resultado pró-ambiente do que em discussões teóricas prévias, que, apesar de necessárias, não são, por si sós, eficazes

para o alcance dos objetivos estabelecidos na legislação ambiental. Trata-se de um primeiro passo, portanto, para uma forma mais útil de pensar o direito e seus respectivos reflexos na sociedade.

Referências

AGUIAR, Julio Cesar de. Abordagem econômica do direito: aspectos epistemológicos. *Lusíada*. Série de Direito, v. 1 e 2, Lisboa, p. 169-186, 2003.

AIDT, Toke S. Green taxes: refunding rules and lobbying. *Journal of Environmental Economics and Management*, n. 60, p. 31-43, 2010.

AMIR, Shmuel. The environmental cost of sustainable welfare. *Ecological Economics*, n. 13, p. 27-41, 1995.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARAGÃO, Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (Coords.). *Direito ambiental para o século XXI*. v. 1. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.

ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina: edição comemorativa – 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 327-345.

ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34-74.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*.

2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. *Deveres de proteção e o direito fundamental a ser protegido em face dos riscos de alimentos transgênicos*. 2009. 460 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

BABCOCK, Linda et al. Biased judgments of fairness in bargaining. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 85, n. 5, p. 1337-1343, 1995.

BARON, Jonathan. Heuristics and biases. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Edit.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 3-27.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2011.

BAYON, Ricardo; HAWN, Amanda; HAMILTON, Katherine. *Voluntary carbon markets: an international business guide to what they are and how they work*. 2. ed. London: Earthscan, 2009.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

_____. *The economic approach to human behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

_____. The economic way of looking at behavior. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, p. 385-409, 1993.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. *Diário Oficial da União*, 16 de setembro de 1965.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, 2 de setembro de 1981.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 de janeiro de 2002a.

_____. 2002. Decreto Legislativo n. 144, de 20 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, 21 de junho de 2002b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1198727, 2ª Turma, rel. Herman Benjamin, j. 14.8.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1269494, 2ª Turma, rel. Eliana Calmon, j. 24.9.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1410698, 2ª Turma, rel. Humberto Martins, j. 23.6.2015.

BROHÉ, Arnaud; EYRE, Nick; HOWARTH, Nicholas. *Carbon markets: an international business guide*. London: Earthscan, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 70, p. 499-553, 1961.

CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George. Behavioral economics: past, present, future. In: CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Edit.). *Advances in behavioral economics*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 3-51.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CIARELLI, Gustavo; AVILA, Marcos. A influência da mídia e da heurística da disponibilidade na percepção da realidade: um estudo experimental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 541-562, 2009.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

COOTER, Robert D. Economic analysis of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 79-101, 1982.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios. vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DOBBS, Ian. Externality, efficiency and the Pareto Principle. *International Review of Law and Economics*, n. 1, p. 167-181, 1981.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 9, n. 2, p. 191-226, 1980.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGEL, Cristoph. Behavioral law and economics: empirical methods. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Eds.). *The Oxford handbook of*

behavioral economics and the law. New York: Oxford University Press, 2014. p. 125-142.

ENGHAGEN, Linda K.; GILARDI, Anthony. Putting things in perspective: McDonald's and the \$2.9-million cup of coffee. *The Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, Ithaca, v. 43, n. 3, p. 53-60, 2002.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 69, n. 1, p. 1-133, 2002.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. Psicologia econômica: mente, comportamento e escolhas. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 165-175.

FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito civil: curso completo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FLEURBAEY, Marc. On sustainability and social welfare. *Journal of Environmental Economics and Management*, n. 71, p. 34-53, 2015.

FLEURBAEY, Marc; MANIQUET, François. *A theory of fairness and social welfare*. New York: Cambridge University Press, 2011.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. Princípio da precaução e regulação do risco nanotecnológico: consequências econômicas. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 296-314, 2014.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRIEDMAN, David D. *Hidden order: the economics of everyday life*. New York: HarperBusiness, 1996.

_____. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 139-157.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.

HANLEY, Nick; BARBIER, Edward B. *Pricing nature: cost-benefit analysis and environmental policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009.

HAYDEN, Grant M.; ELLIS, Stephen E. Law and economics after behavioral economics. *Kansas Law Review*, Lawrence, v. 55, p. 629-675, 2007.

HICKS, John. The foundations of welfare economics. *The Economic Journal*, Hoboken, v. 49, n. 196, p. 696-712, 1939.

HUGH, Thomas B.; DEKKER, Sidney W. A. Hindsight bias and outcome bias in the social construction of medical negligence: a review. *Journal of Law and Medicine*, v. 16, p. 846-857, 2009.

JAEGER, William K. *Environmental economics for tree huggers and other skeptics*. Washington: Island Press, 2005.

JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics. In: DIAMON, Peter; VARTAINEN, Hannu (Edit.). *Behavioral economics and its applications*. New Jersey: Princeton University Press, 2007. p. 115-155.

_____. Debiasing through law and the first amendment. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 67, p. 1411-1446, 2015.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through law. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 35, p. 199-241, 2006a.

_____. The law of implicit bias. *California Law Review*, v. 94, n. 4, p. 969-996, 2006b.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, p. 1471-1550, 1998a.

_____. Theories and tropes: a reply to Posner and Kelman. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, p. 1593-1608, 1998b.

JUST, David R. *Introduction to behavioral economics: noneconomic factors that shape economic decisions*. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2014.

KAHNEMAN, Daniel. Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 93, n. 5, p. 1449-1475, 2003.

_____. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. *American Psychologist*, Washington, v. 39, n. 4, p. 341-350, 1984.

_____. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New York, v. 47, n. 2, p. 263-292, 1979.

KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David; SUNSTEIN, Cass R. Shared outrage and erratic awards: the psychology of punitive damages. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 16, p. 49-86, 1998.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, Hoboken, v. 49, n. 195, p. 549-552, 1939.

KO, Eunju; HWANG, Yoo Kyung; KIM, Eun Young. Green marketing functions in building corporate image in the retail setting. *Journal of Business Research*, n. 66, p. 1709-1715, 2013.

KOLLMUSS, Anja et al. *Handbook of carbon offset programs: trading systems, funds, protocols and standards*. London: Earthscan, 2010.

KOROBKIN, Russel B. Comparative effectiveness research as choice architecture: the behavioral law and economics solution to the health care cost crisis. *Michigan Law Review*, v. 112, p. 523-574, 2014.

_____. Libertarian welfarism. *California Law Review*, v. 97, p. 1651-1685, 2009.

_____. What comes after victory for behavioral law and economics? *University of Illinois Law Review*, v. 2011, p. 1653-1674, 2011.

KOROBKIN, Russel B.; ULEN, Thomas S. Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1051- 1144, 2000.

LANDEO, Claudia M. Cognitive coherence and tort reform. *Journal of Economic Psychology*, v. 30, p. 898-912, 2009.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An economic theory of intentional torts. *International Review of Law and Economics*, n. 1, p. 127-154, 1981.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 1999. 350 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

_____. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 157-242.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 55, p. 195-218, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEVIN, Jack; FOX, James Alan; FORDE, David R. *Estatística para ciências humanas*. Tradução de Jorge Ritter. 11. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia*. Tradução de Regina Lyra e Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOEWENSTEIN, George; HAISLEY, Emily. The economist as therapist: methodological ramifications of “light” paternalism. In: CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew (Eds.). *The foundations of positive and normative economics: a handbook*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 210-245.

LUKEN, Ralph A. Equivocating on the polluter-pays principle: the consequences for Pakistan. *Journal of Environmental Management*, n. 90, p. 3479-3484, 2009.

LUPPI, Barbara; PARISI, Francesco; RAJAGOPALAN, Shruti. The rise and fall of the polluter-pays principle in developing countries. *International Review of Law and Economics*, n. 32, p. 134-144, 2012.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boujwijn; DE GEEST, Gerrit (Eds.). *Encyclopedia of law and economics*, vol. 1. The history and methodology of law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 65-117.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANN, Prem S. *Introductory statistics*. 7. ed. Danvers: John Wiley & Sons, Inc., 2010.

MARCIANO, Alain. Guido Calabresi’s economic analysis of law, Coase and the Coase theorem. *International Review of Law and Economics*, n. 32, p. 110-118, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 17, p. 199-242, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Nações Unidas, 11 de agosto de 1992.

_____. *Protocolo de Quioto*. Nações Unidas, 16 de março de 1998.

NOGUEIRA, Jorge Madeira; MEDEIROS, Marcelino Antonio Asano; ARRUDA, Flávia Silva Tavares de. Valoração econômica do meio ambiente: ciência ou empiricismo? *Cadernos de Ciência & Tecnologia*, v. 17, n. 2, p. 81-115, 2000.

PIGOU, A. C. *The economics of welfare*. 4. ed. London: MacMillan and Co., 1932.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 8. ed. New Jersey: Pearson Education, 2013.

POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.). *Encyclopedia of law and economics*, v. 1. Tort law and economics. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 180-200.

POSNER, Richard A. Rational choice, behavioral economics, and the law. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, p. 1551-1575, 1998.

_____. Behavioral law and economics: a critique. *Economic Education Bulletin*, v. 42, n. 8, p. 1-40, 2002.

_____. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 17-36, 2007.

RACHLINSKI, Jeffrey J. The “new” law and psychology: a reply to critics, skeptics, and cautious supporters. *Cornell Law Review*, v. 85, p. 739-766, 2000.

_____. The psychological foundations of behavioral law and economics. *University of Illinois Law Review*, n. 5, p. 1675-1696, 2011.

REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental law. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven (Coord.). *Handbook of Law and Economics*. Amsterdam: Elsevier, 2007. p. 499-589.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Edições Almedida, 2007.

SAMSON, Alain. Introdução à economia comportamental e experimental. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 25-59.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SANTOLIM, Cesar. Behavioral law and economics e a teoria dos contratos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 1, n. 3, p. 407-430, 2015.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHRUM, L. J. Media consumption and perceptions of social reality: effects and underlying processes. In: BRYANT, Jennings; ZILLMANN, Dolf (Edits.). *Media effects: advances in theory and research*. 2. ed. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2002. p. 69-95.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral law and economics: a progress report. *American Law and Economics Review*, v. 1, n. 1, p. 115-157, 1999.

_____. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge University Press, 2005.

_____. Nudging: a very short guide. *Journal of Consumer Policy*, v. 37, p. 583-588, 2014a.

_____. *Why nudge?* The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014b. E-book. ISBN 978-0-300-19786-0.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 205, p. 321-346, 2015.

THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2015. E-book. ISBN 978-0-393-24677-3.

_____. Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior and Organization*, n. 1, p. 39-60, 1980.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Penguin Books, 2009.

TULLOCK, Gordon. Welfare and the law. *International Review of Law and Economics*, n. 2, p. 151-163, 1982.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science, New Series*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*, 30 de abril de 2004.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação

do Rio de Janeiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, n. 14, p. 197-227, 2013.

VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Tort and insurance law. v. 25. Mörlenbach: Springer-Verlag/Wien, 2009. p. 219-236.

WELSCH, Heinz. Environmental welfare analysis: a life satisfaction approach. *Ecological Economics*, n. 62, p. 544-551, 2007.

WHITESIDE, Kerry H. *Precautionary politics: principle and practice in confronting environmental risk*. Cambridge: The MIT Press, 2006.

YEUNG, Luciana (Luk Tai). *Além dos "achismos", do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro*. 2010. 242 f. Tese (Doutorado em Economia) – Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2010.

ZAMIR, Eyal. Law's loss aversion. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Edit.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 268-299.

ZERBE JR., Richard O. *Economic efficiency in law and economics*. Northampton: Edward Elgar Publishing Inc., 2001.

Apêndice A – Projeto de pesquisa empírica



SUMÁRIO

Resumo.....	3
Introdução.....	3
Justificativa.....	4
Revisão bibliográfica.....	5
Objetivos e hipóteses.....	6
Metodologia e resultados esperados.....	6
Referências.....	7
Anexos.....	9
QUESTIONÁRIO 1.....	9
QUESTIONÁRIO 2.....	11
TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO.....	13

RESUMO

Trata-se de projeto de pesquisa empírica, no âmbito da análise econômica do direito e do *behavioral law and economics*, que objetiva, através da aplicação de dois questionários distintos a um público-alvo (estudantes universitários em nível de graduação), comprovar a tese de que as decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente (responsabilização civil ambiental) têm a capacidade de induzir, de forma eficiente, comportamentos sociais ambientalmente preventivos, focados na maximização do bem-estar social, desde que tenham impacto suficiente para causar temor em possíveis causadores de novas condutas danosas. Para tanto, será testada a hipótese de que a decisão judicial deve transferir ao causador do dano não só a internalização da externalidade produzida (custo social), mas também outros custos - dano moral coletivo e imagem/publicização da decisão - que, somados ao primeiro, contribuem para o objetivo preventivo, em razão da essência do comportamento humano de aversão à perda em situações de risco.

INTRODUÇÃO

Está sendo desenvolvida pelo autor deste projeto uma dissertação de mestrado em direito com o título “Análise Econômica da Responsabilidade Civil Ambiental: O impacto das decisões judiciais reparatórias na indução de comportamentos ambientalmente preventivos”, sob a orientação do Prof. Dr. Benjamin Miranda Tabak, junto à Universidade Católica de Brasília, com previsão de conclusão no segundo semestre de 2016.

No primeiro capítulo do desenvolvimento do trabalho, que já foi submetido a exame de qualificação em maio do corrente ano, foi apresentada a tese de que as decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente poderiam induzir, mesmo após os fatos lesivos já consumados, comportamentos sociais ambientalmente preventivos – seja ao degradador, seja aos demais integrantes da sociedade –, focados na maximização do bem-estar social. Para tanto, essas decisões deveriam transferir ao causador do dano não só a internalização da externalidade produzida, mas também outros custos (dano moral coletivo e imagem/publicidade da decisão) que, somados ao primeiro, contribuiriam para o objetivo preventivo. Ou seja, essas medidas, caso implementadas, teriam, em princípio, impacto suficiente para causar temor em possíveis praticantes de novas condutas danosas, em razão do

comportamento de aversão à perda que faz parte da essência humana.

No entanto, dessa tese resultaram alguns questionamentos fundamentais: Essas medidas são eficientes? Por quê? Há necessidade de se desfazer vieses através do direito (*debiasing through law*) para se alcançar objetivos socialmente desejáveis? Não se pode simplesmente aproveitar a existência de vieses cognitivos ou outras características irracionais nas pessoas – tal qual a aversão à perda, por exemplo - como uma maneira de se chegar a determinados objetivos direcionados ao bem-estar social/ambiental?

A busca da resposta a essas perguntas levou à necessidade de elaboração de uma pesquisa empírica, através da redação de dois questionários em que se simulam situações distintas e parcialmente antagônicas, que objetivam justamente, mediante os resultados a serem obtidos, confirmar, de forma segura, que as hipóteses até então apresentadas são verdadeiras.

Assim, com relação à estrutura deste projeto, primeiramente será oferecida a justificativa para a pesquisa e, na sequência, uma breve revisão da literatura a ser utilizada como referencial, para então se chegar aos objetivos a serem supostamente alcançados e à metodologia de trabalho. Em seguida, constarão as referências bibliográficas e, como anexos, os questionários a serem aplicados e respectivo termo de consentimento.

JUSTIFICATIVA

A dissertação de mestrado em elaboração representa um estudo da responsabilidade civil por danos ambientais sob prismas diferentes dos usuais – que são basicamente dogmáticos (dogmática jurídica) - e com teses a serem confirmadas através de pesquisa empírica em direito, experiência esta pouco explorada no Brasil.

Justifica-se o presente projeto de pesquisa, portanto, pela necessidade de se concluir a dissertação e comprovar as hipóteses até então desenvolvidas, no sentido de que as decisões judiciais que imponham a responsabilização civil ao causador de um dano ambiental efetivamente podem assumir um perfil preventivo, em prol da maximização do bem-estar social, mediante a efetivação de determinadas medidas (recuperação integral do dano, condenação em danos morais coletivos e publicação na imprensa da decisão proferida).

Destaca-se que a pesquisa empírica é a única forma de se comprovar, de forma científica, a veracidade da tese e sua respectiva eficiência na sociedade. Os dados atualmente

existentes no âmbito do Poder Judiciário não são suficientes para tanto e, da mesma forma, não trazem respostas satisfatórias acerca dos fundamentos comportamentais que levam à correção das medidas sugeridas.

Dessa forma, o que se pretende com este trabalho é ratificar, a partir de dados empíricos, um novo olhar sobre o direito ambiental, com o uso da eficiência e da psicologia cognitiva (economia comportamental) no exame do reflexo coletivo causado por decisões judiciais que tratem da reparação de danos ao meio ambiente, sob o enfoque da análise econômica do direito e do *behavioral law and economics*, a fim de se alcançar objetivos pragmáticos bem definidos de proteção e preservação do bem-estar social.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Como já dito, nesta pesquisa será feito um estudo dos fundamentos psicológicos (economia comportamental) para que a reparação civil de danos ambientais efetivamente adquira contornos precaucionais eficientes. Para tanto, será utilizado o comportamento de racionalidade limitada pela aversão excessiva à perda em situações de risco enquanto base teórica do trabalho a ser desenvolvido (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979; KAHNEMAN, 2012).

Parte-se, de plano, da presunção de que essa aversão faz parte da própria essência do ser humano – de forma sistemática e previsível (ARIELY, 2008) –, o que acabaria confirmando as hipóteses desenvolvidas, uma vez que, com as medidas judiciais antes sugeridas, tal característica seria aproveitada – em conjunto com o viés da disponibilidade – como instrumento apto a induzir comportamentos coletivos ambientalmente preventivos.

De fato, através do *behavioral law and economics*, que se caracteriza como um aprimoramento da abordagem conferida pelo *law and economics* – o qual presume a racionalidade do comportamento humano (FRIEDMAN, 2000) –, procede-se ao uso de uma concepção mais precisa das escolhas feitas pelos indivíduos – de racionalidade limitada –, refletindo uma compreensão melhor do comportamento humano e de sua essência (JOLLS, 2007). Através da economia comportamental, por exemplo, é possível dar forma e prever comportamentos relevantes para o direito com as ferramentas da análise econômica tradicional, porém com previsões e prescrições jurídicas mais apuradas.

Do pressuposto, portanto, de que o comportamento humano é sistemático e que pode

ser modulado (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998; CAMERER; LOEWENSTEIN, 2004), pretende-se ver confirmadas, através dos resultados a serem obtidos em razão da aplicação dos questionários constantes no anexo deste projeto de pesquisa empírica, as hipóteses até então levantadas meramente no plano teórico.

OBJETIVOS E HIPÓTESES

Este projeto de pesquisa empírica objetiva, através da aplicação de dois questionários distintos a um público-alvo composto por estudantes universitários em nível de graduação, comprovar a hipótese de que as decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente (responsabilização civil ambiental) têm a capacidade de induzir, de forma eficiente, comportamentos sociais ambientalmente preventivos, focados na maximização do bem-estar social, desde que tenham impacto suficiente para causar temor em possíveis causadores de novas condutas danosas, em razão do comportamento humano de aversão à perda. Para tanto, será testada a hipótese de que a decisão judicial deve transferir ao causador do dano não só a internalização da externalidade produzida (custo social), mas também outros custos (dano moral coletivo e imagem/publicização) que, somados ao primeiro, contribuem para o objetivo preventivo.

METODOLOGIA E RESULTADOS ESPERADOS

O presente projeto de pesquisa será executado através da distribuição de dois questionários a aproximadamente 200 estudantes universitários com idade mínima de 18 anos - 100 estudantes para cada questionário -, em nível de graduação, da Universidade Católica de Brasília (UCB), os quais deverão, previamente, preencher um termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE, em anexo) para que possam participar do trabalho a ser aplicado.

Em cada questionário há a apresentação de uma reportagem jornalística fictícia, em que se divulga uma decisão judicial envolvendo a prática de danos ambientais através da construção de um condomínio residencial de casas em área protegida pela legislação ambiental. No primeiro questionário (QUESTIONÁRIO 1, em anexo), o juiz rejeita a demolição de um condomínio, construído nesses moldes; no segundo (QUESTIONÁRIO 2, em anexo), tanto determina a demolição do condomínio quanto condena o construtor a uma

indenização em valor expressivo.

Frente a essas reportagens, são feitos três questionamentos ao público-alvo, com respostas diretas (sim ou não), em que há variação apenas no suposto prejuízo financeiro que o construtor das residências deveria assumir, caso condenado judicialmente pela construção de um condomínio em local ambientalmente ilegal. Objetiva-se, portanto, simular as situações apresentadas e avaliar o comportamento das pessoas frente às situações de risco narradas em cada questionário.

Acredita-se que as respostas ao Questionário 1 serão, em sua maioria, “sim” - especialmente nas situações 2 e 3 -, e, com relação ao Questionário 2, ao contrário, irá prevalecer a resposta “não” a todas as perguntas formuladas, com menor preponderância na situação 3. Com isso, poderá ser avaliada a conduta humana em situações de risco criadas por decisões judiciais divulgadas na imprensa (vieses da disponibilidade e/ou ancoragem), principalmente o nível de aversão à perda em cada situação simulada.

É importante frisar que **essa pesquisa, através da aplicação desses questionários a alunos de graduação maiores de idade (18 anos ou mais), é bastante singela e não envolve qualquer risco à saúde ou constrangimento às pessoas que o responderão. Não há enfoque médico no presente estudo, assim como inexistem objeções de caráter ético nas perguntas a ser formuladas aos estudantes universitários.**

Trata-se, tão somente, de uma pesquisa, no âmbito do direito e da economia (ciências sociais aplicadas), que pretende trazer resultados úteis à sociedade sem qualquer ofensa, riscos ou prejuízo aos participantes.

REFERÊNCIAS

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*; tradução Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George. Behavioral Economics: Past, Present, Future. In: CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Edit.). *Advances in Behavioral Economics*, New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 3-51.

FRIEDMAN, David D. *Law's Order: What economics has to do with law and why it matters*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics. In: DIAMON, Peter; VARTAINEN, Hannu (Edit.). *Behavioral Economics and Its Applications*, New Jersey: Princeton University

Press, 2007, p. 115-155.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through Law. *Journal of Legal Studies*, vol. 35, p. 199-241, 2006.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, p. 1471-1550, 1998.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*; tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, vol. 47, nº 2, p. 263-292, 1979.

Apêndice B – Questionários

QUESTIONÁRIO 1

Por favor, antes de responder ao questionário, preencha os campos abaixo com os seguintes dados:

Idade: _____

Sexo: () Masculino () Feminino

Curso: _____

Período que está cursando: _____

Examine a seguinte reportagem, publicada em um jornal na semana passada:

Justiça Federal recusa a demolição de um condomínio residencial na beira da praia

O juiz federal Joaquim de Almeida rejeitou uma ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, que pretendia a demolição de um condomínio de casas construído em região protegida pela legislação ambiental, na beira-mar da Praia Brava, em Florianópolis. A ação pretendia, além da demolição do empreendimento, a obrigação ao construtor de recuperar a área e pagar uma indenização equivalente a 10 milhões de reais a título de danos morais à sociedade.

Segundo a decisão judicial, o condomínio, com área total de 60.000 m², avançou sobre o cordão de dunas localizado junto à praia, o que é ambientalmente proibido. No entanto, como há diversas outras construções dessa espécie em todo litoral brasileiro, o juiz federal considerou que seria exagerada a condenação de apenas um construtor pela prática irregular.

Não cabe mais recurso da sentença, e o procurador do Ministério Público Federal preferiu não se manifestar sobre o conteúdo da decisão.

Você é um construtor de condomínios de casas e pretende instalar um condomínio à beira-mar, em outra praia do litoral catarinense, em local proibido pela legislação ambiental por avançar sobre a faixa de dunas costeiras. Você, como empresário, objetiva o lucro e considera eventual dano ambiental, nesse caso, irrelevante, até por haver inúmeras outras construções idênticas em todo litoral brasileiro.

Tendo conhecimento da reportagem jornalística acima, examine as situações descritas no verso e responda às perguntas formuladas:

Situação 1:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação judicial, com ordem de demolição da construção e determinação para pagamento de uma indenização, estimada em 10 milhões de reais, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 15 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 2:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação judicial, com ordem de demolição da construção e determinação para pagamento de uma indenização, estimada em 10 milhões de reais, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 20 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 3:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação judicial, com ordem de demolição da construção e determinação para pagamento de uma indenização, estimada em 10 milhões de reais, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 30 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

QUESTIONÁRIO 2

Por favor, antes de responder ao questionário, preencha os campos abaixo com os seguintes dados:

Idade: _____

Sexo: () Masculino () Feminino

Curso: _____

Período que está cursando: _____

Examine a seguinte reportagem, publicada em um jornal na semana passada:

Justiça Federal determina a demolição de um condomínio residencial na beira da praia

Atendendo uma ação judicial proposta pelo Ministério Público Federal, o juiz federal Joaquim de Almeida determinou a demolição de um condomínio de casas construído em região protegida pela legislação ambiental, na beira-mar da Praia Brava, em Florianópolis, e impôs ao construtor a necessidade de recuperar a área e pagar uma indenização equivalente a 10 milhões de reais a título de danos morais à sociedade.

Segundo a decisão judicial, o condomínio,

com área total de 60.000 m², avançou sobre o cordão de dunas localizado junto à praia, o que é ambientalmente proibido. Conforme o procurador Manoel Gomes, autor da ação, “trata-se de uma nítida tentativa de privatização de um espaço de acesso público, sendo que a legislação protege de forma específica aquele ambiente, assim como a flora e fauna ali existentes”.

Não cabe mais recurso da sentença, e o empreendedor, que preferiu não se manifestar, tem o prazo de 6 meses para efetuar a demolição das construções e pagar o valor da condenação.

Você é um construtor de condomínios de casas e pretende instalar um condomínio à beira-mar, em outra praia do litoral catarinense, em local proibido pela legislação ambiental por avançar sobre a faixa de dunas costeiras. Você, como empresário, objetiva o lucro e considera eventual dano ambiental, nesse caso, irrelevante, até por haver inúmeras outras construções idênticas em todo litoral brasileiro.

Tendo conhecimento da reportagem jornalística acima, examine as situações descritas no verso e responda às perguntas formuladas:

Situação 1:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação idêntica à retratada na reportagem, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, causaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 15 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 2:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação idêntica à retratada na reportagem, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, acarretaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 20 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Situação 3:

Caso você construa o condomínio e sofra uma condenação idêntica à retratada na reportagem, seu prejuízo líquido seria de 15 milhões de reais. Embora esse valor não quebre sua empresa, acarretaria um impacto negativo bem significativo, o que levaria muitos anos para ser recuperado. No entanto, caso você não seja processado ou ganhe o processo, seu lucro será de 30 milhões de reais.

Você construiria o condomínio? () SIM () NÃO

Apêndice C – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Você está sendo convidado(a) a participar da pesquisa intitulada “O impacto das decisões judiciais na indução de comportamentos sociais”, sob a responsabilidade do pesquisador Felipe da Silva Müller e do Prof. Dr. Benjamin Miranda Tabak. Nesta pesquisa nós estamos buscando entender o seu comportamento, individual e coletivo, frente a circunstâncias específicas decorrentes de decisões judiciais.

Você receberá todos os esclarecimentos necessários antes e no decorrer da pesquisa e lhe asseguramos que seu nome não aparecerá, sendo mantido o mais rigoroso sigilo por meio da omissão total de quaisquer informações que permitam identificá-lo(a). Você pode se recusar a responder qualquer questão do questionário que lhe traga constrangimento, podendo desistir de participar da pesquisa em qualquer momento sem nenhum prejuízo.

Na sua participação você receberá um questionário que buscará investigar qual decisão tomaria em determinada situação de risco. Neste questionário primeiramente constará a reprodução de uma notícia jornalística. Após sua leitura, você deverá assinalar “sim” ou “não” como resposta a três questões que lhe serão formuladas. O tempo estimado para sua realização é de 20 minutos.

Os resultados da pesquisa poderão ser publicados posteriormente, tanto em artigo científico quanto em dissertação de mestrado. Os dados e materiais utilizados na pesquisa ficarão sob a guarda do pesquisador.

Este projeto não oferece quaisquer riscos à sua pessoa, mas podem trazer inúmeros benefícios à compreensão da sociedade frente a algumas decisões judiciais.

É de nossa responsabilidade a assistência integral caso ocorram danos que estejam diretamente ou indiretamente relacionados à pesquisa. Esta pesquisa não lhe trará custos ou benefícios financeiros e é de nossa responsabilidade o ressarcimento de custeio de despesas diretamente relacionadas à aplicação da pesquisa.

Qualquer dúvida a respeito da pesquisa, você poderá entrar em contato com: mullerfs@yahoo.com.br e benjaminm.tabak@gmail.com. E, ainda: Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG-DIR) da Universidade Católica de Brasília (UCB), endereço SGAN Quadra 916, Módulo B, Av. W5 Norte, telefone: (61) 3448-7163.

Este projeto foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UCB. As dúvidas com relação à assinatura do TCLE ou os direitos do sujeito da pesquisa podem ser obtidos no CEP/UCB pelo telefone: (61) 3356-9784. O CEP da UCB está localizado na sala L02, no endereço Campus I - QS 07 - Lote 01 - EPCT - Águas Claras - Brasília - DF.

Este documento foi elaborado em duas vias, uma ficará com o pesquisador responsável e a outra com o voluntário da pesquisa.

Brasília, _____ de _____ de 2016.

Nome: _____

Assinatura: _____

Pesquisador Responsável: _____

Apêndice D - Dados completos do experimento

Tabela 7

Questionário	Idade	Gênero	Curso	Período	Situação 1	Situação 2	Situação 3
1	41	FEM	DIREITO	10	SIM	SIM	SIM
1	18	MAS	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	25	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	22	FEM	DIREITO	8	NÃO	NÃO	NÃO
1	21	MAS	DIREITO	3	SIM	SIM	SIM
1	21	FEM	DIREITO	7	SIM	SIM	SIM
1	19	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	22	MAS	DIREITO	3	SIM	SIM	SIM
1	22	MAS	DIREITO	4	NÃO	NÃO	SIM
1	19	MAS	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	24	MAS	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	22	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	20	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	23	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	22	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	19	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	22	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	20	MAS	DIREITO	6	SIM	SIM	SIM
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	21	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	26	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	26	FEM	DIREITO	6	NÃO	SIM	SIM
1	19	FEM	DIREITO	6	NÃO	SIM	SIM
1	21	MAS	DIREITO	-	NÃO	NÃO	NÃO
1	21	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	28	MAS	DIREITO	-	SIM	SIM	SIM
1	24	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO

1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	SIM	SIM
1	20	FEM	DIREITO	6	SIM	NÃO	NÃO
1	19	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	21	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	21	FEM	DIREITO	6	SIM	SIM	SIM
1	20	MAS	DIREITO	6	SIM	SIM	SIM
1	19	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	20	FEM	DIREITO	6	SIM	SIM	SIM
1	21	MAS	DIREITO	7	NÃO	NÃO	NÃO
1	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
1	46	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
1	20	FEM	DIREITO	6	SIM	SIM	SIM
1	19	MAS	DIREITO	4	NÃO	NÃO	NÃO
2	41	MAS	DIREITO	2	NÃO	NÃO	NÃO
2	19	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	35	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	19	MAS	DIREITO	3	SIM	SIM	SIM
2	19	MAS	DIREITO	3	SIM	SIM	SIM
2	18	MAS	DIREITO	3	SIM	SIM	SIM
2	19	FEM	DIREITO	5	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	19	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	32	MAS	DIREITO	4	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	MAS	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	21	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	19	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	54	FEM	DIREITO	4	NÃO	NÃO	SIM
2	25	FEM	DIREITO	3	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	-	NÃO	SIM	SIM
2	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM

2	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	21	FEM	DIREITO	6	NÃO	SIM	SIM
2	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	19	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	25	FEM	DIREITO	7	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	22	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	26	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	24	FEM	DIREITO	-	NÃO	NÃO	NÃO
2	37	MAS	DIREITO	9	NÃO	NÃO	NÃO
2	41	FEM	DIREITO	8	SIM	SIM	SIM
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	23	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	23	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	19	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	SIM
2	19	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	22	MAS	DIREITO	6	SIM	SIM	SIM
2	20	FEM	DIREITO	6	NÃO	SIM	SIM
2	21	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	20	MAS	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO
2	21	FEM	DIREITO	6	NÃO	NÃO	NÃO

Anexo – Parecer do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP)



PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: O impacto das decisões judiciais na indução de comportamentos sociais

Pesquisador: Felipe da Silva Muller

Área Temática:

Versão: 1

CAAE: 56713516.9.0000.0029

Instituição Proponente: Universidade Católica de Brasília - UCB

Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 1.600.959

Apresentação do Projeto:

Trata-se de um projeto de pesquisa no âmbito do mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília do estudante Felipe da Silva Muller sob orientação do Professor Benjamin Miranda Tabak.

Trata-se de projeto de pesquisa empírica, no âmbito da análise econômica do direito e do "behavioral law and economics", que objetiva, através da aplicação de dois questionários distintos a um público-alvo (estudantes universitários em nível de graduação), comprovar a tese de que as decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente (responsabilização civil ambiental) têm a capacidade de induzir, de forma eficiente, comportamentos sociais ambientalmente preventivos, focados na maximização do bem-estar social, desde que tenham impacto suficiente para causar temor em possíveis causadores de novas condutas danosas. Para tanto, será testada a hipótese de que a decisão judicial deve transferir ao causador do dano não só a internalização da externalidade produzida (custo social), mas também outros custos - dano moral coletivo e imagem/publicização da decisão - que, somados ao primeiro, contribuem para o objetivo preventivo, em razão da essência do comportamento humano de aversão à perda em situações de risco.

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco- L, Sala - 02
Bairro: Taguatinga **CEP:** 71.966-700
UF: DF **Município:** BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 **Fax:** (61)3356-3010 **E-mail:** cep@ucb.br



Continuação do Parecer: 1.600.959

Objetivo da Pesquisa:

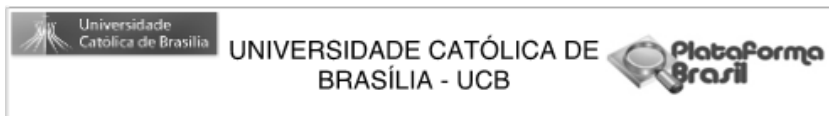
Objetivo Primário:

Este projeto de pesquisa empírica objetiva, através da aplicação de dois questionários distintos a um público-alvo composto por estudantes universitários em nível de graduação, comprovar a hipótese de que as decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente (responsabilização civil ambiental) têm a capacidade de induzir, de forma eficiente, comportamentos sociais ambientalmente preventivos, focados na maximização do bem-estar social, desde que tenham impacto suficiente para causar temor em possíveis causadores de novas condutas danosas, em razão do comportamento humano de aversão à perda. Para tanto, será testada a hipótese de que a decisão judicial deve transferir ao causador do dano não só a internalização da externalidade produzida (custo social), mas também outros custos (dano moral coletivo e imagem/publicização) que, somados ao primeiro, contribuem para o objetivo preventivo.

Objetivo Secundário:

A dissertação de mestrado em elaboração representa um estudo da responsabilidade civil por danos ambientais sob prismas diferentes dos usuais – que são basicamente dogmáticos (dogmática jurídica) - e com teses a serem confirmadas através de pesquisa empírica em direito, experiência esta pouco explorada no Brasil. Justifica-se o presente projeto de pesquisa, portanto, pela necessidade de se concluir a dissertação e comprovar as hipóteses até então desenvolvidas, no sentido de que as decisões judiciais que imponham a responsabilização civil ao causador de um dano ambiental efetivamente podem assumir um perfil preventivo, em prol da maximização do bem-estar social, mediante a efetivação de determinadas medidas (recuperação integral do dano, condenação em danos morais coletivos e publicação na imprensa da decisão proferida). Destaca-se que a pesquisa empírica é a única forma de se comprovar, de forma científica, a veracidade da tese e sua respectiva eficiência na sociedade. Os dados atualmente existentes no âmbito do Poder Judiciário não são suficientes para tanto e, da mesma forma, não trazem respostas satisfatórias acerca dos fundamentos comportamentais que levam à correção das medidas sugeridas. Dessa forma, o que se pretende com este trabalho é ratificar, a partir de dados empíricos, um novo olhar sobre o direito ambiental, com o uso da eficiência e da psicologia cognitiva (economia comportamental) no exame do reflexo coletivo causado por decisões judiciais que tratem da reparação de danos ao meio ambiente, sob o enfoque da análise econômica do direito e do "behavioral law and economics", a fim de se alcançar objetivos pragmáticos bem definidos de

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco- L Sala - 02
Bairro: Taguatinga **CEP:** 71.966-700
UF: DF **Município:** BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 **Fax:** (61)3356-3010 **E-mail:** cep@ucb.br



Continuação do Parecer: 1.600.859

proteção e preservação do bem-estar social.

Avaliação dos Riscos e Benefícios:

De acordo com o pesquisador, não há riscos não há riscos aos participantes.

Já sobre os benefícios, ele ressalta que o resultado desta pesquisa empírica pode trazer resultados úteis à sociedade, no sentido de se compreender de forma mais segura os efetivos impactos das decisões judiciais reparatórias de danos ambientais - responsabilização civil ambiental - na indução de comportamentos sociais ambientalmente preventivos.

Não haverá quaisquer benefícios financeiros aos participantes da pesquisa.

Observa-se que a proposta do autor é condizente com a proposta e com as normas que regem o Comitê.

Segundo a RES 466/12 item V.3 - O pesquisador responsável, ao perceber qualquer risco ou dano significativos ao participante da pesquisa, previstos, ou não, no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, deve comunicar o fato, imediatamente, ao Sistema CEP/CONEP, e avaliar, em caráter emergencial, a necessidade de adequar ou suspender o estudo.

Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:

Trata-se de projeto de pesquisa empírica, no âmbito da análise econômica do direito e do "behavioral law and economics", que objetiva, através da aplicação de dois questionários distintos a um público-alvo (estudantes universitários em nível de graduação), comprovar a tese de que as decisões judiciais reparatórias de danos ao meio ambiente (responsabilização civil ambiental) têm a capacidade de induzir, de forma eficiente, comportamentos sociais ambientalmente preventivos, focados na maximização do bem-estar social, desde que tenham impacto suficiente para

causar temor em possíveis causadores de novas condutas danosas. Para tanto, será testada a hipótese de que a decisão judicial deve transferir ao causador do dano não só a internalização da externalidade produzida (custo social), mas também outros custos - dano moral coletivo e imagem/publicização da decisão - que, somados ao primeiro, contribuem para o objetivo preventivo, em razão da essência do comportamento humano de aversão à perda em situações de risco.

O projeto de pesquisa será executado através da distribuição de dois questionários a aproximadamente 200 estudantes universitários com idade mínima de 18 anos - 100 estudantes para cada questionário -, em nível de graduação, da Universidade Católica de Brasília (UCB), os quais deverão, previamente, preencher um termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE, em anexo) para que possam participar do trabalho a ser aplicado. Em cada questionário há a

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco- L Sala - 02
Bairro: Taguatinga **CEP:** 71.966-700
UF: DF **Município:** BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 **Fax:** (61)3356-3010 **E-mail:** cep@ucb.br



Continuação do Parecer: 1.600.959

apresentação de uma reportagem jornalística fictícia.

A busca da resposta a essas perguntas levou à necessidade de elaboração de uma pesquisa empírica, através da redação de dois questionários em que se simulam situações distintas e parcialmente antagônicas, que objetivam justamente, mediante os resultados a serem obtidos, confirmar, de forma segura, que as hipóteses até então apresentadas são verdadeiras. No primeiro questionário (QUESTIONÁRIO), o juiz rejeita a demolição de um condomínio, construído nesses moldes; no segundo (QUESTIONÁRIO), tanto determina a demolição do condomínio quanto condena o construtor a uma indenização em valor expressivo. Frente a essas reportagens, são feitos três questionamentos ao público-alvo, com respostas diretas (sim ou não), em que há variação apenas no suposto prejuízo financeiro que o construtor das residências deveria assumir, caso condenado judicialmente pela construção de um condomínio em local ambientalmente ilegal. Objetiva-se, portanto, simular as situações apresentadas e avaliar o comportamento das pessoas frente às situações de risco narradas em cada questionário. É importante frisar que essa pesquisa, através da aplicação desses questionários, é bastante singela e não envolve qualquer risco à saúde ou constrangimento às pessoas que o responderão. Não há enfoque médico no presente estudo, assim como inexistem objeções de caráter ético nas perguntas a serem formuladas aos estudantes universitários. Trata-se, tão somente, de uma pesquisa, no âmbito do direito e da economia (ciências sociais aplicadas), que pretende trazer resultados úteis à sociedade

sem qualquer ofensa, riscos ou prejuízo aos participantes.

Critério de Inclusão:

Os participantes da pesquisa devem possuir idade mínima de 18 anos e ser estudantes universitários em nível de graduação da Universidade Católica de Brasília.

Critério de Exclusão:

Não podem participar alunos menores de idade da pesquisa.

Como Desfecho Primário, estima-se que com esta pesquisa serão confirmadas as hipóteses acima referidas. Ou seja, com relação ao Questionário 1, existe a expectativa de que predomine a resposta "sim" nas três situações, ou, ao menos, que na situação 1 haja uma divisão equânime entre as respostas "sim" e "não".

No questionário 2, a expectativa é no sentido de que predomine, de forma significativa, a resposta "não" nas três situações apresentadas, talvez havendo alguma variação na situação 3.

O desfecho secundário não se aplica de acordo com o autor.

Da análise do projeto verifica-se que:

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco- L Sala - 02
Bairro: Taguatinga CEP: 71.966-700
UF: DF Município: BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 Fax: (61)3356-3010 E-mail: cep@ucb.br



Continuação do Parecer: 1.600.959

A pesquisa está adequada aos princípios científicos que a justifiquem e com possibilidades concretas de responder a incertezas (RES 466/12 item III.2.a).

Ela está fundamentada na experimentação prévia realizada em laboratórios, animais ou em outros fatos científicos (RES 466/12 item III.2.b).

Possui antecedente científico e dado que justifiquem a pesquisa (RES 466/12 item III.2.b).

Há uma descrição detalhada e ordenada do projeto de pesquisa (material e métodos, casuística, resultados esperados e bibliografia) (RES 466/12 item III.2.e).

Há uma descrição dos propósitos e das hipóteses a serem testadas e o objetivo esta coerente com o título, introdução e com a metodologia apresentada (RES 466/12 item III.2.e).

O desenho do estudo está adequado para a proposta (RES 466/12 item III.2.e).

Estão descritas as características da população a estudar: tamanho, faixa etária, sexo, cor (classificação do IBGE), estado geral de saúde, classes e grupos sociais, etc. (RES 466/12 item III.2.e).

Estão descritos os métodos que afetem diretamente os sujeitos da pesquisa (RES 466/12 item III.2.e).

Estão descritos os planos para o recrutamento de indivíduos e os procedimentos a serem seguidos. Forneceu os critérios de inclusão e exclusão (RES 466/12 item III.2.e).

Há descrição do local da pesquisa, estão detalhadas as instalações dos serviços, centros, comunidades e instituições nas quais se processarão as várias etapas da pesquisa (RES 466/12 item III.2.e).

Está detalhada a existência de infraestrutura necessária ao desenvolvimento da pesquisa (RES 466/12 item III.2.e).

O desfecho primário está adequado para a proposta do estudo (RES 466/12 item III.2.e).

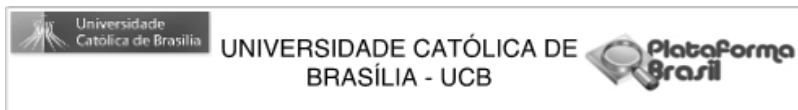
Há informações dos critérios para suspender ou encerrar a pesquisa (RES 466/12 item III.2.e).

Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:

Os documentos estão presentes e adequados.

Informamos que em acordo com a resolução 466/12 item IV.1 entende-se por Processo de Consentimento Livre e Esclarecido todas as etapas a serem necessariamente observadas para que o convidado a participar de uma pesquisa possa se manifestar, de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida.

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco- L. Sala - 02
Bairro: Taguatinga **CEP:** 71.966-700
UF: DF **Município:** BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 **Fax:** (61)3356-3010 **E-mail:** cep@ucb.br



Continuação do Parecer: 1.800.959

Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:

O projeto atende às exigências da Resolução 466/12 e recomenda-se sua aprovação pelo Comitê de Ética em Pesquisa.

Após a realização da pesquisa é compromisso dos/das proponentes a entrega de relatório final ou versão final do trabalho.

Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BASICAS_DO_PROJETO_724741.pdf	31/05/2016 23:29:07		Aceito
Outros	Questionario2.pdf	31/05/2016 23:14:38	Felipe da Silva Muller	Aceito
Outros	Questionario1.pdf	31/05/2016 23:14:16	Felipe da Silva Muller	Aceito
Outros	TermoDeCompromissoCursoDireito.pdf	31/05/2016 23:13:43	Felipe da Silva Muller	Aceito
Outros	CartaEncaminhamento.PDF	31/05/2016 23:12:27	Felipe da Silva Muller	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TermoDeConsentimento.pdf	31/05/2016 23:11:10	Felipe da Silva Muller	Aceito
Projeto Detalhado / Brochura Investigador	ProjetoDePesquisaComiteDeEtica.pdf	31/05/2016 23:10:39	Felipe da Silva Muller	Aceito
Folha de Rosto	FolhaRostoAssCoord.pdf	31/05/2016 23:09:27	Felipe da Silva Muller	Aceito

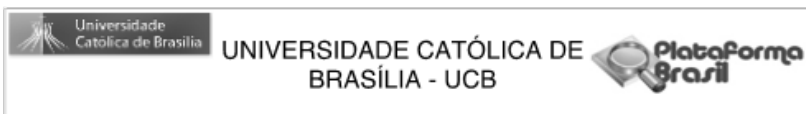
Situação do Parecer:

Aprovado

Necessita Apreciação da CONEP:

Não

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco - L Sala - 02
Bairro: Taguatinga **CEP:** 71.966-700
UF: DF **Município:** BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 **Fax:** (61)3356-3010 **E-mail:** cep@ucb.br



Continuação do Parecer: 1.600.858

BRASÍLIA, 14 de Junho de 2016

Assinado por:
Cintia do Couto Mascarenhas
(Coordenador)

Endereço: QS 07 Lote 01 EPCT - Anexo Bloco Central - Bloco- L Sala - 02
Bairro: Taguatinga **CEP:** 71.966-700
UF: DF **Município:** BRASÍLIA
Telefone: (61)3356-9784 **Fax:** (61)3356-3010 **E-mail:** cep@ucb.br

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Pólen soft 80g/m²

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

Tiragem

3.200 exemplares

MESTRADO EM DIREITO



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

Câmara Editorial – CED
Ministério Público Federal

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

Nelson Lacava Filho
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

MESTRADO EM DIREITO

Carlos Humberto Prola Júnior

Brasília-DF
2017



série pós-graduação
volume 5 - tomo 3

Série Pós-Graduação

MESTRADO EM DIREITO

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

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação de originais e revisão de provas

Sandra Maria Telles

Projeto gráfico

Rossele Silveira Curado

Capa

Artur Dias Rocha, Rossele Silveira Curado

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

M586 Mestrado em Direito / Claudia Regina Lovato Franco ...
[et al.]. – Brasília : ESMPU, 2017.
5 t. – (Série Pós-graduação ; v. 5)

ISBN 978-85-9527-010-7 (t. 1)

ISBN 978-85-9527-011-4 (t. 2)

ISBN 978-85-9527-012-1 (t. 3)

ISBN 978-85-9527-013-8 (t. 4)

ISBN 978-85-9527-018-3 (t. 5)

1. Valor social do trabalho. 2. Dumping social.
3. Responsabilidade civil ambiental. 4. Dano ambiental. 5. Aculturação.
6. Direitos indígenas. 7. Termo de ajustamento de conduta. 8. Polícia
judiciária militar – controle. 9. Segurança pública. I. Claudia Regina
Lovato Franco. II. Série. III. Título.

CDD 341.5

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-016-9

MESTRADO EM DIREITO

TOMO 3

**Antropologia, história e filosofia
política: um olhar sobre os direitos do
povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina**

Carlos Humberto Prola Júnior

À minha amada Aline, meu porto seguro e meu farol, em todas as jornadas, e aos meus filhos, Pedro e Theo, meus maiores tesouros.

Agradecimento

Inicialmente, agradeço à Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e ao Ministério Público Federal (MPF), instituições que possibilitaram e custearam a realização deste curso junto à Universidade Católica de Brasília (UCB).

Agradeço, também, à Chefia da Procuradoria da República em Santa Catarina pela compreensão e apoio, autorizando sempre com presteza as necessárias substituições em meus deslocamentos para as aulas e demais atividades acadêmicas em Brasília.

Meus agradecimentos à coordenação do mestrado em Direito da UCB, pela compreensão, flexibilidade e disposição em possibilitar todos os meios e implementar os ajustes necessários ao bom andamento das aulas e demais atividades acadêmicas, atendendo sempre com presteza e competência as demandas surgidas no decorrer do curso.

Agradeço, em particular, aos professores do programa de mestrado em Direito da UCB, não apenas pelos importantes e profundos ensinamentos, mas também pela paciência e compreensão em adaptar suas agendas de forma a possibilitar a concretização deste curso. Minha gratidão especial à Profa. Dra. Leila Bijos, minha orientadora, que, além das valiosas lições, dicas e orientações na elaboração da dissertação, nos brindou com sua vinda a Chapecó/SC, para conhecer a realidade do povo Kaingang da região.

Aos colegas e amigos dos vários ramos do Ministério Público da União, com os quais tive a honra e a felicidade de conviver nestes últimos dois anos, o meu maior agradecimento. Sem a amizade, o apoio e o companheirismo de cada um de vocês – e sem os inesquecíveis almoços de sextas-feiras – certamente essa jornada teria sido muito mais árdua.

Agradeço imensamente, ainda, aos servidores da Procuradoria da República em Chapecó pela dedicação, comprometimento e apoio na gratificante, mas bastante laboriosa atuação na temática indígena na região.

Por fim, um agradecimento especial ao povo Kaingang do Oeste catarinense, que, de forma generosa, tem me agraciado com seu convívio e muitas lições de vida. Nessa convivência, iniciada em 2013, certamente tenho sido eu o maior beneficiado.

Sumário

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 - ACULTURAÇÃO E O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL	27
1.1 O paradigma da aculturação	27
1.2 Antropologia, multiculturalismo e identidade étnica	32
1.3 Estado pluriétnico: o novo paradigma constitucional	47
1.4 O papel do laudo antropológico	52
1.5 Os Kaingang do Oeste catarinense	59
CAPÍTULO 2 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E MULTICULTURALISMO	71
2.1 Direitos humanos universais e relativismo cultural	71
2.2 Liberalismo político e crítica comunitarista	83
2.3 Política do reconhecimento	106
2.4 Liberalismo multicultural	132
CAPÍTULO 3 - DIREITOS DO POVO KAINGANG DO OESTE DE SANTA CATARINA	149
3.1 Autodeterminação	149
3.1.1 Autonomia e autogoverno	154
3.1.2 Direitos das minorias internas e questões de gênero	160
3.1.3 Jurisdição indígena e penas tradicionais Kaingang	166
3.1.4 Direito de consulta	173
3.2 Direito penal e direitos dos índios	179

3.2.1 Redução de pena e regime de semiliberdade	183
3.2.2 Fatos formalmente típicos praticados por índios	187
3.2.3 Competência, júri popular indígena e necessidade de punição	195
3.3 Posse permanente de terras tradicionais	199
3.3.1 Arrendamento e desenvolvimento sustentável	202
3.3.2 Empreendimentos hidrelétricos	210
3.4 Educação escolar indígena e língua materna	214
3.4.1 Língua kaingang	217
3.4.2 Cargo de professor indígena	222
3.5 Venda de artesanato e trabalho infantil	225
3.6 Apresentação do trabalho ao povo Kaingang	227
CONCLUSÕES	231
REFERÊNCIAS	239

Apresentação

A integração da visão prática de membros do Ministério Público da União (MPU) com a produção acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB) permitiu o desenvolvimento de relevantes pesquisas acerca de temas que irão contribuir de forma significativa para a atuação dos profissionais ligados ao universo jurídico. Desde o ingresso da primeira turma (até o momento temos quatro, sendo uma concluída), já se vislumbrava a contribuição significativa que essa parceria poderia trazer tanto para o Mestrado em Direito da UCB quanto para a comunidade científica e a sociedade brasileira.

O interesse pela pesquisa e o estudo de temas gerais do campo do direito público logo conduziram os discentes do MPU à diligência pela publicação de artigos como parte de suas atividades acadêmicas. Neste espaço vamos apresentar a quinta publicação desta série de edições da linha de pesquisa que visa ao estudo sobre o exercício do Ministério Público.

Esta publicação da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) reúne ensaios que discutem diversos aspectos da interface da práxis do Ministério Público com temas transversais do ordenamento social sob o mérito da análise e da interpretação jurídica possíveis. Temas como direito ambiental, valor social do trabalho, direito indígena, ação da polícia judiciária militar e a avaliação da eficácia dos termos de ajuste de conduta (TACs) comporão esta quinta publicação dos alunos do Mestrado em Direito da UCB que atuam junto ao MPU.

Dando continuidade às reflexões oriundas da produção acadêmica dos discentes, com esta edição a ESMPU vem oferecer aos brasileiros alguns ensaios jurídicos com o propósito de interpretar e ampliar o sentido da ação do MPU em relação aos mais diferentes temas da sociedade.

Uma análise do valor social do trabalho e o “*dumping social*” é o tema do livro de Claudia Regina Lovato Franco. Em seu texto, a autora situa historicamente o valor social do trabalho em sua conceituação desde o período do desenvolvimento industrial até a era da competitividade dos mercados. Destaca o fenômeno do “*dumping social*” como

resultado do desequilíbrio econômico-social desse processo histórico. Em seguida, avalia os resultados da atuação do sistema de justiça trabalhista para calcular as penalidades resultantes do dano moral coletivo inscritas nos termos de ajustamento de conduta e nas decisões judiciais. Com isso, demonstra metodologias de desestímulo de práticas ilícitas por parte de empresários e conclui, de forma otimista, pela melhoria das condições de vida dos trabalhadores brasileiros como consequência da valorização social do trabalho.

Felipe da Silva Müller trata do impacto das decisões judiciais reparatórias na indução de comportamentos ambientalmente preventivos. Seu tema é a responsabilidade civil ambiental. Nessa perspectiva, correlaciona a aplicação, por parte de juízes, do cumprimento de certas medidas judiciais com o sucesso no resultado de práticas ambientais preventivas via responsabilidade civil. Tais medidas judiciais são descritas de forma exemplar, como a recuperação integral do dano causado, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e a publicização de decisões proferidas. Conclui que a responsabilização civil, para ser preventivamente eficiente, deve promover a aversão à perda, presente nas pessoas, com o fim de motivar a tomada de decisões ambientalmente benéficas em situações de risco.

O ensaio de Carlos Humberto Prola Júnior delinea a trajetória de construção dos direitos do Povo Kaingang da região Oeste do Estado de Santa Catarina. Para esse propósito, remonta ao período de consolidação da ocupação do Oeste catarinense, com o início de um novo movimento colonizador da região, o qual irá trazer sucessivas investidas sobre o território do povo Kaingang. Segundo o autor, inicia-se nos anos 1970, no Oeste catarinense, uma interessante articulação de demandas por direitos indígenas perante os órgãos estatais, concomitantemente ao movimento de retomada de suas terras nativas. Esse processo, de acordo com a pesquisa, irá culminar com a discussão e consolidação de políticas públicas para o povo Kaingang, desde a demanda pelo exercício da jurisdição especificamente indígena, até a reivindicação por educação escolar indígena, entre outras.

Illan Fonseca de Souza oferece aos leitores seu ensaio sobre uma análise empírica da efetividade dos termos de ajuste de conduta

firmados pelo Ministério Público do Trabalho. Logo de início, chama a atenção para o fato de que sua pesquisa quer mesmo saber se os chamados termos de ajuste de conduta, instrumentos utilizados pelo Ministério Público, estão sendo cumpridos. Para esse fim, foram realizadas pesquisas empíricas junto às Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª Regiões do Estado de São Paulo. Acaba por concluir pela fragilidade do desempenho atual dos TACs no sucesso em alcançar seus objetivos precípuos, e também pela constatação de padrão de recalcitrância dos empregadores frente aos ajustes de conduta.

Antônio Duarte encerra o volume trazendo à discussão o tema do controle externo da atividade da polícia em geral e, de modo destacado, o da Polícia Judiciária Militar. Salienta a definição de sistema de justiça militar segundo a Carta Magna de 1988 para a aplicação de normas relacionadas ao ordenamento penal militar. A seguir, traz à discussão o padrão de Polícia Judiciária Militar constituído no Brasil, destacando, sobretudo, suas deficiências, ao mesmo tempo em que aponta para a necessidade de sua readequação à realidade nacional. Conclui, por fim, com um elenco de propostas para a melhoria da atividade de Polícia Judiciária Militar, entre as quais a sua institucionalização.

Ao compartilhar esta publicação com a academia e a sociedade brasileira, esperamos nós, dirigentes de instituições de educação, contribuir para o processo continuado de debate entre educadores e a sociedade civil organizada ligada ao mundo jurídico, bem como para a mobilização de agentes públicos na perspectiva da melhoria dos métodos e processos judiciais em prática no Brasil.

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior
do Ministério Público da União

Gilberto Garcia
Reitor da Universidade
Católica de Brasília

Introdução

Este não é um trabalho de antropologia, ou de filosofia política, ou de história indígena, mas um estudo jurídico que pretende articular algumas teorias dessas áreas do conhecimento, buscando uma compreensão sobre a vida e os direitos dos índios Kaingang do Oeste de Santa Catarina. A escolha desse tema guarda estreita relação com minha atuação como Procurador da República, lotado desde o final de 2013 na Procuradoria da República em Chapecó/SC.

Apesar de já atuar há alguns anos no Ministério Público e ter vivido por mais de doze anos no Estado de Santa Catarina, tive naquele momento o primeiro contato com a denominada “temática indígena”. A primeira impressão foi de surpresa e um certo estranhamento. Surpresa, porque nunca antes ficara sabendo que havia índios em Santa Catarina. Estranhamento, porque não havia penas, arcos ou flechas; os índios usavam calça jeans, tênis e camiseta; dirigiam veículos e usavam telefones celulares; e muitos falavam o português perfeitamente. Na verdade, muitos falavam somente o português. “Mas, afinal, que índios eram aqueles?”, lá no fundo eu me perguntava. Para alguém que até então havia atuado preponderantemente no combate ao crime e à corrupção, tudo era muito estranho.

Mas o estranhamento foi cedendo espaço para a descoberta da diferença. Aqueles grupos possuíam cacique, por eles eleito em pleitos muitas vezes tumultuados; possuíam escolas e unidades de saúde diferenciadas, localizadas em suas terras indígenas e aldeias, das quais reclamavam bastante quanto às más condições; muitos falavam a língua Kaingang e outros até desconheciam o português; fabricavam cestos e ornamentos e se deslocavam com os filhos, os netos e outros familiares para a venda desse artesanato no centro da cidade, o que às vezes gerava conflito com autoridades locais; cursavam licenciatura intercultural na universidade, visando ingressar como professor indígena em suas escolas; puniam seus membros com o “tronco” e a “transferência”, mas alguns não aceitavam essas punições e buscavam o Judiciário e o Ministério Público Federal, para a defesa de seus direitos; promoviam manifestações e faziam frequentes representações pleiteando a conclusão da demarcação de suas áreas, conclusão de escolas ou reformas de

unidades de saúde, ou noticiando a falta de médicos ou medicamentos, de cestas básicas ou recursos para atividades produtivas; e eram sempre muito firmes, às vezes enérgicos até, em suas manifestações.

Diante daquele “eu diferente”, e não dispondo de formação em áreas correlatas nem experiência anterior nessa matéria, procurei ouvir e tentar compreender seus conflitos e suas demandas, que muitas vezes apresentavam contradições entre aspectos da sua cultura e algumas normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais assegurados pela Carta de 1988. Nessa atuação como membro do Ministério Público Federal, nas questões trazidas pelos Kaingang ou naquelas identificadas nas visitas às terras indígenas, verificava que atuar somente sob uma ótica técnico-jurídica, segundo uma pauta de direitos humanos universais, poderia gerar (e às vezes realmente gerava) males até piores do que aqueles que se pretendia solucionar. Surgiu aí a vontade de cursar este Mestrado em Direito para estudar e tentar entender melhor essa temática, buscando produzir conhecimento para uma melhor compreensão e uma atuação mais bem situada diante dessa imensa diversidade cultural que caracteriza os povos indígenas do nosso país e dos enormes problemas por eles enfrentados, nas mais variadas matérias.

Hoje, entre todos os países latino-americanos, o Brasil ocupa uma posição singular, com uma multiplicidade única de povos indígenas, grupos descendentes de populações pré-colombianas que, desde épocas imemoriais, habitavam o litoral, a região amazônica e o interior do país. Uma miríade de nações e tribos, que sofreu drástica redução no âmbito de um processo de colonização imbuída de escravismo, extermínio e ausência de direitos jurídicos.

Os colonizadores europeus não trouxeram desenvolvimento nem meios para o bem-estar dos índios. Após o período colonial, marcado por genocídio, pacificação forçada, escravagismo e expulsão sucessiva desses povos tradicionais, segue a história nacional do Brasil, iniciada com a independência, em 1822, e de continuidade dessa dominação dos povos indígenas, mesmo que por formas mais amenas de coerção administrativa, situação pouco alterada com a Proclamação da República, em 1889¹.

1 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 31.

Os dados demográficos não deixam dúvidas quanto a esse quadro de verdadeiro extermínio desses povos tradicionais. De uma população entre 2 e 5 milhões e de um total de cerca de 1.400 povos indígenas no ano de 1500, com aproximadamente 1.300 línguas faladas², atualmente, segundo dados do Censo Demográfico de 2010, tem-se em torno de 900 mil indígenas e 305 diferentes povos no Brasil, com 274 línguas indígenas registradas e poucas etnias com uma população acima de 20 mil habitantes³.

Essa triste realidade decorre do colonialismo e de políticas assimilacionistas, que têm predominado no país desde a edição do Diretório dos Índios, em 1757, pelo Marquês de Pombal, que em sua gestão estimulava o casamento entre portugueses e índias, como estratégia política de povoamento e desenvolvimento do então Brasil Colônia, consolidando a ideia de integração à sociedade nacional e de “evolução” dos índios, com seu casamento com brancos⁴.

Esse processo de “aculturação”, realizado num primeiro momento pelas missões jesuíticas, encarregadas da evangelização dos “selvagens”, passa depois ao monopólio laico-estatal, por meio do antigo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão antecessor da atual Fundação Nacional do Índio (FUNAI). O objetivo, em ambos os casos, era um só: “civilizar” os índios.

Essas ideias de assimilação e integração dos índios à sociedade nacional estão associadas às ideias positivistas de progresso e evolução permanente das sociedades e na crença absoluta na capacidade da ciência, princípios iluministas incorporados pelo pensamento moderno, que se sustentam na crença de que a sociedade ocidental é mais desenvolvida, melhor e hierarquicamente superior às dos grupos étnicos minoritários⁵.

Esse processo de extermínio – físico e identitário – dos povos indígenas segue na esteira da ocupação do interior do Brasil, com a

2 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 46-51.

3 IBGE. *O Brasil indígena*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/as-com/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

4 LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo ethos jurídico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 503-526, jul./dez. 2010.

5 Ibid.

expansão da sociedade nacional através das denominadas fronteiras extrativista, pastoril e agrícola do país⁶.

No século XIX, com o avanço da cultura do café – localizada inicialmente nas matas próximas ao Rio de Janeiro, alcançando o vale do Paraíba e, depois, São Paulo –, intensificam-se os contatos com os índios Kaingang⁷, conhecidos como “Coroados”, que ocupavam as matas que se estendiam do vale do Tietê ao vale do Paranapanema, chegando até o Paraná⁸.

Esses índios, “que viviam no recesso das matas, em São Paulo, Paraná e Santa Catarina, eram conhecidos como Guaianás, Coroados, Bugres ou Botocudos”, falantes da língua Kaingang, da família Jê, pertencente ao tronco Macro-Jê⁹. Tratava-se de grupos “reconhecidamente belicosos”¹⁰, que até então não haviam despertado o interesse dos bandeirantes como mão de obra escrava, por serem mais aguerridos e pouco numerosos em relação a outros grupos “mais dóceis” que existiam mais a oeste, e por tratar-se de gente de “língua travada” e que praticava uma agricultura muito primitiva, que não daria “escravos de qualidade”¹¹.

Em São Paulo, os conflitos com os “civilizados” se intensificaram com o avanço das ferrovias sobre os territórios Kaingang. No Sul, alguns grupos já haviam sido subjugados anteriormente por criadores de gado e sobreviviam nos capões de mata, desde os campos de Guarapuava, Ivaí e Palmas, até o Rio Grande do Sul¹².

Em Santa Catarina, os Kaingang foram expulsos no processo de ocupação do Oeste do estado pela “sociedade nacional”, para exploração de madeira das extensas florestas de araucárias então existentes, assentamento de colonos descendentes de europeus e, mais recente-

6 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Círculo do Livro, 1985. p. 21.

7 Conforme Cid Fernandes e Piovezana, a etimologia da palavra “Kaingang” é “homem do mato” (CID FERNANDES, Ricardo; PIOVEZANA, Leonel. *Perspectivas Kaingang sobre o direito territorial e ambiental no Sul do Brasil*. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2015. p. 126).

8 RIBEIRO, op. cit., p. 93-94.

9 RIBEIRO, op. cit., p. 94.

10 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 64.

11 RIBEIRO, op. cit., p. 94.

12 RIBEIRO, op. cit., p. 94-98.

mente, implantação de lavouras de soja e milho. Contudo, a partir da década de 1970, os indígenas promovem um movimento de retomada de suas terras tradicionais, resultando em conflituosos processos de demarcação de suas áreas na região.

Embora tenham sofrido um intenso processo de sucessivos genocídios, expulsões e assimilações forçadas, ver os povos indígenas apenas como vítimas, ou objeto do sistema colonial europeu, pode acabar por retirar-lhes seu papel de sujeitos históricos, de protagonistas no curso e no resultado de sua própria história, correndo-se o risco de cair na armadilha paternalista, uma outra face de sua eliminação¹³. Conforme destaca Lisboa¹⁴, “saber fazer as alianças certas foi fundamental tanto para o sucesso das empresas coloniais como para a sobrevivência dos diferentes grupos indígenas”, o que resta particularmente verdadeiro para o índios Kaingang, que não são meros objetos, mas atores importantes da história do Oeste catarinense.

Trata-se, assim, de um povo indígena em intenso contato com a sociedade envolvente¹⁵ e que, especialmente com o advento da Constituição de 1988, reivindica a promoção de seus direitos e a tutela estatal com relação a seus costumes e tradições, a partir de suas cosmovisões. A luta pelo reconhecimento de sua identidade étnica, em especial, ganha relevo no caso dos Kaingang, que não apresentam os sinais diacríticos do índio “puro” que ainda permeia o imaginário nacional, sendo apontados como índios “aculturados” – não índios, portanto – e sofrendo forte preconceito da sociedade envolvente. Assegurar os direitos desse povo, enquanto Kaingang e não apesar de Kaingang, é o grande desafio.

Esse tensionamento, aliado ao ethos guerreiro característico da etnia, tem gerado conflitos, internos e externos – estes últimos envolvendo não índios, em especial agricultores e produtores rurais da região –, que, juntamente com questões relativas às deficiências na prestação de serviços públicos, disputas pelo uso da terra, aplicação de

13 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 92-93.

14 *Ibid.*, p. 93.

15 Neste trabalho, sociedade envolvente é sinônimo de sociedade majoritária e de sociedade nacional, representando o grupo majoritário do estado brasileiro.

penas tradicionais, entre outros variados temas, são levados rotineiramente para apreciação da Procuradoria da República em Chapecó/SC¹⁶, que precisa enfrentá-los, adotando medidas ou apontando caminhos para a solução dos impasses – que, em muitos casos, pode passar pela não intervenção da Instituição.

Este trabalho objetiva estabelecer um referencial teórico para uma reflexão sobre essas questões que envolvem realidades socio-culturais tão diversas quanto complexas, em que liberdades e direitos fundamentais, de um lado, e culturas e identidades, de outro, muitas vezes se apresentam em aparente contradição.

Buscar um equilíbrio adequado na atuação em defesa dos direitos dos índios, na proteção e promoção de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, garantindo condições que assegurem sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições – como determina a Constituição –, sem cair em um relativismo cultural vazio nem condenando esses povos a um “essencialismo” e um isolacionismo que somente existem no estereótipo ainda presente nos livros escolares e nas comemorações do dia 19 de abril – segundo o senso comum de que seria possível congelar uma cultura na história e que vê nos povos indígenas espécies naturais a serem preservadas –, eis a empreitada que se apresenta.

Embora focado e, ao final, problematizado na realidade do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina, o trabalho pretende construir um arcabouço teórico que seja, em alguma medida, adequado também à realidade de cada um dos demais povos e comunidades tradicionais do país. Para isso, contudo, é necessário não perder de vista que “as respostas a nossas indagações mais gerais [...] devem ser buscadas, se é que existem, nos pequenos detalhes da vida vivida”¹⁷.

Além disso, o presente estudo pretende construir um instrumento de reflexão que possa fomentar uma melhor compreensão acerca

16 Nos termos do art. 129 da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...].

17 GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 9.

da realidade de opressão, miséria, preconceito e, muitas vezes, de extermínio a que estão submetidos esses povos tradicionais.

A abordagem escolhida e o referencial teórico utilizado refletem esses objetivos, buscando-se teorias que, reconhecidas em sua área de conhecimento, sejam também adequadas às realidades empíricas observáveis e aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. A inevitável perda de amplitude, de um lado, é contrabalançada, de outro, pelo ganho em concretude, se não para apresentar respostas acabadas, ao menos para apontar caminhos possíveis de serem trilhados. O desafio, também aí, não se mostra pequeno.

A raiz dos problemas e paradoxos que afetam os povos tradicionais do país parece ser tão profunda que, parafraseando Geertz¹⁸, “não raro, a pesquisa social de pouco serve senão para demonstrar sua exata profundidade”. Ou seja, o desequilíbrio entre a capacidade de descobrir o problema – ou pelo menos uma pista dele – e a capacidade de descobrir o que deve ser feito para aliviá-lo, muitas vezes é enorme. Contudo, por mais ineficiente que seja a abordagem científica, será ela mais eficaz do que, por exemplo, “acender velas para Nossa Senhora”¹⁹.

O trabalho foi estruturado em três capítulos, além desta Introdução e das Conclusões finais.

No Capítulo 1, apresenta-se inicialmente um histórico do processo de aculturação dos povos indígenas, primeiro por assimilação, depois com o fito de integração, e os reflexos dessa concepção na legislação e na jurisprudência de nossos tribunais. A seguir, a partir de teorias antropológicas que se apresentam mais adequadas às realidades empíricas observadas, discorre-se sobre o relativismo cultural e a impossibilidade de comparação das culturas entre si, classificando-as em mais ou menos desenvolvidas. O texto também desconstrói o pressuposto do isolamento como elemento constituidor das identidades, enfocando os grupos étnicos como uma forma de organização social, categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos, passando o ponto central da investigação a ser a fronteira étnica que define o grupo, não o conteúdo cultural por

18 GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 32.

19 Ibid., p. 36-37.

ela delimitado. Após, debruça-se sobre a análise do novo paradigma estabelecido pela Constituição de 1988, que, rompendo com o paradigma anterior de aculturação, reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural, consagrando o direito à diferenciação social. A seguir, é realizada uma análise do papel e das peculiaridades dos laudos antropológicos na abordagem dos casos concretos envolvendo os direitos dos índios, apresentando ao final uma breve reconstrução da história do Povo Kaingang no Oeste de Santa Catarina, visando melhor situar o objeto principal deste estudo.

O Capítulo 2 inicia abordando as questões que envolvem essa aparente oposição entre direitos fundamentais e multiculturalismo, enfatizando a preocupação em não cair nos extremos do relativismo cultural, do subjetivismo, de um lado, ou do racionalismo, das universalidades homogeneizantes, de outro. Trata-se da preocupação de que a ênfase na diferença, na diversidade, na estranheza, na descontinuidade, “possa acabar nos deixando com pouco a dizer senão que nos outros lugares as coisas são diferentes e que a cultura é o que a cultura faz”. Ou, ao contrário, que a moral seja posta acima da cultura e o conhecimento acima de ambas²⁰. Busca-se, portanto, estabelecer pautas de distribuição de bens e direitos num determinado estado, indagando se devemos resguardar a esfera privada de qualquer opção substantiva ou impregnar o Estado de concepções moralmente situadas; se ainda é possível pensar na universalidade dos direitos humanos ou se é inevitável particularizar as concepções de bem e de vida boa²¹.

O trabalho analisa a teoria liberal, em especial o liberalismo político de John Rawls, referencial inicial numa tentativa de harmonizar liberdades e direitos fundamentais – de caráter universalizante –, de um lado, e culturas e identidades, moralmente situadas, de outro. Conforme destaca aquele autor, o liberalismo político propõe-se a formular uma concepção de justiça para um regime democrático constitucional liberal que uma pluralidade de doutrinas, religiosas e não religiosas, liberais ou não, possam sobrecrever pelas razões certas,

20 GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 52-67.

21 LOIS, Cecilia Caballero. A filosofia constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, p. 121-141, jul. 2005.

uma concepção que se sustente por si própria, cuja formulação não deriva – ou é parte – de nenhuma doutrina abrangente.

Segue abordando a crítica comunitarista ao liberalismo político e sua concepção atomística e individualista do ser humano, que seria artificial, desconectado da realidade, desconsiderando os laços de pertença com a comunidade, que dão sentido à vida do indivíduo e onde a sua identidade também é forjada. É analisada em especial a crítica de Michael Sandel ao liberalismo e a política de reconhecimento, na visão de Charles Taylor e, também, de Boaventura de Souza Santos, e sua importância para a identidade dos indivíduos e dos grupos étnicos e culturais diferenciados.

O capítulo encerra analisando o liberalismo multicultural, de Will Kynlicka, perspectiva que defende que a cultura é um bem que a comunidade política deve proteger e que, para esse fim, é necessário suplementar o liberalismo e sua pauta universal de direitos humanos, atribuindo às minorias etnoculturais um conjunto específico de direitos.

No Capítulo 3 são enfrentadas situações concretas vivenciadas na realidade atual do Povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina. A análise parte do arcabouço teórico construído nas seções anteriores do trabalho, visando apontar caminhos para uma abordagem pelo Direito de questões que vão desde a autodeterminação dos povos indígenas e os direitos de suas minorias internas, passando pelo arrendamento de terras indígenas para o plantio de soja transgênica e a participação de crianças na venda de artesanato na área urbana das cidades da região, chegando até a imputação de crimes aos índios que praticam condutas tipificadas em lei e a aplicação de penas tradicionais pelas lideranças indígenas. Em que pese muitas dessas questões já tenham até sido efetivamente enfrentadas pela Procuradoria da República em Chapecó, a análise realizada busca estar comprometida unicamente com o referencial teórico que fundamenta este trabalho, e não com as posições que tenham sido adotadas nos processos e procedimentos específicos – embora sejam eles uma referência importante do trabalho.

O capítulo encerra apresentando as principais ponderações dos próprios Kaingang acerca deste trabalho, colhidas em apresentação realizada para eles antes do fechamento deste texto.

Capítulo 1 – Aculturação e o novo paradigma constitucional

1.1 O paradigma da aculturação

Nossa história evidencia que, desde o período colonial até os dias atuais, o Estado e parte expressiva da sociedade brasileira jamais aceitaram conviver, com tranquilidade, com diferentes culturas e grupos étnicos minoritários dentro do território nacional, respeitando-os em sua autonomia e dignidade próprias²².

Num primeiro momento, escravidão e guerra justa foram os fundamentos das ações levadas a cabo por Portugal e Espanha na conquista e colonização da América²³. Nesse processo de dominação, e pela necessidade econômica de mão de obra intensiva para a administração dos latifúndios, a exploração do trabalho escravo indígena foi praticada durante todo o período colonial e imperial do Brasil, vindo a ser proibida por lei, de modo irrestrito e permanente, somente em 1831²⁴.

Ressalte-se que essa necessidade econômica da escravidão permitida e estimulada pela Coroa portuguesa contrastava com a Bula *Sublimis Deus*, de 1537, editada pelo papa Paulo III, que havia declarado os índios como “verdadeiras pessoas” e com capacidade para aceitar a fé cristã, proibindo a escravidão e a privação de todos os índios, tanto dos convertidos, como dos gentios.²⁵ O período colonial do Brasil é, assim, marcado por sucessivas medidas que ora libertam, ora escravizam os índios²⁶.

Em consequência das discussões entre jesuítas e colonos sobre as práticas da escravidão, levadas ao conhecimento da Coroa portuguesa, o rei Dom Sebastião promulgou uma lei, em 1570, que permitia a

22 LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo ethos jurídico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 503-526, jul./dez. 2010.

23 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 35.

24 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 96-97.

25 *Ibid.*, p. 105.

26 GOMES DA SILVA, op. cit., p. 36.

escravidão apenas sob os pressupostos da guerra justa ou da existência de antropofagia. Essa norma sofreu forte resistência por parte dos colonos, que argumentavam que não conseguiriam obter mão de obra suficiente para as fazendas e engenhos. Assim, em 1574 foi editada uma norma que previa, como hipótese de aquisição permitida de escravos, a *autovenda voluntária* de um índio maior de 21 anos a um fazendeiro²⁷.

Esse processo de transformação dos índios em escravos ocorreu, portanto, sob uma ordem legal que, formalmente, os considerava livres. Essa injusta e ilegal conversão dos índios – sujeitos livres – em escravos foi possível por meio do instituto denominado administração particular, em que os colonos assumiam o papel de administradores particulares dos índios, considerados incapazes. No desempenho desse papel, exerciam controle pleno sobre a pessoa e sua propriedade, sem que isso caracterizasse escravidão. Essa forma de escravizar os índios é apontada como o germe da tutela, positivada pela primeira vez no período imperial, em 1831, por lei que classificava os índios libertados como órfãos e os colocava sob a tutela dos Juízes de Órfãos, que passavam a administrar os bens de sua propriedade²⁸.

Embora o objetivo dessa norma pudesse ter sido o de proteger o índio, acabou por produzir resultados pouco animadores, gerando, no nível normativo, a incapacidade relativa positivada no Código Civil de 1916²⁹ e, ao nível interpretativo, o seu infantilismo social³⁰, espécie de política de aculturação que conformou todo o paradigma normativo em relação aos povos indígenas até a promulgação da Constituição de 1988.

Durante o período colonial, os índios brasileiros foram objeto de um trabalho missionário agressivo realizado pela Companhia de Jesus, encarregada de sua evangelização e “civilização”, imposta in-

27 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 106-107.

28 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 42.

29 Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...]

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

30 GOMES DA SILVA, op. cit., p. 43.

clusivo por meio de coação e violência, quando não houvesse desistência incondicional de seu modo de vida tradicional³¹. No império, a “civilização” e a “catequese” dos índios continuaram sendo objetivos a serem alcançados pelo Estado do Brasil, embora com redução drástica, tanto da abrangência como do êxito da atividade missionária.³²

Com a promulgação da República e a separação entre Estado e Igreja, a catequese passa a ser assunto somente da Igreja, não mais incentivada pelo Estado. Ocorre, então, a substituição da catequese incentivada pelo Estado pela proteção laico-estatal dos indígenas, institucionalizada com a criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI)³³.

Nesse período, sob a influência da filosofia positivista e de princípios evolucionistas, afirmava-se que as sociedades indígenas seriam exemplos de um estágio anterior e primitivo da evolução humana, ocorrida sempre de forma linear, constituindo um estágio de transição que desapareceria na medida em que ocorresse sua incorporação, física e cultural, à sociedade nacional, mais desenvolvida. Os índios eram vistos como um fenômeno prestes a se extinguir, sem possibilidade de continuidade ou reprodução. Enquanto estivessem a caminho dessa “incorporação”, os “silvícolas” deveriam ser educados pelo SPI. Incorporação e integração dos índios à sociedade nacional foi, portanto, o objetivo principal da política indigenista do período republicano até 1988³⁴.

Nesse contexto, foi editado o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, que estabelecia, em seu art. 1º, como objetivo da política indigenista, a manutenção da cultura indígena e, ao mesmo tempo e de forma paradoxal, a integração progressiva e harmônica dos índios na sociedade nacional³⁵. O art. 50 dessa norma autorizava a continuidade da prática exercida pelo SPI na educação e instrução dos índios, preparados para sua integração na sociedade nacional “por meio de um processo

31 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 134.

32 *Ibid.*, p. 146-150.

33 *Ibid.*, p. 152-160.

34 *Ibid.*, p. 160-165.

35 Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

de compreensão gradual dos problemas gerais e dos valores da sociedade, com o aproveitamento de suas capacidades individuais”³⁶.

Conforme esclarece Vitorelli³⁷, a pretensão da norma era fazer com que os índios deixassem de existir enquanto tais, passando a integrar a sociedade não indígena, olvidando que eles, enquanto indígenas, já faziam parte dessa “comunhão nacional”.

Em seu artigo 4^o³⁸, o Estatuto adota, de forma condensada, a classificação desenvolvida por Darcy Ribeiro³⁹, com quatro categorias referentes “aos graus de contato com a sociedade nacional, a saber: *isolados, contato intermitente, contato permanente e integrados*”, que representam “etapas sucessivas e necessárias da integração das populações indígenas na sociedade nacional”.

Nessa mesma linha, a Exposição de Motivos do Código de 1940 denota a pretensão de excluir os índios da imposição de penas pela aplicação do atual art. 26⁴⁰, que assim dispõe:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Com isso, tem sido afastada a responsabilidade penal dos índios ditos “não integrados”, “inadaptados”, enquadrando-os na categoria de *pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado*.

36 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 164-165.

37 VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 31.

38 Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

39 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Círculo do Livro, 1985. p. 386-388.

40 VITORELLI, op. cit., p. 340-341.

Esse entendimento permeia a Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, que têm afirmado até mesmo a desnecessidade de elaboração de laudo pericial para aferir essa “indianidade”, esse “primitivismo” dos índios, desde que presentes sinais de “aculturação” como “certo grau de escolaridade”, “fluência na língua portuguesa”, “habilidade para conduzir motocicleta”⁴¹.

Portanto, políticas de *aculturação* conformaram o paradigma normativo vigente até a promulgação da Constituição de 1988: *assimilação*, do período colonial até o final do século XIX; *integração*, do início do século XIX até o seu final. Aculturação é o gênero cujas espécies seriam a assimilação – alienação da cultura de origem e assimilação da cultura de acolhimento – e a integração – que supõe a aceitação dos valores culturais da sociedade de acolhimento, mas com preservação da identidade de origem. A primeira seria uma forma imposta de aculturação; a segunda, uma forma espontânea⁴². Na primeira, não sobraria espaço para manutenção de qualquer traço da cultura originária; na segunda, restaria uma esperança de permanência de indícios da sociedade tradicional⁴³.

Essa ideia de integração do índio à sociedade nacional funda-se em princípios ético-valorativos de origem mais secular, que pregam a assimilação cultural do índio à sociedade envolvente como algo necessário, inevitável e como “resultado do inexorável progresso das sociedades ocidentais”⁴⁴.

Portanto, embora a modernidade ocidental tenha reconhecido a igualdade, a liberdade e a cidadania como princípios emancipatórios da vida social, devendo a desigualdade e a exclusão serem justificadas

41 Nesse sentido, entre outros: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus n. 85198. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 17 nov 2005. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 out. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Habeas Corpus n. 30.113/MA. Julgado em 5 out 2004. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

42 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 34-35.

43 *Ibid.*, p. 41.

44 LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo *ethos* jurídico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 503-526, jul./dez. 2010.

como ilegítimas exceções, nada disso valeu para as sociedades sujeitas ao colonialismo. Nestas, a desigualdade e a exclusão vigoraram como princípios, que tinham como “opção”, quando muito, a violência da coerção ou a violência da assimilação⁴⁵.

Nesse contexto, a aposta do Estado Brasileiro sempre foi que os índios iriam desaparecer – e quanto mais rapidamente melhor. Fez-se “o possível e o impossível, o inominável e o abominável para tanto”, desde exterminá-los fisicamente, “desindianizá-los”, transformá-los em “trabalhadores nacionais”, cristianizá-los, “vesti-los”, ou até mesmo proibir-lhes as línguas que falam ou falavam⁴⁶.

Contudo, por razões várias, as políticas oficiais de assimilação e integração não foram atingidas e os indígenas não foram assimilados ou integrados⁴⁷. Ou seja, os povos indígenas não foram exterminados, a denotar que a assimilação e a integração eram e são historicamente evitáveis.

1.2 Antropologia, multiculturalismo e identidade étnica

Conforme esclarece Lisboa⁴⁸, a Antropologia surge, como área autônoma do conhecimento, na segunda metade do século 19, como fruto do colonialismo europeu na África, na Oceania e em parte da Ásia, que levou à publicação de estudos sobre dados coletados acerca dos povos encontrados nesses continentes.

O estudo da antropologia está intimamente ligado à noção de cultura, que se refere “àquela parte do ambiente produzida por homens e por eles apreendida e utilizada no processo contínuo de adaptação e transformação da sociedade e dos indivíduos”⁴⁹. Segundo esclarece Colaço, “a cultura está inserida no processo de socialização de

45 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 280.

46 VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Povos indígenas*. Os involuntários da pátria. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/554056-povos-indigenas-os-involuntarios-da-patria>>. Acesso em: 15 maio 2016.

47 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 44.

48 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 68.

49 RATTNER, 2005 apud COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de antropologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 14.

cada ser, que se constitui no convívio comunitário, no qual são assimiladas as normas, os padrões, a conduta, a religião, a língua, enfim, o conjunto que compõe o estilo de vida”, sendo por meio dela que um povo constrói sua identidade e mantém viva a sua história⁵⁰.

A antropologia, assim – e conforme se depreende da etimologia da própria palavra –, poderia ser definida como “o estudo do homem como ser biológico, social e cultural”, o que, contudo, não explica muita coisa. Colaço, porém, argumenta que, qualquer que seja a definição adotada, seria possível⁵¹:

[...] entender a Antropologia como a reposta para conhecermos o que somos a partir do espelho fornecido pelo “outro”; uma maneira de se situar na fronteira de vários mundos sociais e culturais, abrindo janelas entre eles, através das quais pode-se ampliar nossas possibilidades de sentir, agir e refletir sobre o que, afinal de contas, nos torna seres singulares, humanos.

No que concerne mais diretamente ao objeto deste trabalho – que não pretende nem deseja ser um estudo antropológico – Veiga⁵² esclarece que equívocos da antropologia na década de 1970 levaram a considerar que os Kaingang, inseridos nas regiões ditas mais desenvolvidas do país – Sul e Sudeste –, teriam perdido sua forma própria de viver e dados como “aculturados”, termo que ainda pesa sobre os povos indígenas como um estigma, em que pese o novo paradigma com que os antropólogos brasileiros vêm trabalhando desde a década de 1990. Nesse sentido, em quadro no qual apresenta a “situação dos grupos indígenas brasileiros em 1957, quanto ao grau de integração na sociedade nacional”, Darcy Ribeiro⁵³ já classificava os Kaingang como índios “integrados”.

Destacam-se, sobre esse ponto, as contundentes palavras de Cid Fernandes e Piovezana⁵⁴:

50 COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de antropologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 14.

51 *Ibid.*, p. 14-15.

52 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 6-7.

53 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Círculo do Livro, 1985. p. 213-214.

54 CID FERNANDES, Ricardo; PIOVEZANA, Leonel. Perspectivas Kaingang sobre o direito territorial e ambiental no sul do Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2015. p. 115.

[...] o senso comum revela a razão etnocêntrica e preconceituosa que cerca a realidade indígena brasileira. Dois extremos: de um lado, a sensação, sempre presente, de que os índios do sul não são mais índios; de outro, a convicção de que esses índios são aproveitadores, indigentes do social e exploradores do natural.

O bom selvagem, por estas bandas, é mito que não se atualizou. Ser índio no sul é, na versão *hardcore* do senso comum, ser vagabundo; é contar com a tutela generosa da FUNAI; é poder dispor de terras e os recursos naturais à vontade. Em sua versão *light*, o senso comum, vê os índios como excluídos genéricos; credores de uma dívida histórica que, como outras tantas, jamais será paga.

Portanto, em processo semelhante ao dos denominados “índios misturados” do Nordeste, os Kaingang do Oeste de Santa Catarina têm sido tachados de índios “aculturados”, que apresentariam traços que os desqualificariam como tais e os colocariam em oposição aos índios “puros” do passado, idealizados e apresentados como antepassados míticos⁵⁵. Nessa visão, usar calça jeans, portar carteira de motorista, possuir uma antena parabólica em sua residência, ou até mesmo utilizar telefone celular seria um indicativo da perda de sua “indianidade” e a demonstração patente de sua “aculturação”.

A noção de “aculturação” envolvida neste trabalho é a de perda cultural (e identitária, portanto), ideia que, no Brasil, permeia e alimenta o “senso comum”, de que um grupo, em contato com outro, tenderia progressivamente a se “aculturar”, a adquirir sempre mais elementos culturais por ele não produzidos. É a visão leiga de separar o joio do trigo: quem é “realmente” indígena, o que se dá com apoio no art. 4º do Estatuto do Índio, já referido⁵⁶.

O laudo antropológico, nessa visão, seria o instrumento para a definição do grau de integração, a medida da conservação “de sua vida nativa”, relacionada a um passado pré-colombiano, em que gru-

55 OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 1998. p. 52.

56 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

pos (supostamente) isolados iriam progressivamente entrando em contato com grupos da sociedade europeia⁵⁷.

Essa visão de isolamento e “pureza” cultural contrasta com uma perspectiva de interação e interconexões, mais adequada à realidade empírica observada em estudos etnográficos e que, como se verá adiante, melhor se coaduna ao novo paradigma estabelecido pela Constituição de 1988.

Embora muitas das constatações e teorias apresentadas neste trabalho não representem novidades no âmbito da antropologia, sendo amplamente aceitas já há algum tempo naquela ciência, trata-se de temas que ainda causam surpresa e conflitam com muitas certezas que perfazem o senso comum dos denominados “operadores do Direito”, motivo pelo qual sua abordagem neste trabalho resta perfeitamente justificada.

Dessa forma, cabe esclarecer inicialmente que descobertas arqueológicas relativas a fósseis do Australopithecíneos indicam que o surgimento da capacidade cultural não foi uma ocorrência abrupta – da espécie do congelamento da água –, mas um desenvolvimento lento e contínuo, em que o padrão cultural, o corpo e o cérebro criaram um sistema de realimentação positiva, em que cada um modelava o progresso do outro. A cultura, portanto, não foi acrescentada a um animal acabado, mas sim um ingrediente essencial na produção desse mesmo animal⁵⁸.

Esses fatos denotam que, como nosso sistema nervoso central cresceu em interação com a cultura, “ele é incapaz de dirigir nosso comportamento ou de organizar nossa experiência sem a orientação fornecida por sistemas de símbolos significantes”. Ou seja, se é certo que sem os homens não haveria cultura, também o é que sem cultura não haveria homens. Não existe natureza humana independente de cultura, pois, sem ela, os homens “seriam monstruosidades incontroláveis, com muito poucos instintos úteis, menos sentimentos reco-

57 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

58 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 34-35.

nhecíveis e nenhum intelecto: verdadeiros casos psiquiátricos”. Em conclusão: os homens são artefatos culturais⁵⁹.

Portanto, resta evidente, primeiro, a impropriedade de conceitos do tipo “índio aculturado”, por estar a cultura ligada de forma indissociável à condição humana. Além disso, “no que concerne a sua (nata) capacidade de apreender, manter, transmitir e transformar a cultura” verifica-se que “os diferentes grupos de *Homo sapiens* devem ser vistos como igualmente competentes”⁶⁰, o que afasta qualquer tentativa de afirmação de superioridade por parte de um grupo étnico humano.

Segundo Lisboa⁶¹, já em 1920, Franz Boaz, antropólogo judeu-alemão, refutava as bases do evolucionismo e as teorias racistas, argumentando serem insustentáveis essas posições diante das evidências empíricas por ele observadas. Destaca que, além do intenso combate ao preconceito existente na sociedade de sua época – diante do crescimento do nazismo e do fascismo, com suas teorias de superioridade racial –, Boaz também contribuiu para o desenvolvimento do “relativismo cultural”.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, em um ensaio de 1952, intitulado “Raça e História”⁶², o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss⁶³ apresenta uma forte crítica à visão evolucionista das sociedades, que considera os diferentes estados em que se encontram as sociedades humanas como estágios ou etapas de um desenvolvimento único, que, partindo do mesmo ponto, deve convergir para o mesmo fim. Assim, primitivos bandos de coletores-caçadores passariam ao estágio das culturas agrícolas do neolítico, a seguir, ao dos impérios da antiguidade, chegando então ao ápice dessa evolução: a civilização

59 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 35-37.

60 Ibid., p. 51.

61 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 72-73.

62 LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. 1952. Disponível em: <<http://charlezzine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

63 Juracilda da Veiga destaca que a iniciação de Lévi-Strauss como etnógrafo ocorreu em 1935, entre os Kaingang, em São Jerônimo/PR (*Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 90).

européia – ou, ainda, do bando, passando pela tribo, a chefatura, e chegando ao estado⁶⁴.

Lévi-Strauss⁶⁵, contudo, esclarece que a humanidade não se desenvolve sob o regime de uma uniforme monotonia, mas por modos extraordinariamente diversificados de sociedades e de civilizações. Segundo afirma, estamos na presença de sociedades justapostas no espaço, umas ao lado das outras, umas próximas, outras mais afastadas, mas todas contemporâneas.

Em suas obras “Totemismo hoje”⁶⁶ e “O pensamento selvagem”⁶⁷, Lévi-Strauss demonstra, analisando estudos etnográficos de todos os continentes – inclusive do Brasil –, que o denominado pensamento selvagem não é o pensamento dos selvagens nem o de uma humanidade primitiva e arcaica, mas o pensamento em estado selvagem, diferente do pensamento cultivado ou domesticado com vistas a obter um rendimento, do homem dito civilizado⁶⁸. Trata-se de modos diferentes de pensamento científico, que não constituem estágios desiguais do desenvolvimento do espírito humano, mas dois níveis estratégicos em que a natureza se deixa abordar: um aproximadamente ajustado ao da percepção e ao da imaginação, e outro deslocado; um muito próximo da intuição sensível, outro mais distanciado⁶⁹.

Na mesma linha, Oliveira Filho⁷⁰ afirma que, em que pese as concepções mais antigas do evolucionismo e do funcionalismo pensarem as unidades sociais em que vivem os povos indígenas de um modo naturalizado, nada se passa conforme essas expectativas, pois as formas culturais não revelam a mesma homogeneidade e regulari-

64 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

65 LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

66 LÉVI-STRAUSS, Claude. *Totemismo hoje*. Petrópolis: Vozes, 1975.

67 LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. 12. ed. Campinas: Papirus, 2012.

68 Ibid., p. 257.

69 Ibid., p. 31.

70 OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994.

dade que a transmissão genética. As unidades sociais não são tão claramente recortadas, descontínuas e permanentes como os gêneros e espécies naturais, mudando com uma velocidade e uma radicalidade sem precedentes no âmbito do processo de evolução natural.

Lévi-Strauss⁷¹ também esclarece que a noção de diversidade das culturas humanas não deve ser concebida de uma maneira estática e que as sociedades nunca se encontram isoladas. Mesmo as culturas americanas, separadas do contato com o resto do mundo por um período de 10 a 25 mil anos, constituíam uma multidão de sociedades que mantinham entre si contatos muito estreitos. Conclui, então, que a diversidade é menos função do isolamento dos grupos que das relações que os unem – desejo de oposição, de se distinguirem, de serem elas próprias.

Afirma aquele autor que a atitude de expulsar o selvagem para fora da humanidade, de repudiar pura e simplesmente as formas culturais, morais, religiosas, sociais e estéticas mais afastadas daquelas com que nos identificamos, é justamente a atitude mais marcante e a mais distintiva destes mesmos selvagens (aqueles que escolhemos considerar como tais). É o que denomina *paradoxo do relativismo cultural*: “é na própria medida em que pretendemos estabelecer uma discriminação entre as culturas e os costumes, que nos identificamos mais completamente com aqueles que tentamos negar”.

Para reputar determinadas sociedades humanas como “etapas” do desenvolvimento de outras, seria preciso admitir que – considerando que todas têm atrás delas um passado (desconhecido) de mesma ordem de grandeza –, enquanto nestas se passava qualquer coisa, com aquelas nada acontecia, desconsiderando que por dezenas ou centenas de milênios também nelas existiram homens que amaram, odiaram, sofreram, inventaram, combateram, o que leva à conclusão de que “não existem povos crianças, todos são adultos, mesmo aqueles que não tiveram diário de infância e de adolescência”⁷².

71 LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

72 Ibid.

Oliveira Filho⁷³ afirma que os povos indígenas estão atualmente tão distantes das culturas neolíticas pré-colombianas quanto a sociedade brasileira atual está da sociedade portuguesa do século XV. Além disso, relatos etnográficos evidenciam que as sociedades indígenas são complexas, com culturas heterogêneas e diversificadas, não sendo possível descrever fatos relativos a uma cultura a partir de uma temporalidade única e homogeneizadora.

Segundo demonstra a antropologia, portanto, os chamados “povos primitivos” dispõem de culturas completas e funcionais, que em nada ficam atrás das chamadas “culturas dos civilizados”. Segundo essa teoria da relatividade cultural, as sociedades e as culturas não podem ser comparadas entre si – mais ou menos elevadas ou significativas –, devendo ser reconhecidas como realidades culturalmente diferentes, que não representam um estágio inicial de evolução, mas, sim, possuidoras de formas próprias de organização⁷⁴.

Nesse contexto, cabe destacar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) de 1965, internalizada no país pelo Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que já em seu preâmbulo afirma que “qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum”.

Lévi-Strauss⁷⁵ apresenta, ainda, uma crítica à ideia de Progresso, como algo linear, afirmando que ele não é necessário nem contínuo, ocorre aos saltos, acompanhado por mudanças de direção, e é sempre o máximo num sentido pré-determinado pelo gosto de cada um. Esclarece que as culturas aparecem sempre coligadas a outras e é isso que lhes permite edificar séries cumulativas. A história cumulativa não é proprie-

73 OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47-77, 1998. p. 68.

74 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 210-11.

75 LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

dade de determinada raça ou cultura, mas sim exprime certa modalidade de existência das culturas, uma maneira de estar em conjunto.

Nesse sentido, Santos⁷⁶ afirma que a concepção de progresso exprime uma das ideias em que está assentado a modelo de racionalidade ocidental ainda dominante, de que a história teria sentido e direção únicos e conhecidos, de que o tempo é linear e que na frente do tempo seguem os países centrais do sistema mundial, com seus conhecimentos, instituições e formas de sociabilidade, declarando atrasado tudo que, segundo essas normas temporais, mostra-se assimétrico em relação ao que é declarado avançado.

Afirma, contudo, ser paradoxal que a irracionalidade e inferioridade dos povos não europeus tenha sido deduzida, em parte, da irracionalidade e inferioridade dos seus conhecimentos se comparados com o conhecimento científico, quando, na atualidade, aqueles conhecimentos assumem importância crucial para a resolução dos problemas da biodiversidade. Da mesma forma, mostra-se contraditório que a propriedade industrial proteja o conhecimento produzido pelas empresas multinacionais, mas não reconheça igual proteção ao conhecimento indígena a partir do qual é obtida grande parte do saber apresentado como conhecimento científico⁷⁷.

Assim, Lévi-Strauss⁷⁸ afirma que, para progredir, é necessário que os homens colaborem, e é justamente no decurso dessa colaboração que eles veem gradualmente identificarem-se os contributos cuja diversidade inicial era o que tornava a sua colaboração fecunda e necessária, o que implica a “necessidade de preservar a diversidade das culturas num mundo ameaçado pela monotonia e pela uniformidade”.

Esse ensaio de Lévi-Strauss, juntamente com os estudos antropológicos que o embasaram e aqueles que a ele se seguiram, ao tempo em que desconstrói as ideias evolucionistas, traz a lume o relativismo cultural.

76 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 103.

77 Ibid., p. 302-304.

78 LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

As ideias evolucionistas também permeiam a noção de aculturação em antropologia, que também aponta para um processo de gradação, de passagem entre estágios que definiriam uma identidade como indígena ou não. Nas Américas, o ponto de partida desse processo seria o momento pré-Colombo, a partir do qual os grupos (supostamente) isolados iriam progressivamente entrando em contato com outros grupos homogêneos, provenientes do continente europeu, produzindo-se a alteração das conformações sociais e das identidades nativas⁷⁹.

Conforme Silva⁸⁰, “nada é mais equivocado do que propor que um grupo possa sofrer uma *assimilação* pelo simples fato de estar em contato com outro”. Primeiro, porque a suposição de um ponto zero de tempo em que haveria um total isolamento é, em termos empíricos e por tudo o que foi afirmado no início desta seção, extremamente frágil, afinal, o isolamento é uma condição extremamente rara – para não dizer impossível –, pois o contato interétnico não implica apenas aquele entre grupos nativos e grupos dominadores em processos coloniais, mas também entre os próprios grupos nativos, em todo o globo terrestre.

Ademais, Veiga⁸¹ explica que o conceito de “aculturação” está relacionado ao ramo culturalista da antropologia, surgido na década de 30 nos Estados Unidos da América do Norte, que definia grupo étnico como o agrupamento humano que partilhava de mesma cultura e língua, entendendo a cultura como o conjunto de traços – costumes, crenças, artes, técnicas – apresentados por um povo. A “aculturação” seria justamente a mudança nesses traços culturais apresentados pelo grupo, alterados ou substituídos por aqueles da sociedade envolvente.

O paradigma culturalista, ao tempo que representou um avanço, deslocando a discussão sobre a definição de povo do conceito de raça para o de cultura, passou a entender esta como algo estático, imutável, e

79 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

80 Ibid.

81 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 7.

não como algo dinâmico, em constante processo de mudança, resultando, no Brasil, no entendimento de que o contato com a sociedade nacional seria catastrófico para os índios, que estariam condenados a perder sua identidade cultural e ser assimilados pela sociedade envolvente⁸².

Contudo, em texto publicado no fim da década de 60, Barth⁸³ desconstrói o pressuposto do isolamento geográfico e sociocultural como elemento constituidor das identidades, enfatizando, ao contrário, a necessidade de interação para que especificidades e distinções pudessem vir a fazer sentido e ser construídas e remarcadas, o que torna fundamental a construção e a manutenção de fronteiras, também geográficas, mas especialmente sociais. Estabelecendo a distinção entre cultura e organização social, afirma que os grupos podem variar seus conteúdos ao longo do tempo, não obstante ele continue existindo como grupo com suas especificidades⁸⁴.

O estudo de Barth⁸⁵ contrapõe-se à visão simplista de que os isolamentos social e geográfico seriam os fatores para a manutenção da diversidade cultural. O questionamento parte de duas constatações empíricas: a primeira, o fato de as fronteiras étnicas permanecerem apesar do fluxo de pessoas que as atravessam, ou seja, as distinções entre categorias étnicas não dependem da ausência de mobilidade, contato e informação, mas, ao contrário, implicam efetivamente processos de exclusão e de incorporação; em segundo lugar, a existência de relações sociais estáveis, persistentes e frequentemente vitais, que atravessam as fronteiras e muitas vezes estão baseadas na existência de *status* étnicos dicotomizados – membro e não membro, “nós” e “eles” –, ou seja, as distinções étnicas não dependem da ausência de interação e aceitação sociais, mas, ao contrário, constituem frequentemente a base sobre a qual esses sistemas sociais são construídos.

82 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 7.

83 BARTH, Fredrik. *Los grupos étnicos y sus fronteras: la organización social de las diferencias culturales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

84 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

85 BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: BARTH, Fredrik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000. p. 26.

Enfatiza que grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos, sendo equivocado o ponto de vista que considera grupos étnicos como unidades portadoras de cultura, pois isso leva a identificar e distinguir os grupos étnicos pelas características morfológicas das culturas de que são portadores, fazendo com que a classificação como membro do grupo dependa da presença de traços culturais particulares e as diferenças entre grupos tornem-se diferenças entre inventários de traços culturais, concentrando a atenção sobre a análise das culturas, em detrimento da organização étnica. A relação dinâmica entre grupos será então descrita por estudos de aculturação, abrindo espaço ainda para uma “etnohistória” de aquisições e mudanças culturais, que tenta explicar a causa de empréstimos de certos itens, mas que apresenta dificuldades em estabelecer qual a unidade cuja continuidade no tempo é efetivamente representada nesses estudos, por serem incluídas culturas existentes no passado que, no presente, seriam evidentemente excluídas devido as diferenças entre suas formas – seus inventários de traços culturais⁸⁶.

Considera, ainda, os grupos étnicos como uma forma de organização social utilizada por pessoas e grupos para qualificarem a si mesmos, distinguindo-se de outros (auto-atribuição e atribuição por outros). Assim, quando os atores, tendo como finalidade a interação, usam identidades étnicas para se categorizar e categorizar os outros, passam a formar grupos étnicos. As características culturais levadas em conta nessa categorização não correspondem ao somatório das diferenças “objetivas” entre as unidades étnicas, mas tão somente àquelas que os próprios atores consideram significativas. Esse conteúdo cultural das dicotomias étnicas é de duas naturezas: sinais diacríticos (vestimenta, língua, estilo de vida etc.) e orientações valorativas básicas (padrões de moralidade e excelência pelos quais as performances são julgadas)⁸⁷. Isso reforça o caráter político da etnicidade, pois, ao nomear algum elemento cultural como sinal diacrítico em relação aos demais, o grupo étnico o faz para afirmar-se enquanto tal, potencia-

86 BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: _____. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000. p. 27-30.

87 *Ibid.*, p. 31-32.

lizando também a relação entre os conceitos de cultura e identidade, que passam a refletir-se mutuamente⁸⁸.

Segundo Sahlins, da mesma forma que as pessoas organizam seus projetos e dão sentido aos objetos a partir das compreensões pré-existentes na ordem cultural, os homens criativamente repensam seus esquemas convencionais, pois as circunstâncias contingentes da ação não se conformam necessariamente aos significados que lhes são atribuídos por grupos específicos. Ou seja, ao mesmo tempo em que a cultura é historicamente reproduzida na ação, ela também é alterada historicamente na ação. Para ele, a ordem cultural é um objeto histórico, reproduzindo-se na mudança, em resposta às condições mutáveis de sua existência, desfazendo-se as dicotomias cultura e história, passado e presente, estático e dinâmico⁸⁹.

Nesse enfoque, podem mudar as características culturais que assinalam a fronteira, as características culturais dos membros e até mesmo a forma de organização do grupo, permanecendo a contínua dicotomização entre membro e não membro, que possibilita especificar a natureza da continuidade e investigar a forma e o conteúdo cultural em mudança. Além disso, apenas os fatores socialmente relevantes tornam-se importantes para diagnosticar o pertencimento ou não ao grupo⁹⁰, tornando-se eventualmente irrelevante o fato de o indivíduo usar celular, vestir calça jeans ou até mesmo falar ou não sua língua materna.

O foco central da investigação passa a ser a fronteira étnica que define o grupo, não o conteúdo por ela delimitado, fronteira essa fundamentalmente social, embora possa ter contrapartida territorial (geográfica). A fronteira étnica canaliza a vida social: de um lado, nas relações intragrupo, implica um compartilhamento de critérios de avaliação e de julgamento, havendo um potencial para diversificação e expansão das relações sociais; de outro, nas relações intergrupos,

88 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 9.

89 SAHLINS, Marshall. *Ilhas de história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 7-13.

90 BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: _____. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000. p. 32.

a dicotomização implica o reconhecimento de limitações quanto às formas de compreensão compartilhadas, diferenças nos critérios para julgamento de valor e performance e restrição das interações aos setores em que há compreensão comum e interesses mútuos⁹¹.

Viveiros de Castro⁹² apresenta uma crítica instigante a essa “etnologia do contato interétnico” – ou teoria do contato –, segundo ele, voltada somente para o estudo das interações com a sociedade nacional. Afirma que a grande diferença existente entre aquela teoria e a “teoria clássica”, à qual se alinha, é que a primeira adota uma perspectiva centrada no polo colonial, que toma os índios como parte do Brasil – uma sociologia do Brasil indígena –, enquanto a segunda parte de uma perspectiva centrada no polo nativo, voltada para a construção de uma antropologia dos índios situados no Brasil – uma verdadeira sociologia indígena. Para ele, o problema daquela etnologia “contatualista” reside em ela estar voltada para as sociedades indígenas a partir do Estado nacional e afirma que a crítica de que a teoria clássica privilegiaria as dimensões internas dos coletivos indígenas não procede, porque, primeiro, associar as dimensões externas dos povos indígenas à sociedade nacional seria uma presunção etnocêntrica; segundo, uma vez estabelecida a perspectiva centrada no polo indígena, tudo lhe é interno, inclusive a sociedade envolvente. Ou seja, “a antropologia indígena toma o ‘exterior’ e o ‘interior’ como dimensões simultaneamente constituídas por um processo *indígena* de constituição que não tem nem ‘dentro’ nem ‘fora’”⁹³.

Ambas as perspectivas, contudo, não parecem divergir quanto à conclusão de que, mesmo quando assimilam objetos culturais alienígenas, anteriores ou posteriores ao contato, os povos indígenas não perdem a sua identidade étnica – “os Kaingang continuam essencialmente Kaingang”⁹⁴.

91 BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: _____. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000. p. 33-34.

92 VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Etnologia brasileira*. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=331&Itemid=325>. Acesso em: 27 maio 2016

93 Ibid.

94 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 10.

Conforme mencionam Mura e Silva⁹⁵, Barth, em trabalho mais recente, chama a atenção para as diferenças entre cultura e organização social utilizando a metáfora da correnteza, em que o fenômeno cultural é visto como um fluxo que tende a se difundir livremente entre todos os indivíduos com que entra em contato. A organização social, ao contrário, produz diferenças, impondo barreiras e fronteiras, canalizando o fluxo cultural e permitindo que modelos culturais contrastantes sejam gerados. A rigor, segundo ele, cada indivíduo é portador de uma cultura singular, sendo os modelos mais abrangentes sínteses baseadas em compromissos intersubjetivos.

Nesse aspecto, Geertz⁹⁶ esclarece que, na perspectiva iluminista, haveria “uma natureza humana tão regularmente organizada, tão perfeitamente invariante e tão maravilhosamente simples como o universo de Newton”. Instiga, contudo, que essa imagem, de uma natureza humana constante, independente de tempo, lugar e circunstância, pode ser uma ilusão, pois o que é o homem pode estar envolvido com onde ele está, quem ele é e no que ele acredita, aspectos que lhe são inseparáveis. Afirma, então, que é firme a convicção da antropologia moderna de que não existem de fato homens não modificados pelos costumes de lugares particulares, nunca existiram nem o poderiam, pela própria natureza de seu ser⁹⁷, conforme acima descrito.

A antropologia vem tentando encontrar seu caminho para um conceito mais viável sobre o homem, no qual a cultura e a variabilidade cultural possam ser mais levadas em conta, e não concebidas como caprichos ou preconceito, mas que, ao mesmo tempo, não transforme a “unidade básica da humanidade”, princípio dominante nessa área do conhecimento, numa expressão vazia. Considerar que a diversidade de costumes no tempo e no espaço não é simplesmente uma questão de indumentária ou aparência é também reconhecer que a humanidade é tão variada em sua essência como em sua expressão,

95 MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da. Organização doméstica, tradição de conhecimento e jogos identitários: algumas reflexões sobre os povos ditos tradicionais. *Revista Raízes*, Campina Grande, v. 33, n. 1, jan./jun. 2011.p. 103-104.

96 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 25.

97 *Ibid.*, p. 26.

buscando evitar os extremos, de um lado, do relativismo cultural, e de outro, do evolucionismo⁹⁸.

Essas teorias antropológicas, mais adequadas à realidade empírica observada em diferentes culturas e variadas regiões do planeta, que refutam ideais de aculturação, evolução ou supremacia de sociedades e culturas, necessitam permear os debates e discussões que envolvem os direitos dos índios em nosso país, para uma melhor compreensão dessa realidade diversificada e multifacetada e uma adequada implementação do novo paradigma pluriétnico traçado pelo Constituinte de 1988.

1.3 Estado pluriétnico: o novo paradigma constitucional

Esse enfoque antropológico permeia o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que representou uma ruptura com as ideias de aculturação dos índios, a obstar que o Estado lance mão de políticas públicas que desrespeitem suas formas específicas de viver. Esse direito à diferenciação social está consubstanciado pelas normas dos arts. 210, 215, 216 e 231 da Constituição Federal⁹⁹, que se inserem em um “direito da igualdade das diferenças”, em que o diferente também é possuidor de direitos, ideia que pode ser resumida na expressão “iguais, mas diferentes”¹⁰⁰.

Portanto, a Constituição não assegura um simples direito à cultura, mas sim um direito à diferenciação social, que engloba o território, a organização social e a cultura. Hoje se apregoa a não aculturação como política de concretização dos direitos fundamentais, pela qual direitos existenciais e culturais são preservados, e não mais violados¹⁰¹.

Numa primeira fase, a proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica na igualdade formal. Contudo, mostrava-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, sendo necessária

98 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 27.

99 A primeira, a respeito da educação indígena, as duas subsequentes tratam dos direitos culturais e a última dos direitos gerais dos índios (GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 47).

100 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 47-54.

101 *Ibid.*, p. 47-54.

a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade, a exigir respostas específicas e diferenciadas para a tutela de seus direitos. Assim, ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença, também com *status* de direito fundamental. A igualdade material, assim, além do viés distributivo, que corresponde ao ideal de justiça social, passa a demandar também o reconhecimento de identidades, ou seja, uma igualdade orientada também por critérios de gênero, raça, etnia, orientação sexual, entre outros¹⁰².

Santos¹⁰³ afirma que não pode haver reconhecimento sem distribuição, ou seja, o multiculturalismo pressupõe que o princípio da igualdade seja perseguido paralelamente com o princípio do reconhecimento da diferença: “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

Em sentindo semelhante, afirma Deborah Duprah¹⁰⁴:

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente à invisibilidade.

Trata-se de uma conquista dos povos indígenas, que, embora não contassem com nenhum representante entre os parlamentares eleitos, atuaram de forma articulada durante os trabalhos da Assembleia Constituinte por meio de diversas entidades, como a União das Nações Indígenas, o Conselho Indigenista Missionário e a Associação Brasileira de Antropologia. Apesar das fortes reações em

102 PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: _____; SOUZA, Douglas de. Brasil (Coord.). Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006. p. 30-31.

103 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 462.

104 DUPRAT, Deborah. *O estado pluriétnico*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

contrário¹⁰⁵ – em especial de setores interessados na exploração de matérias-primas em áreas indígenas e aqueles preocupados com uma suposta ameaça à segurança nacional –, o programa mínimo acordado previamente entre as organizações (indígenas ou não) ligadas à questão dos direitos indígenas – centrado na garantia do direito à terra e às riquezas do solo e do subsolo e no reconhecimento de sua cultura e organizações sociais – acabou sendo em grande medida vitorioso na Constituinte, resultado dos trabalhos parlamentares conduzidos em “diálogo constante, forte e direto com a sociedade brasileira”¹⁰⁶.

Dessa forma, para o correto dimensionamento da mudança de perspectiva ocorrida no campo jurídico, necessário compreender que ela não é resultado de um ativismo de legisladores altruístas, mas decorrência de “uma relação circular entre movimentos reivindicatórios, elaboração teórica e alterações legislativas, de início tímidos, que se vão reforçando mutuamente, até se chegar ao ponto em que estamos”¹⁰⁷.

Nesse processo, os paradigmas do conhecimento científico da modernidade entraram em crise dentro de seu próprio espaço epistemológico. Ao mesmo tempo, desfez-se a cumplicidade do Direito com as ciências naturais. Por último, tornou-se obsoleta a visão do Estado-nação orientado por uma lógica unitária e “legiscentrista”, confrontada com os problemas gerados por uma nova noção de nação, conformada pelo fenômeno da pluralidade do corpo social. Como resultado, “o que o direito recobra, e a Constituição brasileira, a exemplo dos demais campos do saber, revela, é o espaço ontológico do outro, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal”¹⁰⁸.

105 A partir de 9 de agosto de 1987, o jornal “O Estado de São Paulo” publicou, diariamente, por uma semana, reportagens de várias páginas, introduzidas por editoriais, sobre o tema: “Os índios na nova Constituição – Conspiração contra o Brasil” (KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 197).

106 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 182-202.

107 DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriétnicidade_multiculturalidade.pdf> Acesso em: 27 nov. 2015.

108 DUPRAT, Deborah. *O estado pluriétnico*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_pluriétnico.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

Conclui, então, Deborah Duprat¹⁰⁹:

Corolário do mesmo preceito constitucional é o banimento definitivo das categorias, positivadas no ordenamento jurídico pretérito no trato da questão indígena, de aculturados ou civilizados, seja porque a noção de cultura como totalidade, como perfeita coerência de crenças unívocas e homoganeamente partilhadas, é ultrapassada, seja porque, nas relações interétnicas, as situações de contato não significam o abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo, verificando-se antes a possibilidade de articulação em alguns setores ou domínios específicos de atividades, mantidas as proscrições de interações tendentes a proteger partes de sua cultura da confrontação e da modificação.

Assim, a atuação do Estado em relação a esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo.

Nesse novo paradigma normativo, a relação que se constitui entre dois seres distintos deve ser de não assimilação das características de um pelo outro, de respeito à distinção que marca cada um deles, permitindo que se manifeste na sociedade o respeito mútuo pelas diferenças. A não aculturação, assim, constitui um “elemento decisivo no surgimento da alteridade”¹¹⁰.

A ordem constitucional inaugurada em 1988, portanto, “é pluriétnica e multicultural, acolhendo a diversidade como valor a ser preservado”¹¹¹, quadro esse reforçado pela edição e internalização no país da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹¹².

Ao contrário da anterior Convenção 107¹¹³, que explicitamente adotava o princípio integracionista (artigo 2º), o novo documento da OIT rompe com o paradigma da aculturação, desde o seu preâmbu-

109 DUPRAT, Deborah. *O estado pluriétnico*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

110 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 61.

111 VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 35.

112 Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 27 de junho de 1989. Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais. Internalizada no Brasil pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

113 DHNET. *Convenção n. 107 da OIT, de 5 de junho de 1957*. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 25 out. 2016.

lo¹¹⁴, estabelecendo em seu artigo 2º, 2, “b”, a obrigação de os governos dos estados signatários desenvolverem ações que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas e tribais, “respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições”.

Segundo Gomes da Silva¹¹⁵, a Convenção representa uma viragem na abordagem dos direitos dos índios, fruto da crise do indigenismo, embalada pelo discurso de etnodesenvolvimento do ambientalismo, e da intensa mobilização do movimento indígena internacional. Representa uma transição – ao menos parcial¹¹⁶ – de um regime em que os índios eram objeto de políticas de integração, para uma abordagem em que eles surgem como sujeitos de direitos, com alteração da “cooperação” dos índios exigidas no primeiro documento, para a “participação” exigida na convenção atual.

A convenção ainda dispõe que “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (art. 1º, 2). Positiva, assim, como direito, o autorreconhecimento da pessoa como índia, o que, talvez, nem fosse necessário, pois ínsito à sua condição humana, antecedente à titularidade de qualquer direito¹¹⁷.

O Estado, então, deverá respeitar o fato de que “os grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos”, o que obsta que o legislador, o administrador, o juiz e qualquer outro ator estranho ao grupo diga o que este é de fato¹¹⁸.

Para a efetivação e adequada aplicação dos direitos dos povos indígenas, segundo o novo paradigma estabelecido pela Constituição,

114 “Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevividas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; [...]”

115 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 143-144.

116 Segundo o autor, haveria resquícios da presença de um certo paternalismo.

117 GOMES DA SILVA, op. cit., p. 144-145.

118 DUPRAT, Deborah. *O estado pluriétnico*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

mostra-se fundamental a perfeita compreensão da importância, do papel e das peculiaridades do trabalho antropológico, de interpretação e verdadeira tradução nesse diálogo intercultural.

1.4 O papel do laudo antropológico

Taylor¹¹⁹ argumenta que talvez a ciência seja o nosso “mito” e que tudo o que fazemos talvez seja simplesmente codificar os mitos dos outros por meio dos nossos. Segundo ele, a autocompreensão que temos acerca de nossa própria cultura está profundamente arraigada em nossa vida e nós a utilizamos não apenas para compreender nossas próprias motivações e ações, mas também as das pessoas com quem nos relacionamos, de maneira inarticulada, na forma de uma pré-compreensão. Assim, para superar o etnocentrismo, “o discurso sóbrio e racional que tenta compreender outras culturas tem de tomar consciência de si como uma entre muitas possibilidades a fim de compreender adequadamente outros discursos”, o que se mostra muito difícil na prática, pois essa exigência para a compreensão do outro requer que relativizemos características de nossa própria autocompreensão e que nos são muito caras.

Essa compreensão do outro será sempre, em alguma medida, comparativa, pois tornamos o outro inteligível por meio de nossa própria compreensão humana. A meta nesse processo de compreensão do outro é chegar a uma linguagem comum, uma compreensão humana comum, fundindo horizontes de significado, mas sem esquecer que o resultado estará sempre vinculado ao ponto de vista de alguém. Nesse processo, o único ideal possível de objetividade é o da inclusividade, por meio de comparações e contrastes que “deixem o outro ser”, situando a estranheza do outro “em oposição a algum pedaço de nossa vida”¹²⁰.

Diante disso, na avaliação de situações que envolvem uma pluralidade sociocultural – como as que serão analisadas na parte final deste trabalho –, será muitas vezes imprescindível e fundamental a elaboração

119 TAYLOR. Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 163-166.

120 *Ibid.*, p. 166-169.

de laudo antropológico, estudo realizado visando chegar a interpretações e a uma compreensão do objeto analisado, produzindo explicações sobre fatos que envolvem a diversidade cultural dos povos indígenas¹²¹.

Nesse processo, contudo, Silva¹²² aponta diversas dificuldades e incompreensões em relação ao trabalho desenvolvido pelos antropólogos, marcado e impulsionado por conflitos, a partir de pontos de vista distintos e opostos.

Fundamental, assim, o perfeito entendimento acerca das premissas da metodologia antropológica, que envolve a vivência prolongada com o grupo estudado, a empatia por outros valores e modos de vida e a necessária identificação para apreender “de dentro” as categorias culturais alheias¹²³.

Defendendo um conceito essencialmente semiótico de cultura e destacando que o homem é um animal amarrado a teias de significado que ele mesmo teceu, Geertz¹²⁴ assume a cultura como sendo essas teias e sua análise, não uma ciência experimental em busca de leis, mas uma ciência interpretativa, à procura do significado.

Afirma aquele autor que, em antropologia, o que seus praticantes fazem é a etnografia. Portanto, somente compreendendo o que é a etnografia, ou mais exatamente a sua prática, é que se pode começar a entender o que representa a análise antropológica como forma de conhecimento. Destaca que o objeto da etnografia é uma hierarquia estratificada de estruturas significantes em termos dos quais um acontecimento particular, um ritual, um costume, uma ideia ou o que quer que seja é produzido, percebido e interpretado – e sem as quais sequer existiriam¹²⁵.

121 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

122 Ibid.

123 DAL POZ NETO, João. Antropólogos, peritos e suspeitos: questões sobre a produção da verdade judicial. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994. p. 57.

124 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 4.

125 Ibid., p. 5-7.

Questionando a visão da pesquisa antropológica como uma atividade mais observadora e menos interpretativa, Geertz¹²⁶ afirma que, “no fundo da base factual, a rocha dura, se é que existe uma, de todo o empreendimento, nós [os antropólogos] já estamos explicando e, o que é pior, explicando explicações”. Para ele, a etnografia é uma “descrição densa”, pois o que o antropólogo enfrenta, em todos os níveis de seu trabalho de campo, mesmo os mais rotineiros, é uma multiplicidade de estruturas conceituais complexas, sobrepostas ou amarradas umas às outras, simultaneamente estranhas, irregulares e inexplícitas, tendo ele que, de alguma forma, primeiro apreender e depois apresentar.

Empregando conceitos inclusive do behaviorismo¹²⁷, conclui que:

Fazer a etnografia é como tentar ler (no sentido de “construir uma leitura de”) um manuscrito estranho, desbotado, cheio de elipses, incoerências, emendas suspeitas e comentários tendenciosos, escrito não com os sinais convencionais do som, mas com exemplos transitórios de comportamentos modelados.

Como afirma Silva¹²⁸, o instrumental analítico dos antropólogos é resultado de visões de mundo particulares – de povos indígenas, por exemplo –, formuladas a partir de um mergulho nesses universos de vida, buscando explicar sentidos desses universos e das categorias nativas que os veiculam. O trabalho por eles desenvolvido será sempre uma compreensão a partir do ponto de vista dos sujeitos com que terão que conviver para entendê-los.

A cultura, entendida como sistemas entrelaçados de signos interpretáveis, não é poder, algo a que poderiam ser atribuídos, de maneira causal, os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos, mas um contexto, dentro do qual essas categorias podem ser descritas de forma inteligível, ou seja, descritas com densidade¹²⁹.

126 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 7.

127 Sobre behaviorismo e análise comportamental, ver: BAUM, William M. *Compreender o behaviorismo*. Porto Alegre: Artmed, 2006; SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. São Paulo: Cultrix, 2006.

128 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

129 GEERTZ, op. cit., p. 10.

De forma semelhante, Taylor¹³⁰ destaca que “as pessoas somente podem ser compreendidas contra o pano de fundo de seu mundo”. Portanto, embora a compreensão dos outros ocorra a partir de nossa concepção de realidade – a nossa autocompreensão –, devemos estar abertos a reconhecer diferentes propósitos humanos essenciais, nos dando conta da importância que tem para os outros seres humanos atribuir um sentido ao seu mundo, encontrar algum significado nas coisas que vivenciam. Ou seja, compreender os outros sem distorção consiste em “chegar aos significados que as coisas tinham para eles numa linguagem que os torna acessíveis a nós”¹³¹. Nesse processo de compreensão¹³²:

A meta do exercício comparativo é precisamente nos capacitar a compreender os outros sem distorções e, portanto, a ver o bem em sua vida, mesmo que percebamos ao mesmo tempo que esse seu bem conflita com o nosso. O que importa é que isso nos faça ir além de vê-los simplesmente como transgressores de meus limites, deixe-os ser da maneira como nossa compreensão original não pode permitir que sejam, dado que não consegue acomodar os significados que produzem; permitir-nos ver dois bens onde antes só víamos um bem e sua negação.

Embora registre o grande avanço na etnografia dos povos indígenas que habitam o território nacional, com importantes teorias explicativas da dinâmica do contato interétnico, das formas de organização e do simbolismo dessas sociedades, Oliveira Filho¹³³ externa preocupação com o conjunto de tarefas e expectativas que estão sendo atribuídas aos antropólogos, tendo em conta as demandas que lhes são dirigidas no contexto judicial, com questões bastante específicas, exigindo conhecimento aplicado, com conclusões bem circunscritas e repostas exatas. Indaga inclusive se, apesar de o antropólogo dispor de competência técnica específica para discorrer e analisar tais assuntos, o seu pronunciamento estaria sendo interpretado como lhe permite o

130 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 169-172.

131 Segundo ele, contudo, isso não impede que ao final compreendamos que, em importantes aspectos, os outros estejam equivocados sobre seu mundo. Ou seja, compreender os outros sem distorção não implica necessariamente reconhecer que eles não tenham errado em nenhum aspecto relevante acerca de seu mundo (Ibid., p. 171-172).

132 Ibid., p. 179.

133 OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994. p. 116.

conhecimento antropológico, ou se, ao contrário, as injunções e expectativas presentes no contexto de um laudo judicial o transformam em algo estranho à própria antropologia.

Ha que se ter em mente, portanto, que os laudos antropológicos são estudos absolutamente distintos, por exemplo, daqueles elaborados em um exame balístico ou de DNA, reconhecidos como meios de trazer elementos de verdade de modo incontestado. Necessário destacar, contudo, que esse reconhecimento não está na própria “natureza” ou “essência” desses outros trabalhos periciais. Trata-se, antes, de um reconhecimento social, fruto de um processo de caráter histórico, social e político¹³⁴.

Segundo Geertz¹³⁵, a antropologia impõe uma vida seriamente vivida. Além disso, o estudo das culturas de outros povos implica descrever quem eles pensam que são, o que pensam que estão fazendo e com que finalidade pensam que o estão fazendo. Para isso, “é necessário adquirir uma familiaridade operacional com os conjuntos de significado em meio aos quais eles levam suas vidas”, o que não implica sentir ou pensar como eles – o que seria impossível –, nem virar nativo, mas requer “aprender como viver com eles, sendo de outro lugar e tendo um mundo próprio diferente”.

Nesse sentido, Foucault¹³⁶ afirma que a verdade não existe fora do poder ou sem poder, não sendo – em que pese o mito – “a recompensa dos espíritos livres, o filho das longas solidões, o privilégio daqueles que souberam se libertar”, e conclui:

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.

134 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

135 GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 26.

136 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. p. 51-52.

Nesse ponto, importante abordar as exceções de suspeição que têm sido arguidas em processos judiciais sob a alegação de que, a despeito da competência do profissional, o perito nomeado já possuiria uma posição formada sobre a questão “sub iudice”¹³⁷.

Além da incompreensão do contexto acima delineado, essas alegações parecem olvidar que o exercício da antropologia é balizado por peculiaridades que a distinguem das demais profissões científicas, destacando-se a função do trabalho de campo do antropólogo, uma observação participante, “que possibilita o conhecimento paulatino do modo de vida de uma sociedade diferente da nossa”¹³⁸.

Segundo Geertz¹³⁹, deve o antropólogo atentar-se para o comportamento, pois é através do fluxo do comportamento, mais precisamente, da ação social, que as formas culturais encontram articulação.

Além disso, não se pode desconsiderar que o antropólogo, em particular, enfrenta dificuldades para localizar documentos referentes ao grupo analisado. Conforme esclarece Paraíso¹⁴⁰, “não sendo o índio objeto central da nossa história oficial, a sua passagem por ela é meteórica”, restringindo-se a “referências a sua existência num determinado momento e local, aos conflitos estabelecidos e, às vezes, ao seu aldeamento”. Assim, “antes e depois são mistérios não resolvidos e, muitas vezes, transformam-se num quebra-cabeça de difícil solução”.

Esse caráter ideológico da produção histórica – eivada de estereótipos e sem preocupação de eliminá-los, que resulta em uma visão distorcida da realidade, que acaba por justificar o “direito à conquista e à dominação” –, alia-se ao “desprezo pela História Oral”, fundado na crença de que as fontes documentais escritas reduziriam as distorções devidas às interpretações pessoais, supostamente contaminadas pela subjetividade e por falhas na memorização dos fatos. Essa posição, contudo, parece ignorar que “as mesmas falhas e incorreções

137 DAL POZ NETO, João. Antropólogos, peritos e suspeitos: questões sobre a produção da verdade judicial. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994. p. 57.

138 *Ibid.*, p. 57

139 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 11-12.

140 PARAÍSO, Maria Hilda B. Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994. p. 42.

podem ser atribuídas às fontes escritas, já que o autor não está isento de semelhantes problemas na produção do documento”. Parece denotar, em verdade, uma maior valorização do alfabetizado, legítimo representante da sociedade envolvente, em detrimento do relato oral, característico dos povos indígenas, “inferiores e poucos confiáveis”. Para nossa sociedade, então, as fontes escritas, produzidas por seus representantes, seriam as verídicas, sendo considerada dispensável a análise crítica da ideologia e interesses do autor em fornecer tal versão, “como se o fato de ter sido escrita e, por ‘brancos’, lhes garantisse a sonhada neutralidade axiológica”¹⁴¹.

Necessário, portanto, uma melhor compreensão acerca da natureza e da metodologia empregada na elaboração dos laudos antropológicos em processos judiciais, inclusive em relação ao tempo necessário para desenvolvimento dos imprescindíveis trabalhos de campo, que demandam prazos mais elásticos para sua conclusão do que as perícias em geral, sob pena de comprometimento do perfeito entendimento da realidade que dele foi objeto.

Embora os textos antropológicos sejam eles mesmos interpretações – em verdade, em segunda e terceira mão, pois, por definição, apenas um “nativo” faz a interpretação em primeira mão –, não sendo possível traçar, tanto na análise cultural quanto na pintura, a linha entre o modo de representação e o conteúdo substantivo, é possível realizar uma boa etnografia, uma descrição densa, que leve ao cerne do que se propõe interpretar, traçando a curva de um discurso social, fixando-o numa forma “inspecionável”¹⁴².

Conforme conclui Silva¹⁴³, é perfeitamente possível produzir o convencimento racional do juiz a partir de uma boa perícia antropológica, desde que haja interesse dos profissionais do Direito em atuar de boa-fé.

141 PARAÍSO, Maria Hilda B. Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994. p. 43-46.

142 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 11-13.

143 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

1.5 Os Kaingang do Oeste catarinense

No processo de alargamento da colonização das regiões litorâneas do Brasil meridional em direção ao Oeste, em busca dos rios Paraná, Uruguai e Paraguai, que se intensificaram a partir da segunda metade do século XVIII, as expedições dos brancos encontraram em seu caminho grupos numerosos de Kaingang, que habitavam extensas regiões dos atuais estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul¹⁴⁴.

Veiga¹⁴⁵ afirma que pouco se sabe sobre a história do Povo Kaingang durante o primeiro século da conquista do território brasileiro. Os primeiros relatos estão relacionados às reduções jesuíticas do Guairá, região que, pelo Tratado de Tordesilhas, estava sob o controle dos espanhóis. A partir de 1609, jesuítas da província espanhola do Paraguai fundaram as missões/Reduções de Loreto (na atual divisa entre Paraná e Santa Catarina) e Guairá (no atual território do Paraná). Nas reduções do Guairá, os jesuítas mantiveram missão também entre os índios “Gualachos” – grupos Jê da família Kaingang¹⁴⁶.

Entre 1628 e 1630 essas missões foram atacadas por Bandeirantes paulistas, que escravizaram milhares de indígenas, levados para serem comercializados em São Paulo. Os jesuítas deslocaram para o Sul as populações restantes, estabelecendo novas reduções no médio rio Uruguai – região atualmente do Sudeste paraguaio, Misiones argentina e Noroeste do Rio Grande do Sul – e os portugueses de São Paulo terminaram sua ação destruindo as povoações espanholas de Guairá e Vila Rica (também no território do Paraná)¹⁴⁷.

D’Angelis¹⁴⁸ esclarece que, nesse processo, os Bandeirantes não molestavam os Kaingang, que não representariam escravos “de valor”. Primeiro, porque falavam uma língua desconhecida dos Bandeirantes,

144 MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. Relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003793-5*. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007. p. 8-9.

145 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 39.

146 D’ANGELIS, Wilmar da Rocha. Para uma história dos índios do oeste catarinense. *Cadernos do CEOM*, Chapecó, Ano 19, n. 23, 1989. p. 269-271.

147 *Ibid.*, p. 269-271.

148 *Ibid.*, p. 272.

falantes apenas do tupi; segundo, porque não eram, como os Guarani, tradicionais agricultores de hábitos sedentários.

Contudo, a destruição das reduções jesuíticas no Rio Grande do Sul, em 1756, pelos exércitos de Portugal e Espanha, interessados em se apropriar da grande criação de gado das missões, passa a expor os Kaingang à ocupação de suas terras¹⁴⁹. Com a conquista das Missões rio-grandenses, era necessário consolidar o domínio sobre esses territórios, estabelecendo um acesso mais direto até São Paulo, para o transporte do gado até Sorocaba, tornando imperiosa a ocupação dos Campos de Guarapuava, no Paraná¹⁵⁰.

Com a transferência da família real portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1808, ocorre uma expansão do mercado de gado e da lavoura cafeeira, que demanda uma ampliação dos campos de criação. Nesse mesmo ano é assinada Carta Régia mandando “suspender os efeitos de humanidade” e “considerar como principiada a guerra contra os ‘índios bugres’, habitantes dos campos de Curitiba e os de Guarapuava”. Nesse movimento em direção ao interior do país, após a conquista de Guarapuava, iniciada em 1810, segue-se a ocupação pastoril nos Campos de Palmas, a partir de 1838, onde se incluem os campos ao norte do rio Chapecó, que constituem, atualmente, o território Oeste catarinense¹⁵¹.

Essa ocupação do Oeste catarinense também foi motivada pela disputa de limites entre o Império brasileiro e o governo argentino, em virtude da pouca clareza na definição da linha demarcatória dos domínios de Portugal e Espanha na região, estabelecida pelo Tratado de Santo Idelfonso, de 1777. Isso fez com que o governo implantasse colônias militares na região – entre elas, a Colônia Militar de Chapecó, instalada em 1882 –, evitando a ocupação do território por argentinos¹⁵².

149 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 39.

150 D'ANGELIS, Wilmar da Rocha. Para uma história dos índios do oeste catarinense. *Cadernos do CEOM*, Chapecó, Ano 19, n. 23, 1989. p. 272.

151 MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. Relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003793-5*. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007. p. 10.

152 *Ibid.*, p. 14.

Monteiro¹⁵³ afirma que, nessas expedições, além da violência direta contra os grupos indígenas, a conquista dos territórios ocorreu também pela manipulação de líderes Kaingang – “caciques”¹⁵⁴ e “capitães” indígenas – engajados no serviço de dominação colonial e auxiliares eficazes na posterior escravização de grupos ainda autônomos, hostis ou não, com sua submissão ao domínio da sociedade nacional.

Veiga¹⁵⁵, contudo, esclarece que os Kaingang, conhecidos por seu *ethos* guerreiro, se viram diante da opção de apoiar os invasores – vistos como poderosos – ou lutar para derrotá-los. Alguns Kaingang entenderam que seria vantajoso para eles ter esses invasores como aliados, pois vislumbravam nessas alianças a possibilidade de acesso a armas de fogo e outros bens, que os colocariam em condições de vantagem para submeter seus tradicionais inimigos, tornando-se ainda mais temidos e respeitados.

Esse quadro denota que os Kaingang não podem ser caracterizados apenas como vítimas de um processo histórico alheio a suas ações e decisões, mas devem ser entendidos também como atores políticos de uma história de interferências, cooptações e divisões, em que brancos e índios nem sempre estiveram em lados opostos¹⁵⁶.

Na época da conquista dos Campos de Palmas, iniciou-se a exploração das extensas florestas de araucárias da região, de abundância tal, que pareciam inesgotáveis. A exploração de madeira em terras

153 MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. Relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003793-5*. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: Funai e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007. p. 9-10.

154 Um desses caciques foi Vitorino Condá, uma das figuras mais importantes da colonização do Oeste de Santa Catarina, homem que se transformou em lenda, misto de herói e vilão. “Um colaborador dos opressores? Ou um visionário sabendo que a resistência era o caminho para o massacre e a adaptação a única chance de sobrevivência para os índios?” (NEDEL, Marco Aurélio. *Condá – o Imperador do Oeste*. Chapeco: Ed. autor, 2015). “Vitorino Conda, originário de Palmas, teve desempenho relevante na dominação de grupos kaingang do Rio Grande do Sul, a exemplo de Nonoai, em colaboração com as forças coloniais e os empreendedores das atividades econômicas. Conda constituiu-se numa peça-chave da permanência brasileira nos Campos de Palmas” (MONTEIRO, op. cit., p. 10-11). Atualmente, além de logradouros e estabelecimentos comerciais de Chapecó, até mesmo o estádio da Associação Chapecoense de Futebol – “Arena Condá” – recebeu o nome desse polêmico e instigante personagem da história da região.

155 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 14.

156 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 51.

índigenas iria se aprofundar nos períodos subsequentes, com a construção de ferrovias e o processo de ocupação da região pelas empresas colonizadoras, passando essa atividade econômica posteriormente a fazer parte inclusive da política oficial do antigo SPI¹⁵⁷. Como decorrência desse processo, o povo Kaingang, ao retomar, muitos anos depois, algumas áreas de suas terras tradicionais na região – reconhecidas e demarcadas pelo Estado nas últimas décadas –, vai encontrá-las quase que totalmente devastadas, com poucas áreas remanescentes das “inesgotáveis” florestas nativas antes existentes.

Na primeira década do século passado, inicia-se a construção, pela empresa Brazil Railway Company, de uma ferrovia com o objetivo de promover uma ligação estratégica da Região Sul com os centros de São Paulo e Rio de Janeiro. Com ela, a modernidade e a figura do Estado-nação chegam ao território Kaingang, trazendo com eles o desmatamento intensivo, a expulsão de posseiros, as empresas colonizadoras e os imigrantes¹⁵⁸.

Posteriormente, com a definição jurídica do domínio do Oeste do estado, após a Guerra do Contestado¹⁵⁹, a intenção do governo estadual passa a ser a colonização dessa região, pois na sua ótica era necessário ocupar o território “vazio” para incorporá-lo definitivamente, ignorando os caboclos e índios que viviam na região¹⁶⁰.

157 MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. Relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003793-5*. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007. p. 15-17 e 28.

158 LISBOA, op. cit., p. 55.

159 Conflito entre “sertanejos”, “colonos” e ex-trabalhadores da empresa Brazil Railway Company, que habitavam áreas de terras, então sob o domínio do Estado do Paraná, cuja venda, pela companhia ferroviária às companhias colonizadoras, fora autorizada pelo Governo Federal. O Governo do Paraná, auxiliado por tropas federais, ataca os “contestadores”, deflagrando conflito que se estende de 1912 a 1915 – ano em que o último reduto dos “contestadores” foi destruído. Após o conflito, o Estado de Santa Catarina tem o seu domínio sobre a região reconhecido pelo Judiciário, criando a seguir os municípios de Mafra, Porto União, Cruzeiro e Chapecó, consolidando sua atual delimitação geográfica (TOMMASINO, Kimiye. Relatório de identificação e delimitação da terra indígena Guarani de Araçá'i. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003663-3*. Autor: Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 6 de junho de 2007. p. 98-99).

160 TOMMASINO, Kimiye. Relatório de identificação e delimitação da terra indígena Guarani de Araçá'i. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003663-3*. Autor: Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 6 de junho de 2007. p. 106-109.

A região Oeste era vista como em estado de “barbárie”, sendo necessário fazê-la passar para a “civilização”, favorecendo a “vocação agrícola inerente ao país”. Isso seria possível com a vinda de colonos descendentes de europeus, denominados “colonos de origem”. Novamente, o “ideal tipo” é a família europeia, agricultora, o agente capaz de levar a cabo o “progresso”, a “civilização” para a região, trabalhando em regime de agricultura familiar, com “braços laboriosos”. E a resposta para essa empreitada foram as companhias de colonização particulares, que tiveram a seu encargo a “limpeza da área” ocupada por posseiros – caboclos e índios –, para não prejudicar os colonos¹⁶¹.

Atraídos pela propaganda oficial (que ao final se mostrou enganosa) e por diversos fatores econômicos enfrentados em suas regiões de origem, vieram para a região os colonos descendentes de alemães e italianos, oriundos de colônias velhas do Rio Grande do Sul, em uma onda migratória que se inicia entre 1910 e 1920, indo até a década de 1960, em um processo de ocupação no sentido Sul-Norte¹⁶². A chegada desses novos ocupantes representou, entre outras, mudanças no modo de relação com a terra, passando-se a exigir o registro dos títulos das propriedades¹⁶³.

Esses “colonos de origem” elegiam como valores o trabalho metódico, sistemático, a poupança e o investimento. Nessa concepção de trabalho voltado para a compulsão e a organização, a pobreza representa (até hoje) “a falta de vontade de trabalhar”. Nesse processo, os nativos (caboclos e índios) são transformados em estrangeiros. Essa condição de alienígenas é extremada pela representação: “não são filhos de italianos”¹⁶⁴. Trata-se, portanto, de curioso processo de transformação dos indígenas em alienígenas, dos índios em invasores.

161 TOMMASINO, Kimiye. Relatório de identificação e delimitação da terra indígena Guarani de Araçá I. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003663-3*. Autor: Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade e outros. Réus: Funai e outro. Chapecó, 6 de junho de 2007. p. 106-109.

162 *Ibid.*, p. 112.

163 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 57-58.

164 TOMMASINO, op. cit., p. 122-123.

Castro¹⁶⁵ esclarece que as palavras “índio” e “indígena” não são sinônimas. A primeira não é uma abreviação de “indígena”, refere-se aos “membros de povos e comunidades que têm consciência – seja porque nunca a perderam, seja porque a recobram – de sua relação histórica com os indígenas que viviam nesta terra antes da chegada dos europeus”, e tem origem bastante conhecida, no equívoco dos invasores que, ao aportarem na América, imaginavam terem chegado à Índia. “Indígena”, por outro lado, tem origem latina, não possuindo nada de “indiana”, significando “gerado dentro da terra que lhe é própria, originário da terra em que vive”. Há, portanto, povos indígenas em variadas partes do mundo, inclusive na Europa.

Afirma que o antônimo de “indígena” é “alienígena”, enquanto o de “índio” é “branco”, ou melhor, uma das muitas palavras empregadas pelas centenas de línguas índias faladas no território brasileiro, que expressam a ideia de não índio e cujo significado pode muitas vezes ser traduzido por “inimigo”, o que não causa qualquer surpresa diante da história dos povos indígenas no país, desde a chegada dos colonizadores europeus.

A repercussão internacional da violência contra os índios – em especial os massacres da atividade dos “bugreiros”, caçadores de índios – levou o Governo brasileiro a criar, em 1910, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI)¹⁶⁶. Contudo, somente em 1920 a região Oeste passa a receber assistência do órgão.

A política oficial adotada pelo SPI na região, para que seus postos se autofinanciassem, gerando renda através dos recursos existentes – erva-mate, pinhão, madeira – e arrendamentos de áreas para o plantio por agricultores não índios, levou a perdas irreparáveis para o povo Kaingang¹⁶⁷, com reflexos até os dias atuais, por exemplo, com a manu-

165 VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Povos indígenas. Os involuntários da pátria*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/554056-povos-indigenas-os-involuntarios-da-patria>>. Acesso em: 15 maio 2016.

166 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 61.

167 MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. Relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos n. 2007.72.02.003793-5. Ação Anulatória de Ato Administrativo*. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007. p. 24-25.

tenção, pelas lideranças indígenas, da prática do arrendamento de extensas áreas de suas terras tradicionais, atualmente, para o plantio de soja transgênica de forma mecanizada, por produtores rurais não indígenas.

Embora o objetivo da criação do SPI não fosse estabelecer os índios em novas aldeias, nem de governar as tribos, mas sim permitir-lhes conservar seus usos, costumes e modos de vida, o órgão teve uma história cheia de vicissitudes¹⁶⁸. Mudanças administrativas frequentes, recorrentes dificuldades orçamentárias e falta de apoio do Governo Federal para fazer frente aos poderes locais tornaram impossível, mesmo antes de 1964, que o SPI cumprisse suas principais funções. Sob o comando do Marechal Cândido Rondon, o órgão indigenista incorporou em sua atuação as ideias positivistas, com seus princípios evolucionistas, que partiam do pressuposto de que os índios seriam exemplos de um estágio anterior e primitivo de uma evolução humana ocorrida sempre de forma linear, um estágio de transição que desapareceria na medida em que fossem incorporados, de maneira gradual e progressiva, à sociedade nacional¹⁶⁹. Em diversos momentos, portanto, a atuação do SPI se afastou bastante de sua missão inicial de proteção dos povos indígenas.

Na região Oeste de Santa Catarina, ao longo das décadas de 1940 e 1950, recrudescem as investidas sobre o patrimônio do povo Kaingang, com o fim da 2ª Guerra Mundial e a conseqüente valorização da madeira e a expansão da atividade agrícola no Sul do país, intensificando-se os processos de expulsão dos índios – inclusive com o uso da força – e de ocupação de suas terras tradicionais, com o apoio de autoridades locais e, em muitos casos, de agentes do próprio SPI¹⁷⁰.

Nesse contexto, os Kaingang foram submetidos, por uma intervenção arbitrária da esfera política, a um processo de “territorialização”, a espaços geográficos limitados e reduzidos¹⁷¹. A partir da atuação do SPI, foi implementado o “aldeamento” dos povos indígenas,

168 KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 155-159.

169 Ibid., p. 161; RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Círculo do Livro, 1985. p. 126-135.

170 MONTEIRO, op. cit., p. 39.

171 OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 47-77, 1998. p. 56.

por meio de constituição de reservas, buscando liberar terras para a colonização, bem como tutelar os índios, num projeto de assimilação¹⁷². Conforme destacam Cid Fernandes e Piovezana¹⁷³, essa política de demarcação de terras, iniciada ainda no século XIX, teve como objetivo explícito a concentração das populações indígenas e a consequente liberação de terras etnicamente limpas para a colonização. Os Kaingang, antes articulados em amplas redes de sociabilidade localizadas nas principais bacias hidrográficas da região, passaram ao confinamento nas reduzidas áreas demarcadas.

Nesse processo de aldeamento, os Kaingang eram colocados num duro sistema de trabalho na agricultura, em obras de interesse público – como a construção de estradas –, ou, ainda, como soldados dos batalhões de fronteira¹⁷⁴. Esse processo de aldeamento, que contribuiu para a exploração madeireira das florestas de araucárias, transformou as terras indígenas em reservas de mão de obra e de recursos naturais a serem explorados¹⁷⁵.

Lisboa¹⁷⁶ aponta um caráter contraditório nessa política de demarcação de terras indígenas, pois, se de um lado era fruto da imposição de um órgão indigenista oficial, de outro, impediu um massacre aos povos indígenas de dimensões ainda maiores. Afirma, ainda, que a extinção do SPI, em virtude das denúncias de corrupção e má-gestão das áreas indígenas, e a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 1967, não foi suficiente para pôr fim a muitas das ações anteriormente praticadas pelo órgão extinto.

Os Kaingang, expulsos nesse processo de colonização do Oeste de Santa Catarina, promovem, em meados da década de 1970, um

172 MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da. Organização doméstica, tradição de conhecimento e jogos identitários: algumas reflexões sobre os povos ditos tradicionais. *Revista Raízes*, Campina Grande, v. 33, n. 1, p. 96-117, jan./jun. 2011. p. 112.

173 CID FERNANDES, Ricardo; PIOVEZANA, Leonel. Perspectivas Kaingang sobre o direito territorial e ambiental no sul do Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2015. p. 115-116.

174 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 59-60.

175 CID FERNANDES; PIOVEZANA, op. cit., p. 116.

176 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 64-65.

movimento de retomada de suas terras tradicionais. Cid Fernandes e Piovezana¹⁷⁷ apontam como marco inicial desse processo, “verdadeiro mito de origem da ‘luta indígena’ no sul do Brasil”, a expulsão de centenas de agricultores da Terra Indígena (TI) de Nonoai/RS. Esse movimento de retomada se estende a seguir às Terra Indígenas Xaçepó/SC e Manguerinha/PR, com a expulsão dos agricultores que ocupavam aquelas áreas. A pressão acaba levando à deflagração de processos de demarcação de terras indígenas no Oeste de Santa Catarina. Assim, onde até 1986 havia somente a TI Xaçepó, surgem as terras indígenas Toldo Chimbanguê¹⁷⁸, em 1986; Toldo Pinhal, em 1996; Toldo Imbu, em 1999; além da Aldeia Condá, em 2001.

Atualmente, a população Kaingang do Oeste catarinense é de aproximadamente 7 mil pessoas¹⁷⁹, distribuídas nessas quatro terras indígenas tradicionais – demarcadas ou em processo de demarcação – e na Aldeia Condá – que pode ser definida como uma reserva indígena, pois localizada em área adquirida para alocar o grupo Kaingang que tradicionalmente ocupava região do atual núcleo urbano do município de Chapecó¹⁸⁰.

A extensão das terras indígenas Kaingang com processos de demarcação/desapropriação já concluídos perfaz pouco mais de 20 mil hectares, representando somente 0,22% do território do Estado de

177 CID FERNANDES; PIOVEZANA, op. cit., p. 118-119.

178 As Terras Indígenas Xaçepó e Toldo Pinhal abrigam, cada uma delas, um pequeno grupo Guarani.

179 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Povos Indígenas no Brasil. *Kaingang*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang/286>>. Acesso em 29 out. 2016.

180 “Diferentemente dos Kaingang do Toldo Chimbanguê e do Toldo Pinhal que tiveram suas terras ocupadas pela expansão rural no oeste do estado, os Kaingang da Reserva Indígena Aldeia Condá sofreram diretamente com a expansão urbana da cidade de Chapecó. Mesmo com o crescimento da cidade, eles ali permaneceram, acompanhando, ‘invisíveis’, a transformação de seu território tradicional. Por paradoxal que pareça, o núcleo urbano da cidade de Chapecó permaneceu sendo considerado por estes indígenas como seu território tradicional. Não obstante o convívio constante com a cidade, estes indígenas mantiveram crenças e práticas estreitamente relacionadas à ‘tradição indígena’ - todos falam a língua indígena, por exemplo. Esta condição muito particular, de índios que, ao mesmo tempo, valorizam tradição e convivem intensamente com a sociedade dos ‘brancos’, fez com que o centro da cidade de Chapecó fosse identificado no relatório da FUNAI, em 1998, como terra indígena tradicional. Diante da impossibilidade de retomar este ‘território tradicional’, a FUNAI optou por eleger uma área para a instalação da Reserva Indígena Aldeia Condá. A área eleita, 2300 hectares, está localizada na confluência dos rios Uruguai e Irani” (FERNANDES, Ricardo Cid; PIOVEZANA, Leonel. Perspectivas Kaingang sobre o direito territorial e ambiental no Sul do Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2015. p. 120).

Santa Catarina, o que denota a impropriedade do argumento de que os índios pretendem ocupar todo o território brasileiro¹⁸¹.

Para os Kaingang, o princípio formador do mundo, perfeitamente simétrico, formado de pares antitéticos e complementares, está personificado nos heróis míticos Kamé e Kairú, fundadores da sociedade Kaingang¹⁸². Sua estrutura sócio-simbólica, assim, é norteada pela divisão social dos integrantes do grupo nessas duas metades, Kamé e Kairú, vistos como clãs transmitidos patrilinearmente e que determinam idealmente a exogamia, permitindo o casamento somente entre pessoas pertencentes a metades distintas¹⁸³.

Segundo Lisboa¹⁸⁴, essa divisão, que provém do mito de origem daquele povo, não apenas define sua estrutura social em duas metades, mas também é atribuída aos animais, às plantas e a todas as formas conhecidas – por exemplo, o sol é Kamé, enquanto a lua é Kairu¹⁸⁵. Ao contrário, contudo, do que ocorre com outros povos indígenas, essas duas metades não implicam uma efetiva divisão espacial ou geográfica.

Os Kaingang são conhecidos por seu *ethos* guerreiro. Respeitam os fortes e valentes, sendo a violência vista como sinal de força, poder e virilidade. Contudo, nas relações internas, valorizam a paciência e a serenidade, qualidades apontadas como as de um bom cacique¹⁸⁶.

Na atualidade, trata-se de grupos em intenso contato com a sociedade envolvente, que, de um lado, também sofrem os influxos do processo de globalização homogeneizante, e, de outro, especialmente com o advento da Constituição de 1988, reivindicam a promoção de

181 FUNAI. Índios do Brasil. *Terra Indígenas*. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

182 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 78.

183 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 119.

184 LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina*: um olhar a partir da antropologia jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. p. 25-26.

185 VEIGA, op. cit., p. 78.

186 VEIGA, op. cit., p. 102.

seus direitos e o reconhecimento de sua identidade, buscando muitas vezes a tutela estatal, diretamente ou por meio de suas lideranças, especialmente acerca das graves dificuldades que enfrentam com relação à prestação de serviços públicos adequados, em especial de saúde e educação, e de alternativas de fontes de renda.

Nessas situações, como já destacado, muitas dúvidas e perplexidades se apresentam, em especial diante de aparentes incongruências entre uma pauta de direitos humanos de caráter universal e homogeneizante, de um lado, e o necessário respeito aos costumes, crenças e tradições do Povo Kaingang, suas cosmovisões e específicas concepções de vida boa, de outro. A implementação de seus direitos, enquanto Kaingangs, e não apesar de Kaingangs, é o desafio a ser enfrentado.

No capítulo final deste trabalho são abordadas as principais questões vivenciadas no âmbito da Procuradoria da República em Chapecó envolvendo os direitos do povo Kaingang da região, para as quais não se ambicionam respostas definitivas, mas um início de compreensão e entendimento, um começo de caminho a ser trilhado. A análise será realizada a partir do referencial teórico construído neste capítulo e no seguinte, que discorre sobre algumas perspectivas para a abordagem das contradições envolvendo direitos humanos universais e diversidade étnico-cultural.

Capítulo 2 – Direitos fundamentais e multiculturalismo

2.1 Direitos humanos universais e relativismo cultural

No capítulo anterior, procurou-se demonstrar, de um lado, a impropriedade empírica das ideias assimilacionistas e de aculturação, fundadas em pretensas hierarquização e supremacia entre sociedades e culturas; de outro, que as teorias antropológicas mais adequadas à realidade observada nas diversas regiões do planeta e que trazem à tona o relativismo cultural permeiam o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que consagra um estado pluriétnico e o direito à diferenciação social.

Nesse contexto, apresenta-se o desafio de evitar os extremos, de um lado, de um relativismo cultural radical e, de outro, de um evolucionismo social, buscando conciliar universalidades potencialmente homogeneizantes, em especial a pauta contemporânea de direitos humanos universais – com o respeito e a promoção da diversidade étnico-racial, cultural, religiosa, de gênero, de orientação sexual, ou de qualquer outra ordem assegurada pela Constituição Federal.

Conforme esclarece Norberto Bobbio¹⁸⁷, a universalização dos direitos fundamentais e, também, do respeito à dignidade da pessoa humana foi uma lenta conquista que se desenvolveu em três fases. Num primeiro momento, as declarações nascem como teorias filosóficas nas obras de seus defensores, como John Locke. A seguir, essas teorias inserem-se em textos de âmbito nacional, como as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa, não sendo mais expressão de uma nobre exigência, mas ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos. Por derradeiro, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, tem início a última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva. Universal, pois os destinatários não são

187 Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28-31.

mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva, porque põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou idealmente reconhecidos, mas efetivamente protegidos¹⁸⁸.

A dinâmica desse processo é a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta de direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais¹⁸⁹.

Essa atual primazia jurídica do valor da dignidade humana é a resposta à profunda crise do positivismo jurídico no final da Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes político-militares fascistas e nazistas, que ascenderam ao poder dentro de um quadro de legalidade, promovendo a barbárie “em nome da lei”¹⁹⁰.

Nesse quadro de reconstrução dos direitos humanos, emergem o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos – de caráter universalizante – e a nova feição do Direito Constitucional ocidental, com textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana, intentando uma reaproximação da ética e do direito¹⁹¹.

No Brasil, a Carta de 1988 – fruto de ampla participação popular em sua elaboração e voltada à plena realização da cidadania¹⁹² – fez com que o tema dos direitos humanos se impusesse de forma fundamental na agenda internacional do país, com uma abertura à internacionalização da proteção desses direitos, mas provocando também mudanças no plano interno e em nosso ordenamento jurídico¹⁹³.

188 PROLA JR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 8, n. 30/31, p. 194-195, jan./dez. 2009.

189 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153.

190 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

191 *Ibid.*, p. 91.

192 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

193 PIOVESAN, *op. cit.*, p. 86-87.

A atual Constituição alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, avançando ainda na proteção de setores vulneráveis da sociedade, colocando-se entre as mais avançadas no mundo que diz respeito a esse tema. Consagra a Carta de 1988 a dignidade da pessoa humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido¹⁹⁴.

Segundo Tepedino¹⁹⁵, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental estabelecido pela Constituição de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III), e aliada à previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias – mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto constitucional –, configura verdadeira “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, tomada como valor máximo por nosso ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana, assim, constituiria o “núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”¹⁹⁶.

Essa preocupação do Constituinte em resguardar o valor da dignidade humana, privilegiando a temática dos direitos fundamentais, manifesta-se inclusive na nova topografia da Constituição de 1988 – bastante distinta das anteriores –, que, logo após um título sobre os princípios fundamentais, introduz o “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, apresentando extenso rol de direitos e garantias¹⁹⁷, elevados a cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV. Ou seja, passa-se de um Direito inspirado pela ótica do Estado, para um Direito inspirado pela ótica da cidadania, em que o Estado afirma-se sob a perspectiva dos direitos, não mais o contrário¹⁹⁸.

194 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86-90.

195 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50.

196 PIOVESAN, op. cit., p. 89.

197 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-171.

198 PIOVESAN, op. cit., p. 95-96.

Embora registre que se revela no mínimo difícil a obtenção de uma conceituação clara de dignidade da pessoa humana – em que pese não haver maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida –, mas partindo da ideia nuclear de dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, à luz do que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e na esteira da doutrina majoritária, Sarlet¹⁹⁹ conclui que a noção desse conceito parece continuar sendo reconduzida primordialmente à matriz kantiana, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, ou seja, no indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual.

Segundo Taylor²⁰⁰, a ideia de dignidade, de que todos os seres humanos são igualmente dignos de respeito, encontra uma de suas primeiras evocações influentes em Kant. Para esse pensador, o que demanda respeito é o nosso igual *status* de agentes racionais, capazes de dirigir as próprias vidas por meio de princípios. Desde então, essa concepção tem sido a base de nossas intuições acerca da igual dignidade, embora a definição detalhada desse conceito tenha se alterado ao longo do tempo.

Dessa forma, tem-se entendido que, com a consagração da dignidade humana como vetor interpretativo fundamental da Constituição, haveria “um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua”, em que cada pessoa é vista como um fim em si mesma, com um valor intrínseco absoluto, e jamais como um meio, sejam quais forem os propósitos que se almeje²⁰¹.

Essa vertente kantiana, com a importância que atribui à dignidade humana, definiu nossas concepções atuais dos direitos humanos universais²⁰², concretizadas, no plano internacional, com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, no âmbito dos constitucionalismos locais, com a abertura das constituições à força

199 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46-47.

200 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 252-253.

201 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91-92.

202 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 136-137.

normativa dos princípios, além da interação entre essas duas esferas, em que a primeira passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o direito constitucional de cada país²⁰³.

Contudo, a dignidade da pessoa humana também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo, ou seja, não é algo apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, sendo permanente objeto de reconstrução e repactuação quanto ao seu conteúdo e significado. Nesse sentido, assume relevo a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, mas também da comunidade em geral, de todos e de cada um, que aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade²⁰⁴.

Conforme destaca Taylor²⁰⁵, a gênese do espírito humano não é monológica, não é algo que cada pessoa realiza por si mesma, mas dialógica, ocorre mediante a aquisição de ricas linguagens humanas de expressão. Nossa identidade, o “pano de fundo contra o qual nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido”, é em grande medida determinada por nosso lugar na sociedade e pelos papéis e atividades vinculados a essa posição.

Essa dimensão cultural e comunitária da dignidade, que também dá sentido e conforma a existência da pessoa humana, é expressamente acolhida em diversos dispositivos da Constituição de 1988. Já no preâmbulo, a Carta destaca os valores supremos que deverão informar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, estabelecendo no art. 3º, IV, como um dos objetivos fundamentais de nossa República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Na seção reservada à cultura, afirma que o Estado “protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e

203 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

204 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 48-49.

205 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 246-247.

das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, e que o Plano Nacional de Cultura, estabelecido em lei, deverá promover a “valorização da diversidade étnica e regional” do país (art. 215, § 1º e § 3º, IV). No art. 215 e seguintes, apresenta um rol de preceitos voltados à proteção do patrimônio cultural e da diversidade étnico-racial do Estado brasileiro.

Em relação aos índios, a Constituição também inova, apresentando uma seção específica em que reconhece extenso rol de direitos desses povos tradicionais – desde aqueles relativos à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, até os direitos originários e imprescritíveis às suas terras tradicionais (art. 231) –, “incorporando a mais moderna concepção de igualdade e indicando novos parâmetros para a relação do Estado e da sociedade brasileira para com os índios”, afastando definitivamente a perspectiva assimilacionista, assegurando a eles o direito à diferença²⁰⁶.

Trata-se, portanto, da já discutida consagração de um estado pluriétnico e multicultural, não mais pautado em pretendidas homogeneidades, que acolhe a diversidade como valor que também há que ser preservado para a tutela da dignidade da pessoa humana, com suas variadas concepções de bem e de vida boa, todas vistas – ou, ao menos, presumidas – como de igual valor e merecedoras de proteção estatal.

A interpretação desses preceitos, à luz da concepção universal dos direitos humanos, consagrada em nossa Constituição Federal, traz à tona em nosso ordenamento jurídico o debate entre universalismo e relativismo cultural, centrado no dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos, se podem elas ter um sentido universal ou se seriam culturalmente relativas. Esse debate restou ainda mais revigorado pelo movimento de internacionalização dos direitos humanos, que flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, consagrando um parâmetro mínimo de proteção desses direitos, aos quais os Estados devem se conformar²⁰⁷.

206 ARAÚJO, Ana Valéria. Povos indígenas e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPIR, 2006. p. 222-223.

207 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 221.

Para os relativistas, a noção de direito seria culturalmente condicionada, estritamente relacionada aos sistemas político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada grupo, devendo ser respeitadas as diferenças culturais e os peculiares sistemas morais de cada sociedade. Enquanto na ótica universalista haveria o primado do individualismo, na perspectiva do relativismo cultural o ponto de partida seria a coletividade. O relativismo considera que as regras morais variam de lugar para lugar e derivam de um contexto cultural, que é sua fonte de validade. Assim, para a perfeita compreensão dessa diversidade, necessário colocar-se no contexto cultural em que elas se apresentam²⁰⁸.

Conforme Habermas²⁰⁹, as constituições modernas têm uma base contratualista, fundada na ideia de que todos os cidadãos formam voluntariamente uma comunidade legal de associados livres e iguais, estabelecendo os direitos que estes indivíduos devem garantir uns aos outros a fim de ordenar a sua vida juntos. Destaca, contudo, que, na arena política, os que se deparam uns com os outros são atores coletivos, lutando por objetivos coletivos, pela distribuição de bens coletivos. Trata-se da luta pela satisfação das reivindicações historicamente não cumpridas, em que os atores coletivos estão cada vez mais envolvidos, combatendo a falta de respeito pela sua dignidade. Questiona, então, se uma teoria de direitos, construída tão individualisticamente, pode lidar adequadamente com as lutas pelo reconhecimento, em que estão em jogo a articulação e a asserção de identidades coletivas.

Essas questões nos remetem, então, a outro embate que tangencia essa discussão, agora no âmbito da teoria social, em particular na teoria da justiça, acerca das diferenças entre liberais e os denominados “comunitários”. As questões ontológicas envolvidas nessa discussão referem-se ao que cada uma dessas posições reconhece como os fatores a invocar a fim de explicar a vida social, separando “atomistas”, individualistas metodológicos, de “holistas”. Esses diferentes modelos de vida em sociedade – atomista e holista – vinculam-se a diferentes

208 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 221-223.

209 HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 125-126.

concepções do “eu” (*self*) e da identidade: *selves* libertos, de um lado, *selves* situados, de outro²¹⁰.

Contudo, necessário destacar que as concepções envolvidas nessas discussões não se concentram apenas nos extremos de uma ou outra posição. As teorias relativistas variam, assim, desde correntes que defendem um relativismo cultural radical, que identifica a cultura como a única fonte de validade de um direito ou de uma regra moral, até formas mais brandas – “relativismo fraco” –, em que a cultura seria uma entre outras importantes fontes de validade de direitos ou regras morais. Da mesma forma, pode ser sustentada a existência de diversos graus de universalismo – “radical, forte ou fraco” –, segundo o alcance que seja atribuído ao denominado “mínimo ético irredutível”, cuja violação comprometeria a dignidade da pessoa humana²¹¹.

O debate liberal-comunitário, da mesma forma, apresenta uma ampla gama de posições relativas à posição moral ou à política adotada, indo da absoluta primazia aos direitos individuais e à liberdade, em que situados os denominados libertários, até o outro extremo, que dá a máxima prioridade à vida comunitária ou ao bem das coletividades, em que situada, por exemplo, a Guarda Vermelha da revolução cultural chinesa. A maior parte das posições, naturalmente, não se veem presas a ideologias resistentes, posicionando-se próximas a esses dois extremos. Mesmo assim, há importantes diferenças entre, de um lado, liberais como Ronald Dworkin²¹², que acreditam que o Estado deve ser neutro em relação às diferentes concepções de bem ou de vida boa esposadas pelos indivíduos, e, de outro, aqueles denominados “comunitaristas”, como Charles Taylor²¹³, que acreditam que uma sociedade democrática precisa de alguma definição aceita em comum sobre o que é uma vida boa.

Em suas posições mais radicais, os relativistas identificam a pretensão de universalidade dos instrumentos internacionais como sím-

210 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 197-199.

211 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 221-223.

212 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 269-317.

213 TAYLOR, op. cit., p. 197-220.

bolo de arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental hegemônico, que visa universalizar suas próprias crenças, induzindo a destruição da diversidade cultural. Já os universalistas afirmam que a posição relativista constituiria um esforço para justificar graves violações dos direitos humanos, ficando imunes ao controle da comunidade internacional²¹⁴.

Nessa linha, Boaventura de Sousa Santos²¹⁵ vê com perplexidade a forma como os direitos humanos se transformaram na linguagem da política progressista e em quase sinônimo de emancipação social. Identifica, durante a guerra fria, uma ambiguidade na avaliação das violações dos direitos humanos: complacência com ditadores amigos do Ocidente; defesa do sacrifício desses direitos em nome de projetos de desenvolvimento, o que tornou os direitos humanos suspeitos como bandeira emancipatória. Destaca que, com a crise dos projetos socialistas, as forças de esquerda passaram a recorrer aos direitos humanos para preencher o vazio existente, buscando reinventar a linguagem da emancipação, o que, na visão daquele autor, somente será possível “se for adotada uma política de direitos humanos radicalmente diferente da liberal hegemônica, e se tal política for concebida como parte de uma constelação mais ampla de lutas pela emancipação social”.

Para ele, os direitos humanos, concebidos como universais, tenderão sempre a ser um instrumento de “choque de civilizações”, pois mostram-se universais apenas a partir de um ponto de vista ocidental hegemônico. Nessa perspectiva, constituiriam “uma arma do Ocidente contra o resto do mundo [...], prevalecendo contra quaisquer concepções alternativas de dignidade humana”²¹⁶.

Kymlicka, por outro lado, destaca que, desde o fim da Guerra Fria, conflitos etnoculturais tornaram-se a fonte mais comum de violência política no mundo, não havendo sinais de que haverá uma redução dos conflitos dessa natureza²¹⁷.

214 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223-224.

215 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 433.

216 *Ibid.*, p. 442-443.

217 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 1.

Portanto, essa discussão sobre direitos humanos e multiculturalismo não envolve “questões bizantinas sobre o reconhecimento dos outros”²¹⁸, ou prosaicas indagações sobre diferenças culturais, apresentando uma complexidade muito mais ampla. Uma reflexão sobre o tema, a partir do reconhecimento das especificidades dos outros, não pode olvidar que os problemas culturais estão intimamente relacionados com a desigualdade e com os desequilíbrios econômicos entre os países – e também com aqueles internos a cada país. Essas questões estão estritamente interconectadas com os problemas políticos e socioeconômicos, pois “a cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados”²¹⁹.

Embora afirme tratar-se de fenômeno distinto, a demandar uma análise específica, Kymlicka²²⁰ também destaca que a exclusão cultural está frequentemente relacionada à exclusão econômica e social, sendo comum andarem juntas ou sobrepostas. Afirma que, embora na grande maioria dos países o problema esteja relacionado a minorias, a exclusão cultural não está limitada a grupos minoritários. Em países como Guatemala e Bolívia, embora a maioria dos cidadãos seja formada por indígenas, o Estado tem suprimido desses povos suas línguas, religiões e costumes em favor das elites minoritárias daqueles países.

O quadro já complexo mostra-se ainda mais intrincado quando se analisa o tratamento dispensado aos fluxos migratórios, em especial aqueles em direção às potências econômicas da Europa e aos Estados Unidos da América do Norte, e aos grupos de imigrantes já radicados nesses países. Embora essas potências geralmente se apresentem na órbita internacional como os maiores defensores das car-

218 FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 16 set. 2016. p. 12.

219 Ibid., p. 9-12.

220 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. p. 1-5. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016.

tas de direitos humanos – argumento muitas vezes empregado para justificar intervenções militares nos denominados países periféricos –, a universalidade dos direitos fundamentais do homem não parece mais tão universal assim quando envolvidas as hordas de refugiados que lá aportam, cada vez com mais intensidade, fugindo de conflitos armados em seus “países periféricos” de origem.

Habermas afirma que, especialmente desde o crescimento explosivo da imigração no século XVIII, a grande maioria dos imigrantes são pessoas que querem trabalhar e refugiados que fogem da pobreza, buscando escapar de uma existência miserável em sua terra natal. Destaca que, no período de 1800 a 1960, os europeus representavam 80% do movimento migratório, tirando proveito disso, melhorando suas condições de vida, em comparação com outros migrantes e com os que não migravam. Além disso, a situação econômica dos países de origem desses emigrantes também foi beneficiada pelos fluxos de imigração para a Europa, durante o período de reconstrução, após o fim da Segunda Guerra Mundial²²¹.

Mostra-se, assim, no mínimo paradoxal o atual tratamento que diversos países europeus têm dispensado aos refugiados que a cada dia aportam naquele continente, levantando enormes barreiras – físicas, inclusive²²² – à entrada desses imigrantes. Essa posição xenófoba chama ainda mais a atenção quando, a partir de uma perspectiva universalista de direitos humanos, identificam-se boas razões morais a fundamentar um direito individual de imigrar, pois, “normalmente, as pessoas não deixam a sua terra natal exceto em graves situações; em regra, o simples facto de terem fugido é evidência suficiente da necessidade de serem ajudadas”²²³.

Um ingrediente adicional, ainda, foi trazido pelos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, passando a “realidade” da imigração

221 HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 157-158.

222 BBC BRASIL. *Hungria ergue cerca de arame farpado para conter imigrantes*. 18 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2015/09/150918_aprenda_lingo>. Acesso em: 29 out. 2016.

223 HABERMAS, op. cit., p. 158.

e da multiculturalidade a ser vista como a principal geradora dos problemas sociais da época em que vivemos²²⁴.

No Brasil, a abordagem desse tema, sob o viés dos direitos dos índios, não pode desconsiderar todo o histórico de genocídio e de atrocidades sofridas por esses povos tradicionais, nem o contexto atual de preconceito, discriminação, opressão e violência a que continuam submetidos. Recente relatório divulgado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) apresenta dados do ano de 2015 sobre violência contra os povos indígenas no país²²⁵. O documento destaca a permanência do quadro de omissão dos poderes públicos em relação aos direitos dos povos indígenas, especialmente em relação às suas terras tradicionais, o que impacta drasticamente no direito de eles viverem de acordo com seus cânones culturais. O relatório também registra que continuam as invasões e devastações das áreas já demarcadas e que permanece “a realidade de agressões às pessoas que lutam por seus legítimos direitos, tais como assassinatos, espancamentos, ameaças de morte; agravam-se os ataques contra comunidades, especialmente aquelas mais fragilizadas e que vivem em acampamentos”.

Visa o presente estudo, assim, analisar como algumas das principais teorias da filosofia política abordam esse virtual embate entre a inegável necessidade de uma pauta internacional de direitos humanos, de elevado potencial emancipatório, e a enorme diversidade que caracteriza e conforma a humanidade, em especial no atual cenário de intolerância nas relações internacionais e de imensas desigualdades e assimetrias socioeconômicas entre países e também nas relações entre os grupos nacionais.

Ao desenvolver o argumento deste trabalho, três abordagens acerca do tema serão desenvolvidas: a perspectiva do liberalismo, especialmente em seu viés igualitário; a crítica comunitarista, em especial a política de reconhecimento; e ainda o denominado liberalismo multicultural, que defende que o liberalismo necessita de uma com-

224 FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 16 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15330>. p. 25.

225 CIMI. *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Dados de 2015. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriiodados2015.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.

plementação, com o reconhecimento de direitos às minorias culturais. A intenção, contudo, não é vincular o estudo a nenhuma dessas abordagens especificamente. A estratégia é buscar as vantagens da articulação dessas três robustas teorias acerca dos direitos humanos, para a análise das questões envolvendo os direitos dos índios Kaingang no Oeste de Santa Catarina.

Não se almeja, com essa análise, exaurir as possibilidades de enfoque desse tema e, menos ainda, apontar esta ou aquela teoria como correta ou equivocada, mas sim buscar compreensões com maior possibilidade de promover – na maior medida em que possível²²⁶ – todos os valores envolvidos e que se apresentam mais adequadas para uma abordagem dos casos concretos relativos aos direitos indígenas em nosso país – em especial do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina –, situações constantemente levadas às instâncias da burocracia estatal encarregadas pelas normas constitucionais e legais de atuar nessa matéria e que constituem, afinal, o cerne deste estudo.

2.2 Liberalismo político e crítica comunitarista

Conforme afirma Sandel²²⁷, uma sociedade justa distribui os bens que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias – de maneira correta, dando a cada indivíduo o que lhe é devido. Contudo, ao refletir sobre o que é devido a cada pessoa – ou seja, o que é justo – três perspectivas se apresentam: uma que leva em consideração a maximização do bem-estar, cujo maior expoente é o utilitarismo; outra que aborda a questão pela perspectiva da liberdade; e uma terceira que baseia a análise no conceito de virtude, abrangendo teorias que veem a justiça intimamente associada às concepções de bem e de vida boa.

A teoria liberal, que liga a justiça à liberdade, apresenta uma variedade de visões concorrentes, com uma acalorada disputa entre os

226 Tomo aqui emprestada a noção de “mandados de otimização”, de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91), contudo, sem qualquer compromisso com a ideia de ponderação de princípios ou com a aplicação da máxima da proporcionalidade.

227 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 28-29.

libertários do livre mercado, que acreditam que a justiça consiste em respeitar e preservar as escolhas feitas por adultos conscientes, e os teóricos de tendência mais igualitária, que argumentam que mercados sem restrições não são justos nem livres e que a justiça requer diretrizes que corrijam as desvantagens socioeconômicas, dando a todos oportunidades justas de sucesso²²⁸. Os primeiros afirmam que o governo deve respeitar as liberdades civis e políticas básicas e o direito aos frutos de nosso labor, conforme conferido por uma economia de mercado, sendo as políticas redistributivas de taxaço dos ricos para ajudar os pobres uma violação aos nossos direitos. Já os últimos alegam que não podemos exercer efetivamente nossas liberdades civis e políticas sem que sejam providas nossas necessidades sociais e econômicas básicas, devendo o governo assegurar a cada pessoa um nível mínimo de tais bens, como educação, renda, habitação, assistência à saúde, entre outros²²⁹.

Essas teorias liberais igualitárias, atualmente majoritárias nos países de língua inglesa, veem a sociedade como uma associação de indivíduos, cada um com uma concepção de bem e de vida boa, sendo a função da sociedade facilitar ao máximo esses planos de vida, sem discriminação ou privilégios e segundo algum princípio de igualdade – de resultados, de recursos, de oportunidades, de capacidades, ou outros. A maioria dos teóricos dessa perspectiva do liberalismo entende que, na moderna sociedade pluralista, em que há uma ampla gama de concepções de vida boa, o princípio da igualdade seria violado se a sociedade esposasse uma determinada noção de bem, pois isso representaria uma discriminação para com aqueles cidadãos que não compartilham a concepção adotada, que, dessa forma, não estariam sendo tratados com igual respeito²³⁰.

Essa é a posição de Dworkin²³¹, que afirma que “a igualdade supõe que as decisões políticas devem ser, tanto quanto possível, independentes de qualquer concepção particular do que é viver bem, ou

228 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 28-29.

229 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 184-185.

230 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 202.

231 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 286.

do que dá valor à vida”. Para ele, como os cidadãos divergem em suas concepções de bem e de vida boa, um governo não os tratará como iguais se adotar uma concepção em detrimento das demais, mesmo que essa concepção seja a sustentada pelo grupo mais numeroso ou poderoso da sociedade, ou que os governantes acreditem que essa concepção seja intrinsicamente superior às demais. Uma sociedade liberal, portanto, não adota nenhuma visão substantiva particular sobre os objetivos da vida, estando unida em torno de um forte compromisso procedimental, de tratar todas as pessoas com igual respeito²³².

John Rawls apresenta uma importante formulação teórica do liberalismo, que parte do “fato do pluralismo razoável”, ou seja, a constatação de que a diversidade de concepções de bem e de vida boa em uma sociedade – a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais – é um traço permanente da cultura pública das democracias e não uma mera contingência histórica fadada a desaparecer. Destaca, então, que uma sociedade que se mantenha unida pela afirmação de uma única doutrina abrangente somente poderia ser preservada pelo uso opressivo do poder estatal²³³.

Procura encontrar resposta para a seguinte indagação: “Como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis”? Disso decorre uma primeira questão, acerca de qual a concepção de justiça adequada para estabelecer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos, considerados livres e iguais; e uma outra, relativa aos fundamentos da tolerância entre as diversas doutrinas razoáveis²³⁴.

A resposta que apresenta à primeira indagação é a sua teoria de justiça como equidade, que estabelece os princípios de justiça a nortear a forma como as instituições básicas da sociedade irão realizar os valores da liberdade e da igualdade, da forma mais adequada à ideia de cidadãos, vistos como pessoas livres e iguais. Essa teoria concebe a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre os cidadãos. Tem como objetivo estabelecer uma concepção política de

232 TAYLOR, op. cit., p. 263.

233 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 43-44.

234 Ibid., p. 3-4.

justiça, que proporcione um ponto de vista publicamente reconhecido, a que todos possam apelar para inquirir se as instituições políticas e sociais são justas, sejam quais forem suas concepções acerca do bem e da vida boa. Almeja, com isso, uma concepção de justiça que possa ser partilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político refletido, independente das doutrinas religiosas, filosóficas e morais que os cidadãos professem. Trata-se de uma concepção política – e não metafísica – de justiça, que se sustenta por si própria e se aplica à estrutura básica da sociedade; que não nega a existência de outros valores, que se aplicam aos âmbitos pessoal, familiar ou associativo dos cidadãos; e que é capaz de alcançar o apoio de um consenso sobreposto, por parte de todas essas doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis²³⁵.

Rawls afirma que, nas questões políticas e na discussão dessas questões, os cidadãos não veem a sociedade como uma ordem social fixa, como uma hierarquia institucional justificada por valores religiosos ou aristocráticos. Afirma estar implícita na cultura pública de uma democracia a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação, que não se confunde com uma mera atividade socialmente coordenada²³⁶. Nessa concepção, cooperação envolve as ideias de termos equitativos, que cada participante pode razoavelmente aceitar, e de vantagem racional ou do bem de cada participante. A cooperação em termos equitativos traz ínsita a ideia de reciprocidade, que se situa entre a imparcialidade – de natureza altruísta, de ser motivado pelo bem geral – e o benefício mútuo – em que cada um pretende se beneficiar em relação à situação atual ou em relação à situação futura esperada. A pessoa, nessa concepção, é alguém capaz de ser cidadão, um membro plenamente cooperativo da sociedade ao longo da vida inteira, e que, como pessoa livre, apresenta faculdades morais – capacidades de ter um senso de justiça e uma concepção do bem – e faculdades da razão – de julgamento, pensamento e inferência²³⁷. Como cidadãos que se veem como livres, podem formular demandas às instituições de

235 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 4-17.

236 Destaca que uma sociedade bem ordenada não é uma mera associação nem uma comunidade, entendida esta como uma sociedade que é governada por uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente e compartilhada por todos seus membros (Ibid., p. 48-51).

237 RAWLS, John. op. cit., p.18-26.

modo a promover suas concepções do bem – desde que empregando argumentos permitidos no âmbito da razão pública e não aqueles de suas respectivas doutrinas abrangentes – e sua identidade pública não é alterada por mudanças que possam ocorrer ao longo do tempo em suas concepções do bem – por exemplo, quando não mais professam uma fé religiosa²³⁸.

Para Rawls, a maneira pela qual podemos descobrir qual concepção de justiça especifica os princípios mais adequados para realizar os valores de liberdade e igualdade, em uma sociedade entendida como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos, tidos como pessoas livres e iguais, é perguntando a nós mesmos com quais princípios de justiça concordaríamos em uma situação inicial de equidade. Em uma sociedade marcada pelo pluralismo, caso todos decidissem se reunir para elaborar um contrato social e definir os princípios que iriam governar suas vidas, dificilmente se chegaria a um consenso, pois pessoas diferentes apresentam interesses distintos: umas são ricas, outras, pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos, outras não; algumas fazem parte de minorias étnicas ou religiosas, outras, de grupos majoritários²³⁹. Nessas condições, o consenso obtido não passaria de um *modus vivendi*, algo fundado em interesses próprios ou de grupos, ou o produto de barganhas políticas. A unidade social, nessas condições, seria apenas aparente, pois sua estabilidade dependeria de as circunstâncias que estabeleceram o consenso não se alterarem de modo a perturbar aquela convergência ocasional de interesses²⁴⁰.

Para contornar essa situação, buscando “encontrar um ponto de vista apartado dessa estrutura de fundo abrangente que não seja distorcido por suas características particulares”, Rawls introduz as ideias de posição original e de “véu da ignorância”, este último, o “ponto de vista” a partir do qual serão definidos os princípios de justiça. Segundo ele²⁴¹:

238 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 34-41.

239 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 177-178.

240 RAWLS, op. cit., p. 173.

241 RAWLS, op. cit., p. 27.

A razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de fundo de qualquer sociedade, em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens e influências contingentes que se acumularam no passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que deverão regular as instituições da própria estrutura básica do presente para o futuro.

Dessa forma, na posição original, todos são imaginados como cobertos por um “véu da ignorância”, que os impede de saber quem realmente são, temporariamente desconhecendo a classe social ou o gênero a que pertencem; sua raça ou etnia; suas opiniões políticas ou crenças religiosas. Encobertos pelo véu da ignorância, também desconhecem suas vantagens ou desvantagens: se são saudáveis ou frágeis; se possuem elevado ou baixo grau de escolaridade; se nasceram em uma família estruturada ou não. Sem essas informações, ninguém estaria em uma posição superior de barganha e os princípios acordados seriam justos, pois deliberados em uma posição original de equidade²⁴².

Para que a sociedade seja o resultado de um acordo voluntário, não se pode fundamentá-la simplesmente no consentimento. Passa-se a indagar, então, quais princípios de justiça norteariam esse contrato social²⁴³, quais princípios pessoas racionais e com interesses próprios escolheriam ao firmar esse acordo hipotético na posição originária de equidade, ou seja, com quais princípios de justiça concordaríamos, a despeito de nossos interesses ou vantagens particulares, tomando nossas decisões sem saber quem delas se beneficiaria²⁴⁴. Para Rawls, considerando que, por trás do véu da ignorância, não saberíamos se pertencemos ao grupo majoritário ou a uma minoria oprimida, se somos um empresário bem sucedido ou um sem-teto, refutaríamos tanto a teoria

242 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 178.

243 O hipotético contrato social de Rawls, portanto, é ainda mais imaginário que a maioria, pois não apenas esse contrato nunca realmente aconteceu, mas também é imaginado como tendo ocorrido entre seres que nunca existiram de fato (SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 105).

244 SANDEL, op. cit., p. 266.

utilitarista quanto a libertária²⁴⁵. Conclui, então, que seriam adotados princípios de justiça que se expressam da seguinte forma²⁴⁶:

- a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

O primeiro princípio assegura as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos: liberdade de expressão, de pensamento e de consciência; liberdade religiosa; liberdades política e de associação; liberdade e integridade da pessoa; direitos e liberdades abarcados pela noção de Estado de Direito²⁴⁷.

Já o segundo princípio refere-se à equidade social e econômica. Leva em conta que, na posição originária, sob o “véu da ignorância”, embora não saibamos qual será nossa posição na sociedade, sabemos que iremos buscar nossos objetivos e vamos querer ser tratados com igual respeito. Assim, embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, esse denominado “princípio da diferença” estabelece que somente serão permitidas desigualdades sociais e econômicas que visem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.

Segundo Rawls, pela afirmação dos princípios políticos de justiça e pela proteção assegurada pelos direitos e liberdades fundamentais, bem como pela participação nos assuntos públicos da sociedade e pelo compartilhamento de sua autodeterminação coletiva ao longo do tempo, os cidadãos alcançam sua autonomia plena, que constitui um valor político, não ético. A justiça como equidade afirma a autonomia política para todos os cidadãos, mas deixa que cada um decida, separadamente e à luz de suas respectivas doutrinas abrangentes, qual peso deve ser conferido à autonomia ética – valores éticos da autonomia

245 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 178-179.

246 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 345.

247 *Ibid.*, p. 345-346.

e da individualidade, que podem aplicar-se à vida como um todo, da forma expressa, por exemplo, no liberalismo abrangente de Kant²⁴⁸.

Estabelecidos os princípios de justiça que especificam os termos equitativos de cooperação e quando são justas as instituições básicas de uma sociedade, volta-se ao segundo aspecto de seu questionamento inicial, analisando, então, “como uma sociedade democrática bem-ordenada de justiça como equidade pode estabelecer e preservar a unidade e a estabilidade, considerando o pluralismo razoável que é inerente a essa sociedade”. Para isso, Rawls introduz a ideia de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis, em que cada uma delas subscreve a concepção política de justiça, a partir de seu ponto de vista específico. A unidade social, assim, fundamenta-se em um consenso acerca da concepção política e não em torno de uma determinada doutrina abrangente. Dessa forma, “as controvérsias acerca de elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica, devem, tanto quanto possível, ser resolvidas recorrendo-se somente a valores políticos”. Ou seja, em uma sociedade em que há uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, não podemos querer empregar o poder político para impor a nossa concepção de bem ou de vida boa, fazendo uso das sanções do poder do Estado para corrigir ou punir aqueles que pensam diferente de nós. A estabilidade desse consenso decorre justamente da forma e do conteúdo da concepção política de justiça, que não são influenciados pelo equilíbrio de poder existente entre doutrinas abrangentes e também não refletem um compromisso entre as doutrinas que têm maior peso²⁴⁹.

Ao assumir, a partir de uma perspectiva filosófica, haver uma única concepção correta de justiça, à qual todos devem aderir, não haveria comparativamente nenhuma correta concepção de bem e cada um seria livre para formular suas escolhas. Assim, desde que as convicções da maioria refletem meras concepções particulares do bem, não poderiam elas anular legítimas reivindicações de direitos individuais²⁵⁰.

248 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 92-96.

249 Ibid., p. 157-177.

250 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 154-155.

Rawls, portanto, afirma a prioridade do justo sobre o bem, ou seja, de que concepções acerca do bem somente são admissíveis, ou podem ser promovidas na sociedade, se a sua busca se faz em conformidade com a concepção política de justiça, isto é, se não viola seus princípios de justiça. Assim como Dworkin, Rawls também defende a neutralidade estatal em relação a qualquer concepção de bem e de vida boa, afirmando, portanto, a prevalência dos direitos fundamentais em relação à diversidade cultural.

Essa reivindicação liberal de prioridade do justo em relação ao bem, no sentido de que os princípios de justiça que especificam nossos direitos não dependem para sua justificação de nenhuma concepção particular de vida boa, tem ensejado indagações por parte de filósofos políticos, que questionam a noção de que a justiça possa estar dissociada de considerações sobre o bem, no que tem sido denominado de “debate liberal-comunitário”. A crítica comunitarista não questiona se os direitos devem ser respeitados, mas sim se os direitos podem ser identificados e justificados de uma maneira que não pressuponha nenhuma particular concepção de bem²⁵¹, o que apresenta especial interesse na análise conduzida neste trabalho sobre universalismo e relativismo cultural.

Aqueles que questionam essa prioridade do direito alegam que a justiça não é independente do bem: primeiro, em um enfoque filosófico, porque nossas reflexões sobre justiça não podem ser razoavelmente dissociadas de nossas reflexões sobre a natureza de uma vida boa e das finalidades humanas mais elevadas; segundo, sob um aspecto político, pois nossas deliberações sobre justiça e direitos não podem ocorrer sem referência às concepções de bem que encontram expressão em várias culturas e tradições nas quais essas deliberações acontecem. Muito desse debate está focado na concepção de pessoa, em como nós podemos entender nossa relação com nossos fins: como um agente moral, limitado apenas pelos fins e papéis que nós escolhemos para nós mesmos; ou como alguém que algumas vezes é obrigado a preencher certos fins que não escolheu, mas que foram

251 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 185-186.

dados pela natureza, ou por nossa identidade como membros de uma família, cultura, povo ou tradição²⁵².

Michael Sandel apresenta uma importante crítica ao liberalismo deontológico – ao liberalismo baseado em direitos (“rights-oriented liberalism”) –, em que as noções de justiça, equidade e direitos individuais desempenham um papel central e que debita a Kant muito de seus fundamentos filosóficos, afirmando a prioridade do direito sobre o bem²⁵³. Essa visão do liberalismo não associa a dignidade a alguma compreensão particular do bem, mas sim entende que a dignidade reside na autonomia, na capacidade de cada pessoa determinar por si uma concepção de vida boa. Assim, o afastamento dessa particular concepção acerca do bem não depõe contra a própria dignidade²⁵⁴.

A tese central desse liberalismo afirma que a sociedade, sendo composta de uma pluralidade de pessoas, cada uma com seus próprios objetivos, interesses e concepções de bem, é mais bem organizada quando governada por princípios que não pressupõem nenhuma particular concepção moral, filosófica ou religiosa²⁵⁵. Uma sociedade liberal deve, então, manter-se neutra com relação às várias concepções do bem e da vida boa, restringindo-se a assegurar que todos os cidadãos, independentemente das crenças que professem, ajam entre si com lealdade e que sejam tratados de maneira igualitária pelo estado²⁵⁶.

Na visão deontológica, a primazia da justiça não implica apenas uma prioridade moral, mas também uma forma privilegiada de justificação, que não depende de qualquer concepção valorativa, qualquer concepção particular de bem. Ou seja, a concepção de bem e mal não é definida antes da lei moral, mas após e por meio dela. A virtude da lei moral não está no fato de ela promover algum objetivo ou fim que se presume bom, sendo um fim em si mesma, estabelecido previamente e regulando todos os outros fins²⁵⁷.

252 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 186-187.

253 Ibid., p. 1.

254 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 263.

255 SANDEL, op. cit., p. 1.

256 TAYLOR, op. cit., p. 263.

257 SANDEL, op. cit., p. 2-3.

Essa prioridade do direito é derivada da concepção de liberdade de Kant, segundo a qual somente quando governado por princípios que não pressupõem nenhum fim particular é que sou livre para perseguir meu próprio fim, compatível com uma igual liberdade para todos²⁵⁸. Para agir livremente, deve-se agir com autonomia, ou seja, de acordo com a lei que imponho a mim mesmo e não de acordo com os ditames da natureza ou das convenções sociais. Só serei livre se minha vontade for determinada de maneira autônoma, comandada por uma lei que eu mesmo me imponho, e não de forma heterônoma, quando minha vontade é determinada externamente, fora de mim²⁵⁹. Na visão deontológica, o que importa acima de tudo não são os fins que escolhemos, mas nossa capacidade de escolhê-los, que é anterior a qualquer fim e reside no sujeito. Da mesma forma que o direito é anterior ao bem, o sujeito é anterior a seus fins²⁶⁰.

Sandel afirma que essa concepção deontológica é encontrada em muitas teorias liberais contemporâneas, como os liberalismos de Dworkin e Rawls acima descritos, que não residem em nenhuma teoria especial da personalidade e não envolvem nenhuma teoria particular da motivação humana – ou seja, que evitam a dependência a qualquer particular teoria da pessoa –, sendo também indiferentes às maneiras de vida que os indivíduos escolhem perseguir. Nesse cenário, para que a justiça tenha prioridade, teríamos que ser criaturas de um certo tipo, relacionadas à circunstância humana de uma determinada maneira: deveríamos permanecer sempre a uma certa distância de nosso contexto, com uma parte de nós sempre antecedente a quaisquer condições. Somente assim podemos nos ver como sujeitos e como objetos da experiência humana, como agentes e não somente instrumentos dos propósitos que perseguimos. Argumenta, contudo, que não podemos ser assim e que é justamente na parcialidade dessa nossa autoimagem que os limites da justiça podem ser encontrados²⁶¹.

258 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 5-6.

259 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 141-149

260 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 6-7.

261 *Ibid.*, p. 9-13.

Em contraste com essa concepção de indivíduo do liberalismo – visto como um ser desapegado, isolado e auto-interessado –, que “empobrece drasticamente nossa apreciação da natureza e das potencialidades do homem”, a crítica comunitarista busca, então, oferecer uma visão mais generosa e otimista da pessoa, resgatando o indivíduo do “árido universo deontológico” da teoria liberal, por meio de uma concepção constitutiva de comunidade, reconhecendo que a identidade de uma pessoa é em grande medida definida pelas ligações e compromissos que ela mantém²⁶².

Segundo destaca Sandel²⁶³, Rawls busca desenvolver uma concepção kantiana de justiça que seja viável. Para isso, pretende dissociar a força e o conteúdo da doutrina de Kant do pano de fundo de um idealismo transcendental, que apresenta obscuridade e arbitrariedade, pois não deixa claro como um sujeito abstrato (“desencarnado”) poderia, de forma não arbitrária, produzir determinados princípios de justiça, ou, ainda, como a legislação de tal sujeito abstrato seria aplicável aos seres humanos reais do mundo fenomênico. Intenta, dessa forma, reformular a teoria kantiana em cânones de um empirismo razoável, a partir das ideias de posição original e véu da ignorância, em que os princípios primeiros derivam de uma situação hipotética de escolha, caracterizada por condições que destinam-se a proporcionar resultados que se ajustam aos seres humanos reais.

Contudo, afirma que Rawls fracassa nesse intento, pois sua deontologia com “rostro humano” acaba recriando, na posição original, o sujeito abstrato (“desencarnado”) que pretendia evitar. Assim, a justiça não pode ter a prioridade afirmada no sentido deontológico – não pode ser “a primeira virtude das instituições sociais”, pois não podemos coerentemente nos enxergar como o tipo de seres que aquela ética requer, o que nos leva para além da deontologia, a uma concepção de comunidade que marca os limites da justiça e situa a incompletude do ideal liberal²⁶⁴.

262 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 180.

263 SANDEL, op. cit., p. 13-14.

264 Ibid., p. 14-15.

A justiça como equidade de Rawls concebe o sujeito humano (*self*) como algo estabelecido previamente, formado antes das escolhas que ele faz no curso de sua experiência, como um agente de escolha soberano, uma criatura cujos fins são escolhidos e não recebidos, que chega a suas metas e propósitos por meio de atos de vontade, não por atos de cognição, por meio de compreensão. O homem, por natureza, seria então um ser que escolhe e não que descobre seus fins²⁶⁵.

Essa conexão, na teoria de Rawls, entre a primazia da justiça, a prioridade do direito, a deontologia meta-ética e a antecedente unidade do sujeito humano (*self*), demanda, de um lado, um padrão de avaliação descompromissado com qualquer outro existente, mas que não seja estabelecido de forma arbitrária; de outro, uma descrição do *self* que não seja nem radicalmente situado – ou seja, indistinguível de seu meio – nem radicalmente abstrato (“desencarnado”) – ou seja, puramente formal. Nesse ponto, a solução proposta por Rawls afasta-se daquela apresentada por Kant, denotando sua preocupação com as necessárias prioridades deontológicas, contudo, sem recorrer – ao menos em tese – a sujeitos abstratos ou transcendentais²⁶⁶.

Isso é feito por meio da ideia de posição original, que nos permite encarar nosso objetivo de longe, mas não tão de longe que nos leve ao “reino da transcendência”, descrevendo uma situação inicial de equidade e definindo como justos aqueles princípios que partes racionais, sujeitas a suas condições, iriam concordar. Essa concepção gera questionamentos de duas ordens: primeiro, se a posição original alcança um distanciamento genuíno das vontades e desejos existentes; segundo, se alcança tanto distanciamento das circunstâncias humanas a ponto de a situação inicial que descreve ser tão abstrata para produzir os princípios que a teoria afirma que iria fornecer. As objeções do primeiro tipo estão centradas na descrição dos bens primários, com alegações de que a teoria estreita ou fraca dos bens primários é tendenciosa, viesada em favor de particulares concepções de bem e que ela introduz premissas não compartilhadas universalmente. Já as objeções do segundo tipo direcionam-se ao véu da ignorância, afirmando que

265 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 21-22.

266 *Ibid.*, p. 23.

ele exclui informações moralmente relevantes, necessárias para gerar qualquer resultado significativo, e argumentando que a noção de pessoa incorporada na posição original é muito formal e abstrata²⁶⁷.

Sandel, considerando que seu questionamento está voltado à teoria deontológica como um todo, não analisa especificamente nenhuma dessas objeções, indagando de forma mais geral se a ideia da posição original é uma solução adequada na tentativa de reformular as reivindicações políticas e morais kantianas. Para isso, procura reconstruir a concepção da pessoa na teoria de Rawls, que conclui como sendo a de um sujeito individualizado antecipadamente e considerado anterior a seus fins, que permanece sempre a uma certa distância de seus interesses, além do alcance da experiência, o que o torna invulnerável e fixa sua identidade de uma vez por todas. Nessa concepção de *self*, nenhum compromisso pode incorporar-se a mim tão profundamente que eu não possa compreender-me sem ele; nenhuma transformação de propósitos e planos de vida pode ser tão inquietante a ponto de romper os contornos de minha identidade. Considerada a minha independência em relação aos meus valores, eu sempre posso estar distante deles, e minha identidade como pessoa moral não é afetada pelas mudanças em minhas concepções de bem ao longo do tempo. Como os valores e fins das pessoas são sempre atributos e nunca constituintes do *self*, um senso de comunidade é apenas mais um atributo e nunca um constituinte de uma sociedade bem ordenada, definida pela justiça – a primeira virtude das instituições sociais. Questiona, então, se essa concepção de pessoa de Rawls pode suportar sua teoria de justiça e considerar de maneira plausível nossas capacidades de agentes de escolhas e auto-reflexão. Conclui que a justiça não pode ser primária na maneira que a deontologia requer, pois não podemos nos ver coerentemente como o tipo de seres que aquela ética requer que sejamos²⁶⁸.

Taylor²⁶⁹ esclarece que o principal ponto abordado por Sandel em sua crítica ao liberalismo é ontológico, buscando mostrar que os diferentes modelos da maneira como vivemos juntos em sociedade

267 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 24-27.

268 *Ibid.*, p. 28-65.

269 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 197-198.

– atomista e holista – vinculam-se com diferentes concepções do *self* e da identidade: *selves* libertos, de um lado; *selves* situados, de outro. E isso é importante porque traz à luz “questões que um liberalismo adequadamente consciente tem que enfrentar”. Um liberalismo ontologicamente desinteressado, que afirme que introduzir questões sobre identidade e comunidade no debate sobre a justiça seja irrelevante, inclina-se à cegueira quanto a interrogações importantes²⁷⁰.

A análise da ideia da posição original e do véu da ignorância, também denota o caráter procedimental da teoria de justiça de Rawls. Como decorrência da maneira como as partes estão situadas nessa posição inicial hipotética, não se concebe que alguma iniquidade possa resultar de qualquer acordo que ali seja alcançado. O resultado, seja ele qual for, seria então sempre justo, pelo simples fato de ter sido acordado. Assim, se os princípios acordados são justos somente porque apenas princípios justos podem ser acordados, o aspecto voluntarista não é assim tão amplo quanto aparentava no início, o que torna obscuro se o procedimento transfere sua justiça para o resultado ou se a justiça do procedimento é dada pelo fato de que ele necessariamente conduz ao resultado justo²⁷¹.

Dessa forma, a ideia de uma justiça procedimental pura – em que não há nenhum critério independente para decidir qual resultado é justo – enfraquece ao se considerar que as partes, na posição original, não são apenas *similarmente* situadas, mas *identicamente* situadas, uma vez que todas as suas características individualizadoras são excluídas. Assim, não são pessoas, mas apenas um único sujeito que é encontrado atrás do véu da ignorância, indicando que nenhuma barganha ou discussão ocorre na posição originária, não podendo haver qualquer contrato ou acordo num sentido voluntarista. O que alegadamente seria uma ética de escolha e consentimento, em verdade se mostra uma ética da introspecção e do autoconhecimento. O resultado da posição original, portanto, não seria fruto de escolha e vontade, mas sim da autoconsciência de um ser intersubjetivo²⁷².

270 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 197-202.

271 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 126-127.

272 *Ibid.*, p. 127-132.

Como visto, em sua versão revisada do liberalismo, Rawls continua defendendo a prioridade do direito em relação ao bem, mas agora procurando dissociar sua teoria de uma concepção kantiana de pessoa. Passa a aceitar a possibilidade de um “eu” fortemente constituído e moralmente comprometido, reconhecendo que as pessoas, em sua vida privada, frequentemente têm afetos, devoções e lealdades das quais acreditam não podem e não devem se afastar, sendo inimaginável viverem sem determinadas convicções religiosas, filosóficas ou morais, ou sem determinados apegos ou lealdades duradouras. Contudo, continua insistindo que tais lealdades e apegos não deveriam ser a base de nossa identidade como cidadãos. Assim, afirma que a discussão sobre justiça e direitos deve ocorrer a partir de uma concepção política do indivíduo, deixando de lado nossas convicções morais e religiosas e quaisquer concepções particulares da vida boa. A neutralidade liberal decorreria da necessidade de haver tolerância em relação às diferentes concepções morais e religiosas, em virtude do pluralismo razoável sobre a vida boa que prevalece no mundo moderno, não podendo o governo endossar uma concepção particular do bem nem os cidadãos introduzir suas convicções morais ou religiosas no debate público sobre justiça e direitos, devendo se ater aos limites da razão pública liberal nesse debate. Assim, na condição de cidadãos, devemos deixar de lado nossas convicções morais e religiosas e nos ater aos argumentos que se espera razoavelmente que todos os cidadãos devam aceitar²⁷³. Contudo, segundo Sandel, esse resgate da prioridade do direito das controvérsias sobre a natureza do *self* somente ocorre ao custo de tornar a teoria vulnerável sob outros fundamentos²⁷⁴.

Aponta, assim, como primeira incongruência, o fato de o liberalismo político afirmar que a prioridade do direito é baseada no “fato do pluralismo razoável” acerca do bem, do que é uma vida boa, pois ao mesmo tempo em que assume que o exercício da razão humana em condições de liberdade irá produzir desacordos sobre a vida boa, afirma que o exercício da razão, nessas mesmas condições, não produz desacordos sobre justiça. Segundo Sandel, porém, tal afirmação não se

273 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 308-310.

274 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 193-196.

coaduna com a realidade das sociedades democráticas modernas, repletas de desacordos dessa natureza, de que são exemplos os debates contemporâneos sobre ações afirmativas, distribuição de renda e justiça tributária, assistência à saúde e imigração, direitos dos homossexuais e liberdade de expressão. Ainda que se levantem questionamentos de que muitas dessas discussões não envolveriam desacordos sobre princípios de justiça, mas sobre como esses princípios devem ser aplicados – contraste que suscita discussões, diante da evidente dificuldade em estabelecer que o desacordo reside na aplicação de um princípio e não no princípio em si –, mesmo assim identificam-se situações em que claramente o desacordo está no nível do princípio e não de sua aplicação. É o que ocorre com o debate entre liberais igualitários e libertários, no qual a discussão reside em o que consiste exatamente o princípio da justiça distributiva e não em como esse princípio deve ser aplicado²⁷⁵.

Em segundo lugar, argumenta que, quando graves questões morais estão envolvidas – como direito ao aborto, na atualidade, e escravidão, no passado – não se mostra razoável excluir do debate alegações oriundas de doutrinas morais ou religiosas abrangentes²⁷⁶. Assim, afirma que o argumento para permitir o aborto não se mostra mais neutro do que o argumento para proibi-lo, pois ambos pressupõem uma resposta à controvérsia moral e religiosa implícita. Também o argumento favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias não seria neutro ao desacordo moral e religioso acerca do momento em que tem início a vida humana, pressupondo uma resposta a essa controvérsia: que o embrião não implantado, destruído durante as pesquisas, ainda não era um ser humano²⁷⁷. Da mesma forma, um liberalismo que refuta invocar qualquer doutrina abrangente e que conta apenas com a noção de cidadão implícita na cultura política teria muita dificuldade em defender a justiça do fim da escravidão perante a sociedade liberal daquele momento da história²⁷⁸.

275 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 202-210.

276 Ibid., p. 193-202.

277 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 312-314.

278 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 198-202.

Portanto, embora seja tentador procurar princípios ou um procedimento capaz de justificar, de uma vez por todas, a distribuição de riqueza, direitos, poder e oportunidade deles resultante, não se pode alcançar uma sociedade justa simplesmente garantindo a liberdade de escolha – e, menos ainda, maximizando a utilidade, como pretendem os utilitaristas. Se pretendemos alcançar uma sociedade justa, “precisamos raciocinar sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão”. Nas questões de justiça, não se pode evitar discussões sobre a vida boa, sobre as concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Conforme afirma Sandel, “justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas”, diz respeito também “à forma certa de avaliar as coisas”²⁷⁹.

Segundo Taylor²⁸⁰, toda sociedade política exige alguns sacrifícios e requer algumas disciplinas de seus membros. Em regimes despóticos, as disciplinas exigidas são mantidas pela coerção. Já nas sociedades livres, é preciso substituir a coerção por alguma outra coisa: a identificação voluntária com a comunidade por parte dos cidadãos, a identificação em um empreendimento comum específico. Nesse aspecto, o liberalismo procedimental, em que o fundamental são os procedimentos de decisão, apresentaria graves problemas, que somente podem ser articulados adequadamente abordando questões ontológicas de identidade e comunidade.

Destaca, então, o crescente poder de modalidades atomistas de pensamento, para as quais há somente indivíduos, com inclinações, metas e planos de vida. A sociedade, nessa perspectiva, é vista como um conjunto de indivíduos que, por meio da ação comum, visam obter benefícios que não conseguiriam individualmente. O bem comum é constituído de bens individuais. Argumenta, contudo, que, apesar de algumas coisas terem valor individualmente – para mim ou para você –, há outras que essencialmente têm valor para a coletividade como um todo – para nós. Esses últimos bens, partilhados em comum pelos cidadãos, são justamente o sentido que anima e é essencial a

279 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 321-323.

280 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 202-203.

uma verdadeira república. Assim, “a identificação do cidadão com a república como empreendimento comum é essencialmente o reconhecimento de um bem comum”²⁸¹.

Essa concepção de república, contudo, requer uma ontologia distinta do atomismo, em que a liberdade seja pensada como a liberdade do cidadão, do participante ativo nos negócios públicos, livre no sentido de ter voz nas decisões do domínio político, que molda a vida de todos. A solidariedade republicana, assim, está na base da liberdade, de um regime livre (não despótico), pois é ela que proporciona a motivação para a disciplina auto-imposta. Conclui, então, que o liberalismo procedimental – centrado na prevalência do direito, que concebe a sociedade como composta de indivíduos com planos de vida baseados em suas particulares concepções do bem, mas sem uma concepção comumente partilhada pela comunidade –, não oferece uma fórmula viável para um regime livre. Uma sociedade livre, segundo Taylor, precisa se apoiar numa forte lealdade espontânea por parte de seus membros, o que demanda uma profunda identificação dos cidadãos em torno de um sentido de bem comum, o que justamente é negado pelo liberalismo procedimental²⁸². Conforme será visto adiante, esse modelo de república, mais procedimental e menos participativo, convida os cidadãos a litigar como adversários a fim de conseguirem o que querem, resultando na fragmentação política da sociedade.

Por fim, uma terceira vulnerabilidade dessa reformulação do liberalismo político, argumenta Sandel, diz respeito às razões que podem ser levadas ao debate público. Segundo o ideal de razão pública, o discurso político somente pode ser conduzido em termos de valores políticos que todos os cidadãos razoavelmente possam aceitar. Isso impede que os cidadãos possam legitimamente discutir questões políticas e constitucionais fundamentais com referência a seus ideais morais e religiosos. Essa restrição, contudo, mostra-se excessivamente severa, empobrece o discurso político e exclui dimensões importantes de deliberação política. Aqui vale lembrar uma vez mais que os argumentos abolicionistas contra a escravidão eram explicitamente baseados em uma doutrina moral e religiosa abrangente. Ademais, se

281 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 204-208.

282 *Ibid.*, p. 208-211.

uma controvérsia política ou moral reflete uma concepção razoável do bem, mas incompatível, ou se essa controvérsia pode ser resolvida pela devida reflexão e deliberação, isso somente pode ser determinado pela reflexão e pela deliberação²⁸³.

Deve haver, assim, uma ponderação entre os valores políticos que as regras restritivas de razão pública alegam promover – como civilidade e respeito mútuo –, com os custos morais e políticos que estas restrições impõem. Os custos morais serão altos, por exemplo, quando a concepção política de justiça acabar por sancionar um grave erro moral, como a escravidão, ou, talvez, o extermínio de povos indígenas. De outro lado, a carência de ressonância moral do discurso político, em virtude da neutralidade adotada pelo governo em questões morais e religiosas, possibilita que os anseios por uma vida pública de maiores significados acabem encontrando expressões indesejadas em moralismos mais estreitos e intolerantes. Esse vazio moral abre espaço para intolerância e fundamentalismos²⁸⁴.

A concepção liberal nos leva a acreditar que respeitar as convicções morais e religiosas de nossos concidadãos significa ignorá-las, conduzindo o debate político sem referência a elas. Mas isso corresponde a um respeito espúrio, pois significa, com frequência, suprimir as divergências morais em vez de evita-las, podendo ainda provocar retrocessos e ressentimentos. Resulta, ainda, num discurso político empobrecido, “preocupado apenas com o que é escandaloso, sensacionalista e trivial”²⁸⁵.

Contudo, um comprometimento público maior com nossas divergências morais pode propiciar uma base mais forte para o respeito mútuo. Nessa concepção, em vez de ignorar as convicções morais e religiosas de nossos concidadãos, nos envolvemos e nos dedicamos a elas mais diretamente – algumas vezes desafiando-as e contestando-as, outras, ouvindo e aprendendo com elas –, em especial quando essas convicções suportam questões políticas importantes. Embora não

283 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 210-213.

284 *Ibid.*, p. 214-217.

285 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 329-330.

haja nenhuma garantia de que isso possa levar, em qualquer situação, a um acordo sobre questões morais complexas – “pois é sempre possível que aprender mais sobre uma doutrina moral ou religiosa nos leve a gostar menos dela” –, essa forma deliberativa e engajada de respeito possibilita uma razão pública mais ampla, mais adequada a uma sociedade pluralista²⁸⁶, além de constituir uma base mais promissora para uma sociedade mais justa²⁸⁷.

Nesse sentido, Taylor²⁸⁸ questiona a afirmação, feita algumas vezes, de que o liberalismo cego às diferenças pode oferecer um terreno neutro em que pessoas de todas as culturas podem encontrar-se e coexistir. Em sua visão, isso não é possível, porque o liberalismo ocidental é a expressão política de uma gama de culturas, sobremaneira incompatível com outras. Não é tanto a expressão de uma perspectiva secular pós-religiosa, como costuma ser apontado, mas “um desenvolvimento mais orgânico do cristianismo”. Assim, não pode nem deve alegar que tem completa neutralidade cultural, pois “também é um credo em luta”.

Nesse sentido, Carens²⁸⁹ afirma que a enorme popularidade intelectual das teorias de Rawls decorrem de sua habilidade em comunicar entendimentos contemporâneos e significados compartilhados, em uma linguagem que tem legitimidade e poder em nossa cultura. Argumenta, contudo, que essas teorias não fariam tanto sentido, por exemplo, para um monge budista no Japão Medieval. Ou seja, as premissas individualistas e a linguagem de razões universais e a-históricas dessas teorias fazem sentido para nós por causa de nossa tradição, nossa cultura, nossa comunidade. Pessoas com outras tradições morais provavelmente teriam uma receptividade diferente a essas ideias.

Por outro lado, a teoria de Rawls ignora o problema da justiça para grupos. Sua teoria está completamente preocupada com a ques-

286 SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 217-218.

287 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 330.

288 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 266-267.

289 CARENS, Joseph H. Aliens and citizens: the case for open borders. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 345.

tão de justiça para indivíduos. Não trata dos problemas das comunidades étnicas; não leva em conta as diferenças de línguas existentes entre os grupos. A sociedade em que sua teoria se aplica é uma sociedade de indivíduos, não de grupos, assumindo que todas as sociedades são assim²⁹⁰.

Embora estabeleça que as pessoas, na posição original, deveriam se preocupar com o bem estar das próximas gerações, não estabelece qualquer consideração acerca dos grupos minoritários que se mostram fracos e em desvantagem, ou que desejam preservar suas características distintivas e sua identidade. Por exemplo, ao falar de religião, Rawls tem em mente o “crente individual”, não a comunidade de fiéis. Ignora, portanto, que religião não envolve somente uma escolha individual, mas, na grande maioria dos casos – como ocorre com a cor da pele e a língua materna –, é determinada pelo nascimento²⁹¹.

Portanto, o liberalismo político, mesmo em suas versões denominadas igualitárias, não parece apresentar uma resposta adequada para as demandas de nosso estado pluriétnico, promovendo os direitos assegurados aos povos indígenas de uma forma efetiva. A absoluta prioridade atribuída à pauta de direitos humanos e a neutralidade estatal adotada em questões morais, religiosas e também de diversidade etnocultural não representam caminhos hábeis a alterar o quadro de extermínio a que têm sido submetidos os povos indígenas no país. Neutralidade, neste caso, tem sido sinônimo de permanência da inviabilidade desses povos tradicionais.

Contudo, mesmo sob uma perspectiva liberal, não se pode conceber o quadro de imensa desigualdade socioeconômica a que são submetidos os povos indígenas no país. Recente relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas, do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas²⁹², registra a au-

290 VAN DIKE, Vernon. The individual, the state, and ethnic communities in political theory. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 48.

291 GLAZER, Nathan. Individual rights against group rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 125-126.

292 Conselho de Direitos Humanos. Nações Unidas. Assembleia Geral. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas do Conselho de Direitos Humanos da ONU*. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-ahrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

sência de avanços na resolução de antigas questões de vital importância para os índios. Aponta a situação de “marginalização” em que se encontram esses povos e afirma que “sérias violações de seus direitos” não têm sido adequadamente investigadas ou remediadas”. Destaca, assim, a necessidade urgente de ser enfrentada a violência e a “contínua discriminação estrutural” em relação aos índios. Conclui por recomendar o início de um inquérito nacional independente e transparente sobre a violação dos direitos dos povos indígenas no país.

Frente a tamanhas desigualdades, vê-se que o próprio liberalismo político, de matriz notadamente individualista, fundamenta e determina – ao menos em sua versão igualitária –, a necessidade de adoção de medidas para a alteração desse quadro. O princípio da diferença, acima analisado, possibilita a adoção de medidas sociais e econômicas favoravelmente desiguais em relação aos povos indígenas, cujos membros são provavelmente os menos favorecidos de nossa sociedade. Políticas específicas de geração de renda e formas de sustento para as famílias indígenas e prioridade para melhorias na infraestrutura dos serviços públicos prestados aos povos indígenas – especialmente de saúde e educação – são medidas imprescindíveis para a promoção da igualdade em nossa sociedade, mesmo sob uma perspectiva liberal, de prevalência absoluta dos direitos humanos.

Por outro lado, o comunitarismo também não se mostra imune a críticas. Suas falhas estariam na dificuldade em abordar questões concretas, em sua inclinação romântica, que tenderia a olhar para o futuro com nostalgia, resultando numa propensão para a intolerância²⁹³.

Apesar disso, a importância dos valores comunitários tem sido reconhecida, sugerindo-se que seja possível buscar maneiras com que as comunidades locais e a democracia possam ser revitalizadas, sem violações aos direitos humanos. Numa dessas perspectivas, essa acomodação é articulada a partir de uma teoria dos direitos de grupos²⁹⁴ – conforme analisado no final deste capítulo.

293 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 179-181.

294 *Ibid.* p. 181-182.

Outras abordagens acerca desse embate entre direitos humanos universais e diversidade cultural envolvem demandas pelo reconhecimento de identidades, analisadas abaixo. Trata-se de perspectivas que se mostram aptas a lidar de maneira mais adequada com as legítimas demandas das minorias etnoculturais e promover justiça aos povos indígenas em nosso país.

2.3 Política do reconhecimento

Correntes políticas da atualidade, ligadas a movimentos nacionalistas, de grupos minoritários e subalternos e também de modalidades de feminismo, têm demandado uma política de reconhecimento²⁹⁵. Essa reivindicação está ligada à questão de como, nas democracias modernas, cidadãos com diferentes identidades culturais, muitas vezes fundamentadas na etnia, na raça, no sexo ou na religião, podem se reconhecer como iguais na maneira como são tratados na esfera política²⁹⁶.

Segundo Taylor²⁹⁷, essa exigência de reconhecimento decorre dos vínculos entre reconhecimento e identidade, entendida esta como “uma compreensão de quem somos, de nossas características fundamentais como seres humanos”. Nossa identidade, sendo moldada em parte pelo reconhecimento – ou por sua ausência –, pode sofrer graves danos se as pessoas ou sociedades ao nosso redor nos devolverem uma imagem de nós mesmos redutora, de inferioridade ou de desprezo. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto não significam apenas uma falta de respeito, podem configurar uma forma de opressão, aprisionando a pessoa numa modalidade de ser falsa, distorcida ou redutora.

Grupos de mulheres passam, então, a afirmar que, nas sociedades patriarcais, eram induzidas a adotar uma imagem tão depreciativa de si mesmas, interiorizando de tal forma uma imagem de inferioridade que, mesmo quando os obstáculos reais à sua prosperidade eram removidos, elas permaneciam incapazes de aproveitar as novas oportu-

295 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 241.

296 GUTMANN, Amy. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998, p. 21-22.

297 TAYLOR, op. cit., p. 241.

tunidades. Argumentos semelhantes têm sido articulados em relação aos negros e também aos povos indígenas. Em relação a estes últimos, tem-se sustentado que, desde o início da colonização, os europeus lhes projetaram uma imagem de inferiores, “incivilizados”, “primitivos”, que, pela força, conseguiram impor muitas vezes aos colonizados²⁹⁸.

Contudo, como visto, o liberalismo na atualidade prega a neutralidade na esfera pública. A despersonalização dos cidadãos, com as identidades sendo ignoradas pelas instituições públicas, seria o preço a pagar por viver em uma sociedade em que todos são tratados como iguais, independentemente de suas próprias identidades étnicas, religiosas, raciais ou sexuais. Dessa forma, na sociedade liberal, nossas liberdade e igualdade como cidadãos referem-se apenas às nossas características comuns, universais, independentes das nossas identidades culturais próprias²⁹⁹.

Nessa perspectiva, a base do reconhecimento do igual valor e da correlata ideia de direitos iguais não reside em nossa identidade particular – seja ela uma questão de origem, sexo, etnia ou raça –, mas em nossa identidade humana universal e potencial. Da mesma forma, o igual respeito e as iguais oportunidades para a plena realização que merecem todos os povos não decorrem da importância dos vínculos comunitários e de pertencimento ao grupo para a formação de nossa identidade, mas do fato de serem esses povos formados por seres humanos possuidores de uma mesma natureza universal e que, por isso, apresentam igual valor. Elevar a identidade étnica – vista como secundária – a uma posição de igual importância a essa identidade “universal” da pessoa humana seria, então, “enfraquecer as bases do liberalismo e abrir a porta à intolerância”³⁰⁰.

Mostra-se necessário, contudo, avaliar melhor os requisitos para que as pessoas sejam tratadas como cidadãos efetivamente livres e iguais, em especial nas situações em que elas têm necessidade de um contexto cultural seguro que lhes permita dar significado e orientação

298 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 241-242.

299 GUTMANN, Amy. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998, p. 22.

300 ROCKFELLER, Steven C. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998, p. 106.

para as suas opções na vida, contexto esse que também deverá constar dos bens primários essenciais, necessários para que as pessoas satisfaçam o seu desejo de uma vida boa. Exige-se, então, que as instituições públicas não mais ignorem, mas sim admitam as especificidades culturais, especialmente em relação às pessoas cuja capacidade de compreensão depende da vitalidade da respectiva cultura. Segundo Amy Gutmann, essa exigência de reconhecimento político das especificidades culturais “é compatível com uma forma de universalismo que considera a cultura e o contexto cultural valorizado pelos indivíduos como fazendo parte dos seus interesses fundamentais”³⁰¹.

Habermas afirma que a exigência de respeito aos cidadãos visa não apenas a igualdade das condições de vida, mas também “a proteção da integridade das tradições e formas de vida que os membros de grupos que foram discriminados podem reconhecer-se a si próprios”. Levanta, contudo, a questão de saber se essa segunda exigência resulta da primeira, ou se, ao menos em alguns casos, elas entrarão em conflito, uma contra a outra³⁰².

Segundo Taylor, duas mudanças fizeram com que o discurso do reconhecimento e da autenticidade passasse a fazer parte de nossas vidas. A primeira delas é o colapso das hierarquias sociais, que costumavam ser a base da honra, intrinsecamente relacionada a desigualdades – para que alguns tenham honra, era essencial que nem todos a tivessem. Em oposição à noção de honra está a moderna noção de dignidade, de sentido universalista e igualitário, inerente a todos os seres humanos. A democracia, assim, introduziu uma política de igual reconhecimento, que assumiu várias formas ao longo dos anos e que agora voltou na forma de exigências de igual *status* de culturas e gêneros³⁰³.

A importância do reconhecimento foi se modificando e se intensificou a partir de uma nova compreensão de uma identidade

301 GUTMANN, Amy. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 23.

302 HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 128.

303 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 242-243.

individualizada, particular a mim e que descubro em mim mesmo. Essa noção surge conjugada com o ideal de autenticidade, de ser fiel a mim mesmo e à minha própria maneira particular de ser. Tem seu ponto de partida na noção vigente no século XVIII, de que os seres humanos são dotados de um sentido moral, de um sentimento intuitivo do que é certo ou errado. Assume caráter crucial com o desenvolvimento do conceito no período pós-Rousseau, com a ideia de que “cada um de nós tem um modo original de ser humano: cada pessoa tem sua própria ‘medida’”. Assim, há um certo modo de ser humano que é só meu e sou chamado a levar minha vida assim, devendo ser fiel a mim mesmo, sob pena de perder o sentido de minha existência. Não apenas não devo moldar minha vida de acordo com exigências externas, como somente posso encontrar dentro de mim o modelo pelo qual devo viver³⁰⁴.

Esse ideal, que me conclama a descobrir minha própria maneira original de ser, não pode, por definição, ser derivado de termos sociais, devendo ser gerado interiormente. Contudo, a perfeita compreensão desse estreito vínculo entre identidade e reconhecimento deve levar em conta uma característica crucial da condição humana, mas praticamente invisível por conta da tendência esmagadoramente monológica que caracteriza a filosofia moderna: o caráter fundamentalmente dialógico da vida humana³⁰⁵.

A visão monológica da vida humana está na base do pensamento e da cultura modernos, em especial em nossa cultura científica e na epistemologia a ela associada, que moldaram nosso sentido contemporâneo do “eu”. Esse ideal conclama cada um de nós a tornar-se uma mente pensante, responsável e autoconfiante de seus julgamentos. Embora admirável em alguns aspectos, tem sido entendido como algo já estabelecido na constituição humana, nos deixando cegos a importantes facetas de nossa humanidade³⁰⁶.

Nessa “reificação” do “eu”, o agente humano é visto primordialmente como um sujeito de representações, sobre o mundo exterior e de

304 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 243-245.

305 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 52.

306 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 184-185.

descrições sobre os fins almejados. Trata-se de um sujeito monológico, em contato com um mundo exterior – que inclui os outros agentes, os objetos com que eu e esses outros lidamos, meu corpo e os corpos desses outros – por meio das representações que tenho “dentro de mim”. Aquilo que “eu” sou é definível independentemente de meu próprio corpo e dos outros. O sujeito é antes de tudo “um espaço interior”, uma “mente”, um centro de consciência monológica. Essa visão desencarnada do sujeito – que “mergulhou profundamente na ciência social” e originou várias formas de individualismos metodológicos – tem impedido uma compreensão mais rica e adequada do ser humano³⁰⁷.

Contudo, correntes filosóficas dos últimos dois séculos têm buscado romper essa barreira epistemológica, buscando ver o agente não mais primariamente como o *locus* de representações, mas como agente engajado em práticas, “como um ser que age num mundo e sobre um mundo”. Parte da constatação de que, embora formulemos algumas representações sobre o mundo e sobre nossas metas, grande parte de nossa ação no mundo é levada a efeito sem ser formulada, advindo de uma compreensão que é em larga medida inarticulada. As representações são como “ilhas no mar de nossa apreensão não formulada do mundo”³⁰⁸.

As pessoas são indivíduos únicos, auto-formantes e criativos, portadores de uma cultura conformada por suas identificações passadas e presentes. Uma parte de nossa unicidade resulta dos modos como integramos, meditamos e modificamos a nossa própria herança cultural e a daqueles com quem nos relacionamos. Dessa forma, nossa identidade humana é criada dialogicamente, como reação às nossas relações, aos diálogos que mantemos com os outros³⁰⁹.

Nosso corpo passa a ser visto não como simples executor de metas que concebemos ou mero receptáculo de fatores causais que moldam nossas representações, pois “nosso conhecimento corporal e a maneira como agimos e nos movemos pode codificar componentes de nossa compreensão do *self* e do mundo”. Nossa compreensão, assim,

307 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 185.

308 *Ibid.* p. 185-186.

309 GUTMANN, Amy. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 25.

é corporificada. Minha compreensão corporificada existe não apenas em mim, como agente individual, mas também como o coagente de ações comuns³¹⁰.

Uma característica comum da vida humana, então, é o seu caráter dialógico. Somente nos tornamos agentes humanos completos, capazes de entender a nós mesmos e definir uma identidade através da aquisição de linguagens humanas ricas de expressão. Contudo, não adquirimos sozinhos essas linguagens necessárias à autodefinição. Somos introduzidos a elas pela interação com os outros. A gênese do espírito humano, portanto, não é monológica, não é algo que se conquista sozinho, mas dialógica³¹¹.

Conforme Appiah³¹², a retórica da autenticidade propõe não apenas que eu tenho um modo próprio de ser, que é único, mas também que, ao desenvolver esse modo próprio, eu tenho que lutar contra “todas as formas de convenção” – família, religião, sociedade, escola, estado. Segundo ele, contudo, isso seria um “erro de antropologia filosófica” – associado à concepção monológica da autenticidade –, pois, é no diálogo com o entendimento das outras pessoas sobre quem eu sou que eu desenvolvo uma concepção da minha própria identidade. Além disso, afirma que a minha identidade é primordialmente constituída de conceitos e práticas disponíveis através da religião, da sociedade, da escola e do estado, mediados a vários graus pela família. Dessa forma, “o diálogo molda a identidade que eu desenvolvo enquanto cresço, mas o material do qual me formo é fornecido, em parte, pela minha sociedade, pelo que Taylor chama a sua linguagem num ‘sentido amplo’”.

Aponta, assim, um equívoco em que podem incorrer os próprios ativistas que lutam pelo reconhecimento, ao afirmar que a sua identidade como integrante de um determinado grupo minoritário ou oprimido – comunidade afro-americana, por exemplo – seria moldada pelas sociedade, cultura e religião daquele grupo, e não pela socieda-

310 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 186-189.

311 TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011. p. 42-43.

312 APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade e sobrevivência. Sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 170.

de, pela cultura do grupo majoritário – “sociedade branca”, no mesmo exemplo –, pois essa identidade é moldada por toda a sociedade; não pode ser vista como construída sozinha dentro do grupo minoritário³¹³.

Appiah³¹⁴ também chama atenção para um outro equívoco, inerente ao modo como normalmente se colocam as questões de autenticidade, que denomina de “essencialismo”, segundo o qual a autenticidade falaria do eu real enterrado em mim, que tenho que desenterrar e expressar. Afirma, contudo, que a forma como devemos reconhecer a autenticidade não deve ser nem essencialista, nem monológica: nem uma pepita autêntica do ser à espera de ser desenterrada, nem a noção de que posso simplesmente inventar um “eu” que eu escolha.

Esse ponto tangencia uma importante questão relativa aos povos indígenas, relacionada aos estereótipos que permeiam o imaginário de nossa sociedade, uma visão idealizada de um pretense “índio de verdade”, que leva muitos a pretender aprisioná-los no passado, condenando-os a um “essencialismo”, um “primitivismo” que só existe em nossa imaginação.

Dessa forma, como esclarece Taylor, não podemos compreender a vida humana simplesmente em termos de sujeitos individuais que criam representações por aí e respondem aos outros, pois grande parte da ação humana só ocorre na medida em que o agente se compreende como integrante de um “nós” e assim constitui a si mesmo. A identidade, portanto, não pode ser definida tão somente em termos de nossas propriedades individuais, pois ela também se situa em algum espaço social³¹⁵. A identidade – quem somos, de onde viemos – é o “pano de fundo contra o qual nossos gostos e desejos, opiniões e aspirações fazem sentido”³¹⁶.

A constatação de que minha identidade depende, decisivamente, de minhas reações dialógicas com os outros, confere uma nova importância ao reconhecimento igual na esfera pública, pois sua recusa,

313 APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade e sobrevivência. Sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 170-171.

314 *Ibid.*, p. 171.

315 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 188-189.

316 TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011. p. 42-43.

conforme já destacado, pode infligir danos àqueles a quem é negado o reconhecimento. Assim, na atualidade, não apenas o feminismo, mas também as relações étnico-raciais e as discussões do multiculturalismo são movidas pela premissa de que negar reconhecimento pode configurar uma forma de opressão.³¹⁷

Num primeiro momento, então, uma política de reconhecimento igualitário na esfera pública, com a passagem da honra à dignidade, implicou uma política do universalismo, que enfatiza a igual dignidade de todos os cidadãos. Busca a equalização de direitos e privilégios, evitando a todo custo a existência de cidadãos de primeira e segunda classes. Há frequente controvérsia quanto às medidas justificadas pelo princípio, alguns entendendo que a equalização está restrita aos direitos civis e de voto; outros, que se estende à esfera socioeconômica. Apesar dessas diferentes interpretações, obteve aceitação universal e, hoje, toda posição, por mais reacionária que seja, é defendida sob a bandeira da igual dignidade humana³¹⁸.

Por outro lado, o desenvolvimento da moderna noção de identidade originou uma política de diferença, que também apresenta uma base universalista, pois afirma que todos devem ter reconhecida sua identidade peculiar. Contudo, ao contrário da política da dignidade igual – que pretende estabelecer uma mesma identidade, com uma idêntica cesta de direitos e garantias –, a política da diferença busca reconhecer a identidade peculiar de cada indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas, aquele “elemento distintivo que foi ignorado, distorcido, assimilado a uma identidade dominante ou majoritária”, assimilação essa que fulmina o ideal de autenticidade³¹⁹.

A política da diferença apresenta um caráter universal, de reconhecimento àquilo que está universalmente presente: a constatação de que todos têm uma identidade peculiar. Assim, de forma semelhante com que a situação de desigualdade socioeconômica modificou a compreensão da cidadania de segunda classe, justificando a adoção de

317 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 54-57.

318 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 250-251.

319 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 58-59.

programas sociais para equalizar essas diferenças; a negativa do devido reconhecimento introduz uma nova forma de *status* de segunda classe, a justificar a adoção de certos direitos e poderes aos indivíduos ou grupos oprimidos, não extensíveis aos demais cidadãos. Assim, enquanto a política da dignidade universal buscava a não discriminação por formas “cegas” – neutras – às maneiras como os indivíduos diferem, a política da diferença redefine a não discriminação, requerendo que façamos dessas distinções o fundamento de tratamentos diferenciados³²⁰.

Conforme Santos³²¹, a desigualdade e a exclusão na sociedade liberal do Ocidente operam por meio do universalismo, que pode assumir duas formas aparentemente contraditórias: a negação das diferenças, que só permite comparações simples, unidimensionais – por exemplo, entre cidadãos –, impedindo comparações mais densas ou contextuais – por exemplo, acerca de diferenças culturais –; e a absolutização das diferenças, que torna incomparáveis as diferenças, em virtude da inexistência de critérios transculturais. Segundo ele, a teoria política liberal sempre privilegiou o universalismo que nega as diferenças, articulado politicamente através das ideias de cidadania e direitos humanos, que têm sido concebidos como justificativa para a negação dos particularismos, das especificidades culturais, das aspirações dos grupos étnicos. Essa política de homogeneização cultural que, por meio do Estado, fez com que a identidade nacional sobrepujasse todas as demais identidades, impôs, no lugar do direito à diferença, o direito à indiferença. Entre os maiores afetados por esse processo de homogeneização cultural estariam justamente os povos indígenas.

Argumenta aquele autor que esse universalismo não apenas falhou em seu objetivo igualitário, mas também teve o efeito de desqualificar e descaracterizar todas as diferenças culturais, étnicas, raciais e sexuais que sustentavam, pela negação, a identidade do Estado-Nação. Dessa forma, afirma que se deve buscar uma nova articulação entre políticas de igualdade e políticas de diferença, reconhecendo que nem toda diferença é inferiorizadora e que, portanto, a política de

320 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 251.

321 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 283-295.

igualdade não se resume a uma norma identitária única. Ao contrário, uma política de igualdade que desconhece uma diferença não inferiorizadora acaba convertendo-se numa política de desigualdade³²².

Diante disso, conclui que um “meta-direito intercultural” – acima já mencionado – deve presidir uma articulação pós-colonial e multicultural das políticas de igualdade e de identidade: “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”³²³.

Nesse ponto, cabe destacar que, conforme demonstrado no capítulo anterior, a Constituição de 1988, ao reconhecer o Estado brasileiro como pluriétnico, consagrou um verdadeiro direito à diferenciação social, que apregoa a não aculturação como política de concretização dos direitos fundamentais, pela qual direitos existenciais e culturais são preservados, e não mais violados³²⁴.

Embora ambas sejam baseadas na noção de igual respeito, a política da igual dignidade e a política da diferença acabam entrando em conflito, pois, enquanto a primeira concentra-se naquilo que é o mesmo para todos, a segunda afirma que temos que não apenas reconhecer, mas mesmo promover a particularidade. A reprovação da primeira à segunda é que esta violaria o princípio da não discriminação. Já a reprovação da segunda quanto à primeira é que aquela nega a identidade, ao impor às pessoas uma forma homogênea que é infiel ao seu verdadeiro “eu”. Esse último aspecto resta ainda mais grave quando a suposta neutralidade da ideia de igual dignidade, que ignora a diferença, é vista como reflexo de uma cultura hegemônica. Em tal contexto, em que somente as minorias e culturas subjugadas são forçadas a se alienarem, evidencia-se que a sociedade, supostamente justa e neutra às diferenças, é não apenas desumana – porque suprime identidades –, mas também, de maneira sutil e inconsciente, altamente discriminatória. Dessa forma, a crítica das correntes mais radicais de política de diferença às teorias de liberalismo neutro é que

322 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 312-313.

323 Ibid., p. 313.

324 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 47-54.

elas seriam reflexos de culturas específicas: “um particularismo disfarçado de universalismo”³²⁵.

Essa carga axiológica do liberalismo – supostamente fundado na neutralidade – aparece evidenciada inclusive na voz de alguns de seus defensores, ao afirmarem que ele é a expressão de uma fé moral distinta e um modo de vida, de interação com o mundo e de resolução de problemas, que conduz ao crescimento individual e à transformação social. Antes de um mecanismo político, a democracia liberal é entendida como um modo de vida individual, que se mantém forte e saudável apenas quando toda a sociedade – na família, na escola, nos negócios e na indústria, nas instituições religiosas e na política – está imbuída de um espírito de cooperação³²⁶.

Taylor³²⁷ questiona, contudo, se a visão dos próprios proponentes do liberalismo, de que ele somente pode comportar um reconhecimento restrito de identidades culturais, seria a única interpretação possível, o que daria fundamento à acusação de homogeneização formulada pelas correntes mais radicais. Ou, então, se seria aceitável a noção de que pautas-padrão de direitos podem ser aplicadas num contexto cultural de maneira diferente da que se aplica em outro, de que sua aplicação pode levar em conta diferentes metas coletivas. Analisando detidamente as reivindicações de distintividade formuladas pelos canadenses franceses, em especial os de Québec, acaba por concluir favoravelmente à segunda opção³²⁸.

Afirma que a força atual daquela primeira visão acerca do liberalismo – de absoluta neutralidade estatal em relação às diferentes concepções de vida boa – não decorre apenas de estar ela atrelada à ideia popular do agente humano primariamente como sujeito de uma escolha autodeterminadora – um agente de escolha soberano, que chega a suas metas e propósitos por meio de atos de vontade. A

325 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 63-64.

326 ROCKFELLER, Steven C. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 109.

327 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 260.

328 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 71-82.

disseminação da ideia de que uma sociedade liberal não pode acomodar publicamente diferentes noções esposadas do bem também se deve ao fato de ter sido apresentada com grande vigor e inteligência por pensadores liberais nos Estados Unidos, no contexto de doutrinas constitucionais de revisão judicial, uma concepção de “república procedimental” que põe uma crescente ênfase na revisão judicial, a expensas dos processos políticos comuns de obtenção de maiorias, com vista à ação legislativa³²⁹.

Porém, conforme Taylor³³⁰, uma sociedade de metas coletivas, como o Québec, no Canadá – e os povos indígenas, no Brasil – viola esse modelo. Nessas situações, segundo ele, a sociedade política não se mostra neutra entre aqueles que prezam permanecer verdadeiros à cultura dos seus antepassados e aqueles que desejam afastar-se em nome de uma meta individual de autodesenvolvimento. Nesses casos, a sobrevivência e a prosperidade de uma particular cultura em seu espaço constitui um bem. Não se trata apenas de preservar um ou outro traço cultural, mas de assegurar que no futuro existirá ali uma comunidade de pessoas que deseje desfrutar daquela cultura.

Assim, as pessoas que atribuem importância a esse tipo de meta coletiva tendem, então, a optar por um outro modelo de sociedade liberal, uma sociedade com fortes metas coletivas, mas que seja capaz de respeitar a diversidade, especialmente em suas relações com aqueles que não partilham suas metas comuns, e que possa fornecer salvaguardas adequadas às liberdades fundamentais – aquelas que “nunca poderiam ser feridas” e que “devem ser incessantemente protegidas”. Essas sociedades estariam dispostas, assim, a sopesar a importância de certas formas de tratamento uniforme – ampla gama de imunidades e pressupostos de tratamento uniforme surgidos nas culturas modernas de revisão judicial, mas que não configuram liberdades fundamentais – em face de sua sobrevivência cultural, optando por vezes por esta última³³¹.

329 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 263-264.

330 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 78-79.

331 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 264-266.

Nesse sentido, Johnston³³², fazendo referência à análise de Pentney³³³, afirma que, na ponderação entre as categorias de direitos – individuais, sociais e coletivos (de grupos) –, aqueles direitos coletivos necessários para a sobrevivência do grupo deverão ter primazia. Assim, se um direito coletivo, vital para a continuidade do grupo, não puder ser protegido de maneira menos gravosa, entende-se que deverá ele prevalecer em face de outros direitos individuais envolvidos.

Segundo Taylor, essa visão mais tolerante do liberalismo pode se liberar da acusação de homogeneizar a diferença. Afirma que, na efetivação dessa variante da política do respeito igual, certamente haverá tensões e dúvidas, contudo, não maiores do que aquelas com que se depara a sociedade liberal ao lidar com liberdade e igualdade, ou prosperidade e justiça. Além disso, considerando que um número cada vez maior de sociedades se mostram hoje mais multiculturais, incluindo grupos distintos que desejam sobreviver culturalmente, “a rigidez do liberalismo procedimental pode tornar-se rapidamente impraticável no mundo de amanhã”³³⁴.

Taylor³³⁵ afirma que “o liberalismo também é um credo em luta”, não podendo alegar completa neutralidade cultural, pois é a expressão política de uma gama de culturas, sobremaneira incompatível com outras. Destaca, então, que a variante mais tolerante que propõe deve estar pronta a aceitar esses limites, ao tratar da aplicação da pauta de direitos, estando ciente que haverá situações em que essa pauta não admitirá variações. A ideia é deixar as culturas se defenderem, dentro de limites razoáveis.

332 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 188-189.

333 Sua análise é realizada considerando as previsões do Constitucional Act canadense de 1982, que estabelece, entre outros direitos de grupo, direitos linguísticos e de educação aos canadenses francófonos e direitos aos povos indígenas. (CANADA. *Constitution Act, 1982*. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016).

334 TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 80-82.

335 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 266-268.

Michael Walzer³³⁶ identifica nessas ideias de Taylor a descrição de dois tipos de liberalismos. O primeiro, comprometido da maneira mais forte possível com os direitos individuais e com um estado rigorosamente neutral, sem projetos culturais ou religiosos e sem qualquer tipo de objetivos coletivos além da liberdade pessoal, do bem-estar e da segurança dos seus cidadãos. Já o segundo tipo de liberalismo possibilita um estado comprometido com a sobrevivência e o florescimento de uma determinada nação, cultura ou religião, ou com um grupo (limitado) de nações, culturas e religiões – desde que os direitos básicos dos cidadãos que têm diferentes compromissos estejam protegidos. Destaca, contudo, que o liberalismo do segundo tipo é “permissivo”, não determinado, pois os liberais daquele tipo irão às vezes optar pela primeira formulação. E isso ocorre porque não fazemos escolhas singulares ou definitivas, mas adaptamos a nossa política para que ela se enquadre em nossas circunstâncias, mesmo quando queremos modificá-las ou transformá-las.

Afirma que a neutralidade do estado é frequentemente hipócrita e sempre incompleta e que algumas nacionalidades, uniões sociais e comunidades correm um maior risco de extinção do que outras. Nesse contexto, destaca que a política contemporânea do multiculturalismo – numa de suas formulações, compatível com o liberalismo do primeiro tipo –, é uma exigência de desafiar o bem-estar e o poder do grupo majoritário e igualar os riscos. Em outra formulação, num liberalismo do segundo tipo, o multiculturalismo é uma exigência para minimizar os riscos de todas as nacionalidades, uniões sociais e comunidades culturais, sendo o estado chamado a tomar responsabilidade pela sobrevivência cultural de todas as pessoas. Ao analisar o contexto da sociedade norte-americana – uma sociedade de imigrantes, uma nação de nacionalidades – a opção de Walzer acaba sendo por um liberalismo do primeiro tipo, mas formulado, segundo ele, “de dentro” de um liberalismo do segundo tipo, o que significa que essa escolha não é governada por um compromisso absoluto com um estado de

336 WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 117-118.

neutralidade e direitos individuais nem pelo profundo desagrado com identidades particularistas, que são comuns entre os liberais do primeiro tipo³³⁷.

Habermas³³⁸, ao analisar esse aspecto da teoria de Taylor, também indaga se o reconhecimento das culturas marginalizadas – seja num contexto de cultura majoritária, seja numa sociedade eurocêntrica global – não exigiria garantias de estatuto e sobrevivência, ou seja, um tipo de direito coletivo que entraria em conflito com o auto-entendimento do estado liberal, fundado nos direitos individuais. Questiona, contudo, o modelo proposto por Taylor, em que dois tipos de política – uma política de consideração pelas diferentes culturas, por um lado, e uma política para universalizar os direitos individuais, por outro – vão um de encontro ao outro. Um modelo que supõe que a proteção das identidades coletivas entra em competição com as liberdades individuais, e que, sob determinadas condições, os direitos básicos podem ser restringidos visando a promoção da sobrevivência de culturas em perigo.

Afirma que essa oposição teria sido falsamente construída, em virtude de compreender o liberalismo do primeiro tipo acima descrito como uma teoria que garante a todos liberdades individuais iguais de escolha e ação na forma de direitos básicos, ou seja, apenas na forma de uma autonomia legalmente protegida. Essa interpretação não consideraria que, no sentido kantiano, aqueles a quem a lei se dirige somente adquirem autonomia na medida em que podem compreender a si próprios como autores das leis. A falha estaria, então, em não reconhecer que as autonomias privada e pública são ambas primordiais, que os direitos individuais somente podem ser formulados adequadamente se as pessoas afetadas afirmem e justifiquem numa discussão pública o que é relevante para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Dessa forma, ao se incluir um entendimento democrático de atualização dos direitos básicos à leitura seletiva da teoria dos direitos, não haveria qualquer necessidade de contrastar

337 WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 117-118.

338 HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 127-130.

um liberalismo incompleto – do primeiro tipo antes descrito – com um modelo que introduz a noção de direitos coletivos, estranha ao estado liberal³³⁹.

Ao final de sua análise, Habermas conclui:

Se uma esfera pública que funciona bem abrir estruturas de comunicação que permitam e promovam discussões orientadas para o auto-entendimento que se possam desenvolver em semelhantes sociedades multiculturais contra o *background* da cultura liberal e à base de associações voluntárias, então o processo democrático da actualização dos direitos individuais iguais também se estendera à garantia de direitos de coexistência iguais para os diferentes grupos étnicos e para as suas formas de vida culturais.

Não esclarece, contudo, como se poderiam estabelecer essas “estruturas de comunicação que permitam e promovam discussões orientadas para o auto-entendimento”, num caso como o dos povos indígenas de nosso país. A história de genocídio, extermínio e opressão desses povos, que em grande medida se mantém na atualidade – ainda que sob formas mais silenciosas –; a representatividade quase inexistente dos indígenas no parlamento e em todas as esferas da burocracia estatal³⁴⁰; as imensas dificuldades e deficiências na prestação de serviços públicos básicos aos índios – em especial na educação escolar, conforme abordado em tópico específico deste trabalho –; a falta de alternativas de desenvolvimento econômico e de geração de renda; entre outros fatores, tornam muito difícil vislumbrar de que forma seria possível trazê-los para o debate na esfera pública, promovendo sua autonomia nesse importante aspecto, conforme apontado por Habermas.

O atual ambiente político do país – não apenas, mas em especial com relação à denominada temática indígena – não parece apresentar um espaço adequado para esse debate. Em verdade, o que se vê são adversários ferrenhos, posicionados em lados opostos, buscando a aniquilação de seu oponente. No caso daqueles que são contrários aos direitos dos povos indígenas – principalmente ao direito às suas

339 HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 130-134.

340 Não se tem notícia sequer de que algum indígena já tenha ocupado a presidência da FUNAI, autarquia responsável pela implementação da política indigenista no país.

terras tradicionais –, e que detêm grande poder político-partidário e econômico, essa intensão de aniquilamento manifesta-se, em muitos momentos, de forma literal, como denota recente estudo divulgado pelo CIMI acerca da violência contra os povos indígenas³⁴¹. Dois exemplos – ao menos nos parece – ilustram bem esse atual cenário de intolerância no âmbito do Parlamento brasileiro.

O primeiro deles é o fôlego apresentado nos últimos anos pela Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215/2000, em sua tramitação na Câmara dos Deputados. Essa proposta tem o indisfarçado objetivo de obstar novas demarcações – e também rediscutir aquelas já realizadas –, pois pretende atribuir ao Congresso Nacional a competência exclusiva não apenas para a aprovação das demarcações das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, mas também para a ratificação das demarcações já homologadas³⁴². A tramitação tem ocorrido sem qualquer diálogo efetivo, sem a necessária e imprescindível consulta informada aos povos indígenas – em descumprimento, inclusive, ao que determina a Convenção nº 169 do OIT, conforme adiante será visto.

O outro exemplo é a instauração, na Câmara dos Deputados, de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada a “investigar a atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) na demarcação de terras indígenas”. O objetivo dessa CPI, ao menos até o momento, não parece ser o de identificar falhas e apontar soluções para os graves problemas enfrentados pelas autarquias investigadas, mas sim desacreditar, de forma ampla, o trabalho realizado por aqueles dois entes públicos, articulando um discurso que crie o ambiente político favorável ao andamento de projetos legislativos que cerceiam os direitos dos índios às suas terras tradicionais. Não tem sido foco da CPI, por

341 CIMI. *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Dados de 2015. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.

342 Nesse sentido, o “Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas”, do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, registra “a oposição do governo [da então presidente Dilma Rousseff] à Proposta de Emenda à Constituição, PEC 215, que colocaria em risco a demarcação de terras e o quadro de proteção de direitos” (ONU. *Situação dos povos indígenas no Brasil é a mais grave desde 1988, diz relatora da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/situacao-dos-povos-indigenas-no-brasil-e-a-mais-grave-desde-1988-diz-relatora-da-onu/>>. Acesso em: 26 set. 2016).

exemplo, o descumprimento do prazo de cinco anos para conclusão das demarcações de terras indígenas previsto inicialmente no vetusto Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73 – e renovado em 1988 pela atual Constituição Federal³⁴³. O desvirtuamento da CPI resta claramente evidenciado no parecer ofertado pelo Procurador-Geral da República (PGR), em Mandado de Segurança ajuizado por parlamentar federal, questionando a constitucionalidade da referida Comissão. Em sua manifestação, o PGR posiciona-se pelo deferimento do pedido de anulação de instauração daquela Comissão e de todos os atos por ela praticados, em virtude da ausência de fato específico a ser investigado³⁴⁴.

O cenário atual, portanto, parece denotar um esvaziamento da esfera pública, do espaço de discussão comum que engaja potencialmente todos, que possibilita à sociedade chegar a uma ideia comum acerca de questões importantes – quando isso for possível –, por meio da troca de ideias, sem a mediação da esfera política, mas que é normativo para o poder político. O liberalismo não tem como única preocupação limitar o poder, tem de se ocupar também do autogoverno, ou seja, tem que se empenhar para tornar o poder “responsivo às decisões coletivas”. O autogoverno é vital para a liberdade e a saúde da democracia, para a aspiração democrática de que as decisões devem ser determinadas pelo povo. A dimensão democrática de uma sociedade não pode ser resumida à ideia simplista de decisões tomadas por maiorias ocasionais. Envolve a autocompreensão, a ideia de que as pessoas soberanas formam algum tipo de unidade, não podendo haver uma comunidade em nenhum sentido significativo que não se compreenda como tal. Ou seja, não parece possível que agentes verdadeiramente desinteressados, cada qual voltado para seu próprio plano de vida, deem muito sentido à ideia de ouvir o ponto de vista do outro³⁴⁵.

Uma democracia genuína, portanto, requer muito além de meras decisões tomadas por maioria. Demanda que as pessoas compreendam a si mesmas como pertencentes a uma comunidade que partilha

343 Art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias.

344 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 33882/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4881466>>. Acesso em: 29 set. 2016.

345 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 280-294.

alguns propósitos comuns e que reconhece que seus membros partilham esses propósitos e, ainda, que os vários grupos, tipos e classes de cidadãos sejam efetivamente ouvidos e possam impactar, influir no debate público. Conforme afirma Taylor, na sociedade moderna, o sistema político estritamente definido – dos partidos políticos, legislaturas e governos – não pode promover sozinho um debate adequado, pois deixaria de fora grande número de cidadãos e grupos. Dessa forma, o debate sobre as questões importantes também deve ser travado na esfera pública, o espaço público de discussão dispersa que circula através de meios neutros do sistema político, mas que é cogente ao poder. Essa esfera pública, cuja florescência é essencial à democracia, como dito, parece hoje apagada na sociedade brasileira. Os possíveis motivos do enfraquecimento da capacidade de tomar decisões genuinamente democráticas, então, seriam dois: o estreitamento da participação ou uma ruptura na comunidade política³⁴⁶.

A primeira possibilidade pode advir quando um grupo ou comunidade cultural não se sente reconhecido pela sociedade ampla, tornando-se assim menos disposto a funcionar na base da compreensão comum com a maioria. Isso cria um sentido de mágoa e exclusão, de que é impossível o grupo ser ouvido, um clima de “exclusão presumida”, onde ser ouvido somente pode significar o atendimento de todas suas exigências³⁴⁷. Essa parece ser hoje a situação a que submetidos e a forma como se veem todos os povos indígenas em nosso país.

A segunda causa de enfraquecimento da esfera pública é o que Taylor descreve como sendo a “fragmentação política”, a ruptura da possibilidade de coalizões majoritárias, fundadas em programas multifacetados, destinados a tratar dos principais problemas da sociedade como um todo, resultando na mobilização dos grupos determinados para a defesa exclusiva de seus interesses específicos, a qualquer custo³⁴⁸. Nesse processo, as pessoas passam a ver a si mesmas cada vez mais atomisticamente, cada vez menos ligadas a seus compatriotas em projetos e compromissos comuns – em que pese possam sentir-se liga-

346 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 294-296.

347 *Ibid.*, p. 298.

348 *Ibid.*, p. 299.

das a agrupamentos parciais da sociedade, como uma minoria étnica ou os adeptos de alguma religião. Nesse processo de fragmentação, o povo se vê cada vez menos capaz de formular um propósito comum e de buscar leva-lo a efeito. Assim, a simpatia já decadente com relação aos outros é reforçada pela ausência de uma experiência comum de ação, e essa sensação de impotência faz parecer uma perda de tempo tentar promover essa experiência, o que se torna praticamente impossível, fechando o círculo vicioso³⁴⁹.

Em uma abordagem similar, Michael Sandel³⁵⁰ afirma que a desigualdade crescente, com ricos e pobres levando vidas cada vez mais distintas, enfraquece a solidariedade que a democracia requer. Em tal contexto, deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não tem mais tanto interesse em apoiá-los com seus impostos. Além disso, as instituições públicas – escolas, parques, centros comunitários – deixam de ser locais onde cidadãos de diferentes classes econômicas se encontram. Esse esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade, fundamentais à cidadania democrática, corroendo a virtude cívica. A reconstrução da infraestrutura da vida cívica deve ser, portanto, um dos principais objetivos de uma política do bem comum.

Esse processo de enfraquecimento da esfera pública, de atrofia dos espaços de formação de maiorias democráticas em torno de programas dotados de sentido e que possam ser levados a cabo, implica, de um lado, um direcionamento para a política dos grupos de interesse e de defesa, com as pessoas lançando-se em campanhas de tema único, em que passam a agir obstinadamente em favor de sua causa, como ocorre com a batalha sobre o aborto³⁵¹. No parlamento brasileiro, as denominadas bancadas ruralista, evangélica, “da bala”, entre outras, bem como os debates sobre pena de morte, maioria penal e, também, direitos dos índios, parecem confirmar essa tendência.

349 TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011. p. 112.

350 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 327-329.

351 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 300.

De outro lado, as pessoas passam a promover batalhas judiciais, ocorrendo o que se tem denominado de “judicialização da política”, da “política-como-revisão judicial”. Esse processo, além de outras disfuncionalidades, tende inclusive a dificultar a resolução dos problemas, pois as decisões judiciais costumam ser absolutas, do tipo “tudo ou nada”: ou se perde ou se ganha³⁵².

Embora a complexa questão da demarcação de terras indígenas não seja objeto específico deste trabalho, creio que recentes decisões exaradas por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar ações que questionam portarias demarcatórias de terras tradicionais indígenas, parecem corroborar o aspecto acima destacado. Nessas ações, o STF tem adotado entendimento de que a data de promulgação da Constituição Federal de 1988 “é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios”³⁵³. Esses julgados, a par de homogeneizar o conceito de ocupação tradicional indígena, a partir de um conceito civilista de posse, que ignora a diversidade dos padrões culturais das centenas de povos indígenas do país; desconsiderar o histórico de expulsões forçadas desses povos e o regime de exceção da história recente do país, com evidentes reflexos nessas ocupações tradicionais; adotar posições a partir de uma racionalidade procedimental sem apoio em estudos antropológicos que pudessem propiciar uma compreensão mais adequada dos fatos – questões não diretamente relacionada a este trabalho, mas facilmente extraídas dos acórdãos exarados pela Corte Suprema –, exemplificam a lógica do “tudo ou nada” das decisões judiciais. Ao julgar pela improcedência do reconhecimento da tradicionalidade da terra indígena, a Corte, por consequência, acaba por negar qualquer proteção ao povo indígena envolvido, como se, a partir desse momento, ele deixasse de existir como grupo étnico diferenciado. Por outro lado, algumas dessas ações acabam se arrastando por décadas

352 TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011. p. 115.

353 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 16 set 2014. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 out. 2016.

nos Tribunais até seu trânsito em julgado³⁵⁴, período em que o grupo indígena permanece numa espécie de limbo, em que a efetivação de direitos fundamentais mostra-se bastante dificultosa.

O que se verifica, portanto, na atual realidade nacional, é um processo de invisibilidade e de exclusão dos povos indígenas, barrados do debate político e ignorados quanto à implantação de empreendimentos e de políticas públicas que impactam diretamente seus interesses. Nesse contexto, de uma esfera pública enfraquecida, em que a tutela dos direitos dos índios não encontra outro espaço de defesa que não a roleta judicial do “tudo ou nada” – que, para os indígenas, em geral, implica em “nada” –, não se mostra factível – ao menos nos parece – a formulação apresentada por Habermas em sua crítica à Política do Reconhecimento. A situação de muitos povos indígenas do Brasil – e no capítulo seguinte pretende-se demonstrar que isso ocorre de forma muito intensa com o Povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina – é de concreto e efetivo risco à sua sobrevivência cultural, justificando a adoção do modelo de liberalismo proposto por Taylor, que possibilitaria sopesar direitos humanos, que não configurem liberdades fundamentais inafastáveis, em face da sobrevivência cultural do grupo envolvido, optando por vezes por esta última.

Da mesma forma que as liberdades formais não foram suficientes para assegurar uma igualdade substancial, demandando o reconhecimento de direitos sociais e econômicos, a garantia da atual pauta de direitos humanos fundamentais não parece suficiente para assegurar a sobrevivência dos povos indígenas em nosso país. Essa constatação implica o necessário estabelecimento de garantias que possibilitem a reprodução cultural desse povos, mesmo que em contradição com as liberdades individuais, mas desde que estas não tenham inafastável caráter fundamental.

Um dos pontos da crítica de Habermas, contudo, que denota bastante pertinência, diz respeito ao questionamento se a sobrevivência

354 Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária nº 312/BA. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 2 maio 2012. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 out. 2016.

cultural poderia ser imposta pelo estado aos integrantes do grupo minoritário, como um tipo de preservação de espécies (em extinção), através de recursos administrativos. Nisso, razão parece assistir ao autor alemão, ao afirmar que “o estado constitucional pode tornar possível este feito hermenêutico da reprodução de mundos de vida culturais, mas não pode garanti-lo”, pois, se assim o fizesse, estaria necessariamente subtraindo de seus membros a liberdade de afirmarem ou não sua concordância em se apropriar e preservar a sua herança cultural.

Sobre esse aspecto, Kymlicka³⁵⁵ apresenta importantes ponderações. Esclarece que, quando se afirma que as minorias têm um direito de preservar e desfrutar sua própria cultura, não se poderia cometer o equívoco de igualar “cultura” com “tradição”, vinculando “inclusão cultural” com “preservação cultural” ou com a manutenção de “formas tradicionais de vida”. Segundo ele, essa seria uma abordagem “conservadora” da diversidade cultural, fundada em ideias de “autenticidade cultural” e “pureza cultural”, que, além de antropologicamente ingênuas, seriam também politicamente perigosas. Afirma que estudos têm repetidamente demonstrado que práticas denominadas “tradicionais” são muitas vezes bastante recentes, produtos de intercâmbios culturais, e, em alguns casos, “invenções” de elites para legitimar sua posição. Além disso, argumenta que as alegações de que certas práticas são “autênticas”, ou essenciais para a identidade do grupo, raramente são neutras, pois muitas vezes são as elites conservadoras do grupo que reivindicam a autoridade para julgar o que é “autêntico” e “tradicional”, justamente para suprimir exigências por mudança por parte de membros do próprio grupo. Assim, interpretar o direito à cultura necessariamente como a proteção a práticas autênticas e tradicionais pode ter o efeito de recompensar as elites conservadoras, transformando esse direito em um verdadeiro “dever de manter uma cultura”, independentemente de que se queira ou não mantê-la. Por último, afirma que falar sobre preservação de uma cultura poderia resultar em negar a responsabilidade de se aperfeiçoar as práticas culturais, em conformidade com os direitos humanos universais. Segundo ele, nos estados multiculturais, com diferentes e concorrentes práticas culturais, deve-se buscar uma forma de

355 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016. p. 5-8.

se discutir seus custos e benefícios, pensando em compromissos justos onde essas práticas se apresentem conflitantes.

Além desse aspecto relativo à sobrevivência cultural, a controvérsia aqui discutida também envolve o fato de todas as sociedades estarem se tornando cada vez mais multiculturais e, ao mesmo tempo, mais porosas – mais receptivas à migração internacional, com um número maior de seus membros levando uma vida de diáspora. Nesse contexto, em que um número substancial de cidadãos também pertence à cultura que põe em questão as fronteiras filosóficas das sociedades ocidentais, o desafio está em lidar com o sentido de marginalização desses segmentos sem comprometer princípios políticos básicos dessas sociedades, o que nos leva mais uma vez à questão do reconhecimento³⁵⁶.

Assim, a par do reconhecimento da sobrevivência cultural como meta legítima, permitindo que fins coletivos sejam considerados na revisão judicial e para propósitos de macropolítica social, tem-se aqui uma exigência adicional: que não apenas deixemos as diferentes culturas sobreviver, mas que reconheçamos seu igual valor. O reconhecimento forja a identidade e por isso é muitas vezes negado pelos grupos majoritários, que tendem a consolidar sua hegemonia inculcando no subjugado uma imagem de inferioridade. A luta pela liberdade e pela igualdade passa, assim, por uma revisão dessas imagens, o que depende da premissa de que devemos igual respeito a todas as culturas³⁵⁷.

Para Taylor, contudo, esse é um pressuposto, uma hipótese inicial com que se pode abordar o estudo de qualquer outra cultura. Sua validade, porém, tem que ser demonstrada concretamente no estudo real da cultura. Diante de uma cultura suficientemente distinta, a própria compreensão do que significa valor nos será estranha e desconhecida. Temos que aprender a nos movimentar num horizonte mais amplo, onde nossa base de valoração, que antes tínhamos como certa, passa a ser uma possibilidade ao lado daquela da cultura desconhecida. O juízo a que chegamos ao final é resultado em parte da transformação de nosso padrão de valoração³⁵⁸.

356 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 117-121.

357 *Ibid.*, p. 268-269.

358 *Ibid.*, p. 268.

Contudo, embora faça sentido, como uma questão de direito, insistir que abordemos as diferentes culturas com o pressuposto de seu igual valor, não pode fazer sentido insistir que temos que chegar ao final a um juízo concludente de seu igual valor. Primeiro, porque um juízo favorável dado por exigência é um ato de condescendência, não um genuíno ato de respeito. Abandonamos o respeito e passamos a escolher um lado, por solidariedade. Ademais, de forma paradoxal, um juízo favorável prematuro também é etnocêntrico e homogeneizante, pois para isso já teríamos que dispor dos padrões para fazer esses juízos, quando os padrões de que dispomos são apenas aqueles da sociedade ocidental hegemônica³⁵⁹.

Assim, o meio-termo entre a exigência inautêntica e homogeneizante de reconhecimento de igual valor, de um lado, e o autofechamento em padrões etnocêntricos, de outro, é o pressuposto de igual valor: uma posição que adotamos quando empreendemos o estudo do outro. O que esse pressuposto requer, então, não são juízos peremptórios e inautênticos de igual valor, mas a propensão a ser receptivo ao estudo cultural comparativo, estabelecendo novos vocabulários de comparação voltados a articular os diferentes horizontes de significado envolvidos³⁶⁰.

Essa perspectiva remete à discussão de Boaventura de Sousa Santos³⁶¹ acerca da racionalidade ocidental hegemônica, de uma concepção intercultural dos direitos humanos e da ideia de tradução. Parte da constatação de que “a compreensão do mundo excede em muito a compreensão ocidental do mundo”. Argumenta, contudo, que a concepção ocidental hegemônica de racionalidade está centrada na ideia de totalidade, reivindicando ser a única forma de racionalidade. Muito embora seja apenas uma das racionalidades existentes no mundo, apenas dominante nos estratos de compreensão da modernidade ocidental hegemônica, afirma ser “uma razão exaustiva, exclusiva e completa”. Dessa forma, nenhuma das partes pode ser pensada fora da relação com a totalidade: o conhecimento tradicional, por

359 TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014. p. 271-273.

360 *Ibid.*, p. 270-274.

361 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 93-101.

exemplo, não é inteligível sem a relação com o conhecimento científico. Essa racionalidade acaba por criar “ausências”, ao subtrair “a maior parte da riqueza inesgotável das experiências sociais do mundo, não por uma carência, mas em virtude da arrogância, de não querer ver e valorizar a experiência que nos cerca”, apenas por esta não estar de acordo com a sua razão.

Propõe um procedimento “para pensar os termos das dicotomias fora das articulações e relações de poder que os unem, como primeiro passo para os libertar dessas relações, e para revelar outras relações alternativas que têm estado ofuscadas pelas dicotomias hegemônicas”, pensando o Sul como se não houvesse o Norte, ou a mulher como se não houvesse o homem, ou o escravo como se não houvesse o senhor, imaginando os dominados como livres da dominação³⁶². Transformar essas ausências em presenças significa considera-las alternativas às experiências hegemônicas, ampliando “o campo das experiências credivéis neste mundo e neste tempo”³⁶³.

Nesse processo, como alternativa à teoria geral, propõe um trabalho de tradução, que permita criar inteligibilidade recíproca entre as experiências disponíveis e possíveis do mundo, vistas como totalidades e partes, que não se esgotam em si mesmas, possibilitando, por exemplo, ver o subalterno tanto dentro quanto fora da relação de subalternidade³⁶⁴. Parte da ideia de que³⁶⁵:

[...] todas as culturas são incompletas e, portanto, podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas. Admitir a relatividade das culturas não implica adotar sem mais o relativismo como atitude filosófica. Implica, sim, conceber o universalismo como uma particularidade ocidental cuja supremacia como ideia não reside em si mesma, mas antes na supremacia dos interesses que a sustentam. A crítica do universalismo decorre da crítica da possibilidade da teoria geral. A hermenêutica diatópica pressupõe, pelo contrário, o que de-

362 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4). p. 101.

363 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). Brasil. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006. p. 285.

364 SANTOS, op. cit., p. 123-124.

365 SANTOS, op. cit., p. 126.

signo por universalismo negativo, a ideia da impossibilidade da completude cultural.

Esse verdadeiro trabalho de tradução proposto por Boaventura de Sousa Santos envolverá, entre outros aspectos, a intermediação antropológica, aproximando os interlocutores e possibilitando de fato o diálogo³⁶⁶, permitindo uma compreensão da diversidade que envolve os povos indígenas em nosso país.

2.4 Liberalismo multicultural

Conforme destaca Kymlicka³⁶⁷, minorias etnoculturais em todo o mundo estão demandando por reconhecimento de suas identidades e práticas culturais. As demandas dos povos indígenas por autodeterminação e reconhecimento de suas normas costumeiras são exemplos dessas aspirações. Trata-se de pleitos para que a diversidade etnocultural seja respeitada, em vez de suprimida ou ignorada pelo Estado, demandas que não são apenas reivindicadas, mas em muitos casos aceitas e implementadas. Com isso, novos e genuínos modelos de estados multiculturais têm surgido, com novas maneiras de acomodar a diversidade através de políticas culturais inclusivas, em especial com relação ao papel das políticas linguísticas e do pluralismo jurídico.

Destaca que a maioria dos países na atualidade apresenta-se cada vez mais multicultural. Esclarece, contudo, que o adjetivo “multicultural” abarca formas distintas de pluralismo, cada uma delas comportando seus próprios desafios³⁶⁸. Distingue, então, dois amplos padrões de diversidade: “multinacional” e “pluriétnico”³⁶⁹.

366 DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito de consulta prévia, livre e informada. In: _____ (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 70.

367 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. p. 1. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016.

368 KYMLICKA, Will. Federalismo, nacionalismo e multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofia Política*, n. 7, 1996. p. 21.

369 Destaca, contudo, que muitos utilizam a expressão “multicultural” abrangendo uma vasta gama de outros grupos excluídos ou marginalizados da sociedade, sendo esse emprego particularmente comum nos Estados Unidos, nos esforços para reverter as discriminações históricas contra mulheres, pessoas com deficiência, gays e lésbicas, ateus e comunistas, entre outros (KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 17-18).

No primeiro caso, tem-se a coexistência de mais de uma nação no mesmo estado, entendendo-se por “nação” uma comunidade histórica, que forma uma sociedade mais ou menos funcional, com suas próprias instituições, cultura e língua, concentrada em um território particular ou pátria. Esse conceito de “nação” está intimamente ligado à ideia de um “povo” ou de um “cultura”. Essa incorporação de uma nação a um estado maior, embora possa se dar de forma voluntária – quando duas sociedades distintas concordam em formar uma federação em benefício mútuo –, geralmente ocorre de forma involuntária, como resultado de colonização, conquista ou cessão de territórios entre potências imperiais³⁷⁰. Os povos indígenas de nosso país constituem, nessa perspectiva, uma minoria nacional situada no estado brasileiro. Por esse motivo, a análise realizada neste tópico está centrada nesse padrão de pluralismo cultural – das minorias nacionais³⁷¹.

A segunda fonte de pluralismo cultural decorre da imigração. Os grupos de imigrantes, contudo, não constituem “nações” e não ocupam territórios próprios, manifestando suas diferenças fundamentalmente em suas vidas familiares e em suas associações voluntárias. Não buscam criar uma sociedade institucionalmente completa, mas sim integrar-se a uma sociedade preexistente. Até a década de 1960, esperava-se que os imigrantes abandonassem suas tradições e passassem a adotar as normas culturais do país de acolhida. Esse processo de assimilação era visto como necessário para a estabilidade política daquele país. Nos anos 70, contudo, a partir da pressão dos grupos de imigrantes, Canadá, Estados Unidos e Austrália abandonam o modelo assimilacionista e passam a adotar uma política mais pluralista e tolerante, que não apenas permite, mas até mesmo incentiva os imigrantes a preservar diversos aspectos de suas heranças étnicas³⁷².

370 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998. p. 217.

371 Em trabalho mais recente, Kymlicka passa a adotar a expressão “grupos nacionais”, para se referir às minorias nacionais, categoria que abrange os “povos indígenas” e demais “grupos etnoculturais”. Passa também a incluir os imigrantes na categoria dos “grupos minoritários”, que também abrange formas de escravidão e “seitas religiosas” que emergem de cismas religiosos (KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016. p. 16-17).

372 KYMLICKA, Will. Federalismo, nacionalismo e multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofia Política*, n. 7, 1996. p. 23-24.

Assim, pode-se afirmar que praticamente todas as democracias liberais da atualidade são multinacionais ou pluriétnicas. Contudo, um país pode ainda ser multinacional – como resultado da colonização, da conquista, ou da formação de uma confederação de comunidades nacionais – e também pluriétnico – como resultado da imigração. Canadá e Estados Unidos são exemplos de estados multinacionais e pluriétnicos³⁷³, assim como o Brasil, que apresenta, além de centenas de povos indígenas, imigrantes oriundos dos mais variados países.

Essa diversidade cultural encontrada na imensa maioria dos países tem suscitado uma série de questões importantes e polêmicas relativas a direito à língua, autonomia regional, representação política, currículo escolar, demandas territoriais, política de imigração e naturalização e até mesmo quanto a símbolos nacionais. Kymlicka afirma que “encontrar soluções moralmente defensáveis e politicamente viáveis é o grande desafio enfrentado pelas democracias atualmente”. Para ele, “não há respostas simples e fórmulas mágicas para resolver essas questões”, pois cada disputa envolve uma história e circunstâncias únicas a serem consideradas na elaboração de uma solução justa e factível. Além disso, alguns conflitos se mostrarão mesmo intratáveis, ainda que as partes envolvidas estejam imbuídas de um senso de justiça e tolerância – condição que, por si, já se mostra pouco frequente³⁷⁴.

Destaca aquele autor que a tradição política do Ocidente tem sido surpreendentemente silente à inerente diversidade cultural das sociedades, operando a partir de modelos teóricos idealizados, nos quais todos os concidadãos partilhariam de uma descendência, de uma língua e de uma cultura comuns³⁷⁵. Essa visão liberal centrada no indivíduo e no princípio do igual tratamento tende a considerar inadequada qualquer postura do estado em relação às diferenças de raça, sexo, língua ou religião, que não o combate à discriminação baseada nessas características. Nessa concepção, os grupos de interesse são tratados como agregados de indivíduos, todos integrantes da sociedade e destinados a assim permanecer, desconsiderando a existência de grupos etnocul-

373 KYMLICKA, Will. Federalismo, nacionalismo e multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofia Política*, n. 7, 1996. p. 25-26.

374 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 1.

375 *Ibid.*, p. 1.

turais, com reivindicações corporativas quanto a direitos e *status* político diferenciados. Em que pese os indivíduos efetivamente demandarem liberdade e igualdade, há ainda uma “busca por comunidade”, para a qual o liberalismo não apresenta uma base adequada³⁷⁶.

Necessário destacar que, na busca desse ideal de homogeneidade política, os vários governos, ao longo da história, adotaram medidas que levaram à eliminação das minorias culturais – por meio de expulsão ou genocídio – ou à sua assimilação forçada, obrigando-as a adotar a língua, a religião ou os costumes da maioria – situação vivenciada pelos povos indígenas em nosso país –, ou, ainda, ao seu tratamento como estrangeiros residentes, sujeitos à segregação física e à discriminação econômica, sendo-lhes ainda negados os direitos políticos³⁷⁷.

Verificam-se, contudo, nas últimas décadas, mudanças significativas na maneira como as democracias ocidentais têm lidado com a diversidade etnocultural, tanto em relação aos nacionalismos minoritários quanto ao tratamento dispensado aos povos indígenas³⁷⁸. Em relação a estes últimos, os vários países tinham no passado o mesmo objetivo e a mesma expectativa de que os povos indígenas acabariam por desaparecer como comunidades distintas, como resultado de expulsão, casamentos mistos ou assimilação. Várias políticas foram adotadas para acelerar esse processo, como a retirada dos povos indígenas de suas terras tradicionais, imposição de restrições à prática de suas cultura, língua e religião, bem como pelo enfraquecimento de suas instituições de autogoverno³⁷⁹.

Desde o início da década de 1970, porém, tem havido uma reversão desse processo, passando todos os estados a aceitar – ao menos formalmente – a ideia de que os povos indígenas – e também as minorias nacionais – continuarão existindo no futuro como sociedades

376 VAN DYKE, Vernon. The individuals, the state, and ethnic communities in political theory. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 46-49.

377 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 1.

378 São exemplo: os Inuítes no Canadá, os povos aborígenes da Austrália, os Maori da Nova Zelândia, os Sami da Escandinávia, os Inuítes da Groenlândia, e as tribos indígenas nos Estados Unidos (KYMLICKA, Will. Multiculturalism and minority rights: West and East. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, v. 14, n. 4, 2015. p. 7).

379 KYMLICKA, Will. Multiculturalism and minority rights: West and East. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, v. 14, n. 4, 2015. p. 4-7.

distintas dentro de seus países. Trata-se de um processo gradual de descolonização, em que os povos indígenas retomam suas terras, seu direito tradicional e seu autogoverno. Nesse processo, virtualmente todos os países do Ocidente tornaram-se estados plurinacionais, reconhecendo a existência de povos e nações dentro de suas fronteiras³⁸⁰.

Kymlicka³⁸¹ aponta três fatores centrais que tornaram essa tendência possível, talvez até inevitável nas democracias do Ocidente: primeiro, dados demográficos, que mostram o crescimento das populações indígenas e do percentual de imigrantes no conjunto da população, demonstrando claramente que as minorias étnicas não irão desaparecer; segundo, as declarações de direitos humanos, que resultaram no desenvolvimento de uma “consciência de direitos”, com os membros dos grupos historicamente oprimidos passando a demandar por igualdade, de imediato, não em um futuro distante; terceiro, a consolidação do regime democrático, que possibilita aos grupos minoritários mobilizarem-se politicamente, formulando suas reivindicações na esfera pública³⁸².

Segundo ele, a maior parte das minorias nacionais foi incorporada de forma involuntária no estado em que atualmente situadas, muitas vezes como resultado de colonização ou conquista. Afirma, então, que poucas, talvez nenhuma dessas minorias esteja satisfeita simplesmente com o respeito a seus direitos humanos individuais, apresentando três exemplos em que os direitos individuais falham em proteger adequadamente os interesses minoritários³⁸³.

O primeiro deles – e que parece melhor ilustrar a questão – refere-se à migração interna e às políticas de assentamento em larga escala promovidas pelos governos, usadas deliberadamente como uma arma contra as minorias nacionais. Os objetivos dessas estratégias eram, por um lado, acessar os recursos naturais dos territórios dessas minorias;

380 KYMLICKA, Will. Multiculturalism and minority rights: West and East. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, v. 14, n. 4, 2015, p. 7-8.

381 *Ibid.*, p. 9-11.

382 Em outro estudo, o mesmo autor apresenta ainda dois outros fatores: o consenso liberal-democrático e a “dessecuritização” das relações entre os grupos étnicos (KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016).

383 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998, p. 217-218.

de outro, enfraquecer politicamente o grupo, tornando-o minoritário dentro de seu próprio território³⁸⁴. Esse processo continua ocorrendo em todo o mundo, inclusive no Brasil – e também em relação ao povo Kaingang, conforme descrito no primeiro capítulo deste trabalho.

Trata-se de uma das causas mais comuns de conflitos violentos no mundo, pois os povos indígenas e as outras minorias nacionais resistem a essas políticas de assentamento, inclusive com uso da força, se necessário. A doutrina dos direitos humanos, contudo, não apenas se apresenta silente em relação a essa questão, como pode vir a exacerbar essas injustas ocupações dos territórios de grupos minoritários, ao assegurar a liberdade de locomoção dentro do território de um estado. Assim, para proteção contra essas injustas políticas de assentamento, as minorias nacionais necessitam e demandam uma variedade de medidas, como, por exemplo, que suas terras sejam reservadas para seu uso e benefício exclusivo, restrições às imigrações e quanto ao uso de sua língua materna no âmbito de seu território³⁸⁵.

Porém, enquanto essas demandas têm sido consideradas como direitos de grupo que conflitariam com o individualismo ocidental, as sociedades “individualistas” do Ocidente buscam cada vez mais proteção contra a imigração. Ou seja, enquanto as maiorias nacionais defendem a ampla mobilidade por todo o país, rejeitam o direito de indivíduos de outros estados entrarem e se estabelecerem em seu território. Curiosamente, as restrições estabelecidas à imigração nesses países apresentam a mesma razão que as minorias invocam para restringir a ocupação de seus territórios: extensos assentamentos ameaçam suas sociedades e culturas³⁸⁶.

O segundo exemplo refere-se à usurpação do poder político interno, que enfraquece a autonomia do grupo minoritário. Essas decisões da maioria, de ignorar as lideranças tradicionais dos grupos minoritários e de destruir suas instituições políticas tradicionais, têm sido justificadas ao argumento de que essas instâncias de poder não seriam democráticas. Assim, a retórica dos direitos humanos tem ser-

384 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998, p. 218.

385 *Ibid.*, p. 219-220.

386 *Ibid.*, p. 220.

vido de desculpa para subjugar uma minoria antes autogovernada. Para evitar essas violações, as minorias nacionais necessitam de direitos que lhes assegurem, entre outros, prerrogativas de autogoverno, de representação na política nacional e direitos de veto sobre questões que afetem diretamente a sua sobrevivência cultural³⁸⁷.

O último exemplo apresentado está relacionado à adoção da língua do grupo majoritário como o idioma oficial do estado, utilizado de forma exclusiva pelo governo, na burocracia oficial, nos tribunais, nas escolas e demais instâncias. Kymlicka, contudo, destaca haver robustas evidências de que as línguas somente podem sobreviver no mundo moderno se forem utilizadas na vida pública. Assim, as decisões do governo sobre línguas oficiais são, em verdade, decisões sobre quais irão perecer e quais irão sobreviver. As doutrinas de direitos humanos, contudo, são silentes a esse respeito. Dessa forma, as minorias nacionais também necessitam de uma ampla gama de políticas com relação ao uso da língua, de forma a que seja numericamente dominante e constitua a “língua de oportunidade” em seu território. Não se mostra suficiente, para isso, que as minorias simplesmente tenham o direito de usar sua língua em público, podendo ser necessário também que a língua do grupo minoritário seja a única oficial em seu território³⁸⁸.

Esses exemplos – entre outros – denotam não apenas que os direitos humanos são insuficientes para assegurar a justiça etnocultural³⁸⁹, mas também que eles podem indiretamente servir de instrumento de colonização e opressão, ao serem invocados como fundamento para demandas de acesso a territórios de minorias, para desfazer mecanismos tradicionais de consulta e rejeitar políticas linguísticas. Assim, para que os direitos humanos não sejam instrumentos de injusta opressão, devem eles ser suplementados com vários direitos das minorias, que não podem também ser vistos de nenhuma forma como secundários aos direitos humanos tradicionais³⁹⁰.

387 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998. p. 221-223.

388 *Ibid.*, p. 223-225.

389 Conceituada de modo sucinto como “a ausência de relações de opressão e humilhação entre os diferentes grupos etnoculturais” (KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998. p. 217).

390 KYMLICKA, *op. cit.*, p. 226-227.

Contudo, como visto, o liberalismo contemporâneo mostra-se indifferente a essas demandas.

Conforme esclarece Kymlicka, a tradição liberal clássica não endossava a ideia defendida por muitos liberais contemporâneos, de que o estado deve tratar as minorias culturais como uma questão eminentemente privada. Ao contrário, afirma que os direitos das minorias representaram uma importante parte da teoria e da prática liberal no período entre as duas guerras mundiais. Destaca, por outro lado, que as posições contrárias aos direitos das minorias não decorriam da adoção da posição contemporânea de “neutralidade benigna”, mas de sua preocupação com a estabilidade política, vista como dificilmente alcançável em um estado multinacional. A democracia era vista como o governo de um (único) povo, de uma nação, cujos membros deveriam compartilhar um sentido de lealdade política, da qual a nacionalidade comum era pré-condição. Dessa forma, desde que um estado livre é um estado-nação, as minorias nacionais deviam ser tratadas por meio de uma assimilação coerciva ou pela redefinição de suas fronteiras, não através da garantia de direitos das minorias³⁹¹.

Alguns fatores, contudo, fizeram com que esse intenso debate sobre minorias nacionais entre os liberais do pré-guerra desse lugar a um virtual silêncio sobre o tema entre os liberais contemporâneos³⁹².

A primeira mudança importante na visão liberal veio com o fracasso do esquema de proteção de minorias da Liga das Nações. No início do século passado, tratados bilaterais buscaram regular os potenciais conflitos entre as culturas majoritárias e minoritárias, com os países concedendo, reciprocamente, direitos e privilégios para os cidadãos dos outros países que residissem dentro de suas fronteiras. Esses tratados, contudo, mostraram-se inadequados, porque somente asseguravam proteção às minorias quando seus estados de origem estavam próximos. Além disso, eram desestabilizadores, pois as previsões dos tratados eram empregadas como fundamento pelo país de

391 KYMLICKA, Will. Liberalism and the politicization of ethnicity. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, n. 2, p. 243-244, 1991.

392 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 56-57.

origem para invadir o estado mais fraco, supostamente para proteção da minoria daquele país que neste residisse. Foi essa a justificativa apresentada pela Alemanha Nazista para a invasão da Polônia e da Tchecoslováquia, que estariam violando os direitos assegurados em tratados à etnia alemã residente em seus territórios³⁹³.

Outro importante fator que levou à rejeição dos direitos dos grupos minoritários pelas teorias liberais contemporâneas foi sua vinculação com o modelo de justiça racial resultante do processo de luta contra a segregação racial nos Estados Unidos. Em *Brown v Board of Education*, a Suprema Corte norte-americana derrubou o sistema de segregação educacional para crianças brancas e negras no Sul dos Estados Unidos. A partir daquele julgamento e do movimento dos direitos civis, estabeleceu-se um novo modelo de justiça racial naquele país, o qual afirma que a lei deve ser cega em relação à cor da pele (“color-blind laws”). A influência daquele julgamento, contudo, não ficou restrita às relações raciais, pois entendeu-se que ele estabeleceu um princípio a ser aplicado, por exemplo, em questões de etnicidade. Justiça, assim, passou a constituir uma questão de não discriminação e de igual oportunidade de participar nas instituições dominantes da sociedade. Nessa perspectiva, legislações que proporcionassem diferentes instituições para minorias culturais não seriam diferentes das que estabeleciam a segregação dos negros. Contudo, nada naquele julgamento autoriza afirmar que os direitos das minorias seriam incompatíveis com a igualdade liberal³⁹⁴.

Nesse sentido, tanto quanto uma educação segregada para os negros, uma educação integrada para os índios também representa um sinal de inferioridade, por não reconhecer a importância e a validade da comunidade indígena. Ou seja, a integração de uma criança índia em uma escola dominada por brancos tem os mesmos efeitos negativos que a segregação tratada em *Brown*. Em resumo, enquanto o racismo contra os negros decorre da negativa pelos brancos de que os negros também são membros plenos da comunidade, o racis-

393 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 57-58.

394 KYMLICKA, Will. Liberalism and the politicization of ethnicity. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, n. 2, 1991. p. 246-247.

mo contra os índios decorre principalmente da negativa pelos brancos de que os índios são povos distintos, com suas próprias culturas e comunidades³⁹⁵.

Além disso, baseado em parte no sucesso das liberdades de consciência e de crença em promover uma grande variedade de grupos religiosos, muitos têm afirmado que os direitos individuais propiciariam uma base sólida para promover a justiça para todos os grupos, inclusive para as minorias etnoculturais. Embora em grande medida isso esteja correto – pois as liberdades religiosa, de associação e de expressão possibilitam aos indivíduos estabelecer e preservar os diversos grupos e associações que constituem a sociedade civil³⁹⁶ –, os direitos das minorias não podem ser resumidos à categoria dos direitos humanos, que não se mostram hábeis a assegurar justiça etnocultural, resolvendo algumas das mais importantes e controversas questões relacionadas às minorias culturais³⁹⁷. Além disso, conforme já destacado, onde não há justiça etnocultural, a retórica e a prática dos direitos humanos universais podem acabar agravando a situação, contribuindo para a injusta colonização de minorias e sociedades não ocidentais³⁹⁸.

Para Kymlicka, porém, a raiz do problema acerca das minorias culturais não está nas diferentes concepções de “individualismo”: de um lado, críticos que afirmam que a teoria dos direitos humanos apresenta uma visão “atomística”, “abstrata” dos seres humanos, inapropriada para as sociedades não ocidentais de perfil mais comunitário; de outro, defensores dessa teoria, que afirmam que as noções ocidentais de individualismo não seriam “atomísticas”, pois haveria importantes similaridades de necessidades e vulnerabilidades entre as pessoas ao redor do mundo, que justificam princípios comuns de direitos humanos. Ou seja, a origem da oposição não estaria em algum conflito entre práticas locais comunitárias, estabelecidas por razões religiosas, culturais ou linguísticas, e normas de direitos humanos individualis-

395 KYMLICKA, Will. Liberalism and the politicization of ethnicity. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, n. 2, 1991. p. 247-248.

396 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998. p. 216-217.

397 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 3-4.

398 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998. p. 214.

tas. Para ele, a questão central reside no “contexto mais amplo das relações etnoculturais, dentro da qual questões de direitos humanos são debatidas”³⁹⁹.

Afirma, então, que os direitos das minorias não são apenas consistentes como a liberdade individual, como podem efetivamente promovê-la. Destaca que uma sociedade liberal não apenas possibilita às pessoas perseguirem seus atuais modos de vida, mas também lhes permite revisar radicalmente seus próprios fins. A liberdade, portanto, envolve fazer escolhas entre as várias opções de modos de vida, que não apenas são fornecidas pela cultura, mas somente pelo acesso à cultura podem ter significado para nós. Destaca, ainda, que a maioria dos liberais tem aceitado, ao menos implicitamente, a ideia de que as pessoas têm uma legítima expectativa de permanecer em suas culturas, como decorrência dos fortes laços que com elas mantêm, não lhes sendo exigível que façam o sacrifício de ter que abandoná-las – mesmo que alguns, em determinadas situações, voluntariamente o façam⁴⁰⁰.

O grupo – nacional, étnico – apresenta características e culturas comuns que envolvem diversos e importantes aspectos de nossa existência, definindo uma variedade de formas de vida, tipos de atividade, ocupações e relacionamentos, caracteres que marcam as pessoas que crescem entre os membros do grupo. Essa relação entre o indivíduo e a coletividade é de fundamental importância para a auto-identidade da pessoa, pois a participação como membro de um grupo envolve uma questão de reconhecimento mútuo: alguém somente pode pertencer a um grupo se for reconhecido pelos outros membros como integrante daquele grupo. Além disso, adesão a um grupo não é uma questão de conquista, mas de pertencimento. Ninguém necessita provar nada para si mesmo nem se destacar em algo para pertencer ou ser aceito como membro pleno de um grupo, pois o reconhecimento pelos outros não é condicional. Não escolhemos pertencer a um grupo; pertencemos em virtude de quem somos. A condição

399 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998, p. 214-215.

400 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 80-82.

de membro de um grupo, portanto, nos fornece um referencial seguro para nossa autoidentidade, servindo como nosso primeiro foco de identificação⁴⁰¹.

A cultura, em grande medida, molda nossos gostos e oportunidades, representando uma âncora para nossa autoidentidade. O bem-estar dos indivíduos depende da busca bem sucedida de metas e relacionamentos, que são culturalmente determinados. Assim, a familiaridade com uma cultura proporciona as opções significativas de escolha, estabelece “as fronteiras do imaginável”. Compartilhar uma cultura, ser parte dela, determina os “limites do factível”. Dessa forma, a continuidade, a prosperidade de uma cultura mostra-se importante para o bem-estar de seus membros⁴⁰².

Portanto, a cultura nos fornece um contexto inteligível de escolha e um sentido seguro de identidade e pertencimento, a justificar o interesse em mantermos nossa própria cultura. Dessa forma, a viabilidade das minorias culturais, às quais as pessoas estão profundamente conectadas e que contribuem para a autonomia dessas pessoas, também deve ser uma preocupação dos liberais. Considerando que o acesso à nossa própria cultura é fundamental para a liberdade individual, assegurar direitos diferenciados de grupo que garantam e promovam esse acesso desempenha um papel legítimo e fundamental numa teoria liberal de justiça⁴⁰³. O liberalismo necessita, portanto, de uma complementação, com o reconhecimento de direitos às minorias culturais⁴⁰⁴.

A teoria liberal dos direitos humanos seria predisposta a reconhecer somente o indivíduo e a sociedade como detentores de direitos, havendo pouco espaço para o reconhecimento de direitos de grupos minoritários. Estes seriam acomodados em uma daquelas categorias – indivíduo ou sociedade –, o que, em verdade, significa negar a existência de qualquer direito de grupo genuíno.

401 MARGALIT, Avishai; RAZ, Joseph. National self-determination. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 81-85.

402 Ibid., p. 85-88.

403 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 80-84.

404 VAN DYKE, Vernon. The individuals, the state, and ethnic communities in political theory. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 1-56.

Johnston⁴⁰⁵, ao analisar três faces da existência humana – a pessoa, a comunidade e a sociedade – e a extensão em que o bem-estar das pessoas está ligado aos grupos aos quais pertencem, afirma a existência de alguns direitos de grupo, que não podem ser reduzidos a direitos individuais. Entre esses, destaca o direito de autopreservação, que vem ganhando reconhecimento na esfera doméstica e no direito internacional. Compreende o direito à existência física e o direito de preservar uma identidade distinta. Segundo ele, a ânsia individualista em repudiar as reivindicações de grupos deve ser temperada com o registro das atrocidades cometidas na era moderna, como o *apartheid* e os genocídios, que demonstram a necessidade de direitos de grupos. Não se intenta, com isso, subjugar a individualidade, mas simplesmente emancipar a coletividade.

Embora afirme que uma tipologia dos direitos de grupos permanece pouco explorada, apresenta alguns princípios e ponderações pertinentes à coexistência das várias categorias de direitos. Contudo, destaca que as prescrições necessárias para a sobrevivência de um grupo são necessariamente específicas, mostrando-se temerário estabelecer uma estrutura prévia para a ponderação das categorias de direitos, em virtude dos perigos do reducionismo, da subordinação e do etnocentrismo. Enfatiza, porém, um ponto importante: os juízes devem ser conhecedores dos valores do grupo específico quando necessitarem sopesar as reivindicações conflitantes, devendo confrontar, com as premissas etnocêntricas que correspondem aos valores e interesses da sua narrativa, aqueles do grupo que formulou a demanda a ser julgada⁴⁰⁶. Nessa tarefa, conforme já destacado, ganha relevo o papel do laudo antropológico, como instrumento para compreensão dessa “narrativa” do grupo minoritário envolvido.

Kukathas apresenta forte crítica às teorias de Kymlicka, questionando a ideia de que minorias culturais tenham direitos coletivos e destaca a necessidade de reafirmar a importância dos direitos individuais. Esclarece não questionar a importância dos grupos, mas

405 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 185-188.

406 Ibid., p. 188-190.

sim a necessidade de se afastar da linguagem liberal dos direitos individuais para fazer justiça a esses grupos. Afirma que a teoria liberal efetivamente subordina as reivindicações da comunidade àquelas dos indivíduos, mas isso, segundo ele, não significaria negligenciá-las. Argumenta, a seguir, que os grupos estariam constantemente se formando e dissolvendo, e tendendo a deslocar suas fronteiras, em resposta às circunstâncias políticas e institucionais, o que denotaria sua natureza de associações de indivíduos com diferentes interesses. Alega, ainda, que, além de a composição do grupo mudar, a maioria dos grupos não se mostra sequer homogêneo em todo momento. Essas afirmações, contudo, mostram-se inconsistentes e contrárias às teorias antropológicas acerca das fronteiras dos grupos étnicos analisadas no capítulo anterior, que esclarecem que a questão central não é o conteúdo ou os integrantes do grupo – que podem mudar e efetivamente se alteram constantemente –, mas a fronteiras, também geográficas, porém eminentemente sociais que identificam o grupo. Quanto ao enquadramento dos grupos étnicos ou culturais como associações, remete-se a tudo quanto discutido nas seções anteriores deste capítulo acerca da crítica comunitarista ao liberalismo.

Questiona o mesmo autor, ainda, dois pontos centrais da teoria de Kymlicka: primeiro, que a cultura é importante porque provê-nos o “contexto de escolha”; segundo, que as minorias culturais sofrem desvantagens em virtude das desigualdades a que estão submetidas, sendo frequentemente enfraquecidas pelas decisões tomadas pela cultura majoritária. Afirma, assim, que aquela teoria seria indefensável, tanto de um ponto de vista liberal, quanto na perspectiva de alguém preocupado com os interesses das minorias culturais. Sobre o primeiro ponto, alega que, ao contrário do defendido por Kymlicka, direitos culturais não protegeriam a autonomia, pois muitas culturas não atribuem tanta importância às escolhas, à autonomia dos indivíduos. Assim, se escolha e reflexão crítica são os aspectos a serem valorizados, requer-se interferência cultural e não proteção das culturas minoritárias. Argumenta, ainda, que buscar uma maneira de liberalizar uma comunidade cultural sem destruí-la é falhar em considerar aquela cultura seriamente, pois tentar remodelá-la de acordo com os

ideais da escolha individual seria atingir a sua essência. Quanto ao segundo ponto, afirma não ser necessário abandonar ou modificar a teoria liberal para fazer justiça às minorias culturais, sendo suficiente assegurar o direito de associação e seu corolário, o direito de abandonar sua comunidade.

Esses questionamentos – ao menos nos parece – não se mostram convincentes. Primeiro, porque não apenas algumas minorias culturais podem ser apontadas como intolerantes – segundo a perspectiva do autor referido –, pois muitos países também apresentam características semelhantes. Poderia se questionar, então, se por esse motivo não deveriam esses países ver reconhecida a sua soberania na esfera internacional.

Conforme destaca Green⁴⁰⁷, essas afirmações são especulativas e permeadas de vieses que suspeitam que todas as minorias são intolerantes, quando a capacidade para a intolerância é largamente difundida. Esclarece, contudo, que nem todos pensam que essa tendência à intolerância seria mais provável em minorias culturais coesas, havendo inclusive quem afirme que ela poderia florescer mais onde as formas de vida estão deslocadas e as tradições desfeitas, como ocorre na sociedade liberal.

Por outro lado, as questões levantadas parecem fundadas em uma concepção que associa a proteção de uma minoria cultural com a imutabilidade de seus traços culturais. Como já referido, essa concepção, que conflita com as teorias antropológicas analisadas neste trabalho, ignora que o fenômeno cultural é algo dinâmico, em constante transformação. Preservar uma minoria cultural – em verdade, um grupo etnocultural –, não implica congelá-la no tempo, como uma fotografia de um passado distante que não existe mais.

Sobre a alegação de que o modelo liberal seria suficiente para uma adequada proteção das minorias culturais, tudo quanto apresentado neste trabalho sobre extermínio, genocídio, expulsões e assimilações forçadas a que foram submetidos esses grupos – em grande parte, sob

407 GREEN, Leslie. Internal minorities and their rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 267.

o império liberal –, não apenas em nosso país, mas em todo o mundo, parece não deixar dúvidas de que algo mais se mostra necessário.

Quanto ao ponto relativo às minorias internas a uma minoria cultural e o direito de abandono, essa questão é abordada mais adiante, ao se analisar o direito de autodeterminação do grupo, quando se pretende demonstrar que apenas a possibilidade de se desligar de uma comunidade não se mostra suficiente para a adequada proteção da autonomia e da identidade de seus membros.

Gomes da Silva⁴⁰⁸, embora destaque a pertinência do tema dos direitos genuinamente coletivos na discussão sobre os direitos dos índios – especialmente diante do reconhecimento normativo desse tipo de direito nas constituições de alguns países da América Latina – aponta uma inadequação na teoria de Kymlicka, relativa ao argumento de que os direitos diferenciados conferidos aos povos indígenas decorreriam de sua condição de minoria nacional, quando, em sua visão, a titularidade desses direitos coletivos reside em sua qualidade de sociedades indígenas e não apenas de uma minoria. Segundo ele, essa identificação automática das sociedades indígenas com as minorias seria um traço marcante de uma argumentação ainda impregnada de ocidentalização, que coloca em campos opostos sociedades tradicionais e sociedade ocidental, decorrência da insuficiência teórica do liberalismo e de sua noção de cultura.

Em relação a esse último aspecto, tudo quanto analisado na primeira parte deste capítulo parece corroborar a apontada insuficiência teórica do liberalismo, que, em sua versão tradicional – e mesmo sob o viés igualitário –, não se mostra adequada a enfrentar grande parte das questões atinentes aos direitos dos índios. Mas isso é justamente o que leva Kymlicka a buscar suplementar a teoria liberal, com o reconhecimento de direitos diferenciados aos povos indígenas, abrindo novas perspectivas para a análise de diversas situações para as quais o liberalismo não teria outra resposta que não a neutralidade, que, para esses povos, tem sido sinônimo de invisibilidade e extermínio.

408 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 123.

Por outro lado, conforme o próprio Kymlicka⁴⁰⁹ esclarece, não há uma concordância universal sobre uma tipologia para categorizar os grupos etnoculturais. Sua opção, portanto, em incluir os povos indígenas entre os “grupos nacionais” – na denominação mais recente por ele empregada – decorre de importantes características comuns apresentadas por esses povos e os demais “grupos etnoculturais” – que também fazem parte daquela categoria, pois compartilham a aspiração de autogoverno em sua pátria histórica –, que os apartam dos denominados “grupos minoritários”, em que incluídos os imigrantes, por exemplo. Contudo, ele próprio reconhece que os povos indígenas e os demais grupos etnoculturais diferem em outros importantes aspectos, analisados em trabalhos daquele autor, alguns dos quais referidos neste estudo.

Assim, erguida sob as bases liberais, certamente a teoria de Kymlicka não se mostrará imune a críticas relacionadas, principalmente, a possíveis atomismos e etnocentrismos. Contudo, essa constatação não retira – ao menos nos parece – a potencialidade dessa teoria para enfrentar diversas situações conflituosas acerca dos direitos dos índios, conforme se passa a expor.

Além disso, conforme analisado ao longo deste estudo, diversas constituições, tratados internacionais e decisões de cortes internacionais e de tribunais nacionais denotam clara e expressamente o reconhecimento de direitos às minorias culturais – aos grupos etnoculturais –, em especial aos povos indígenas, reforçando a potencialidade da teoria de Kymlicka à análise das questões envolvendo os direitos desses povos.

409 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. p. 16-17. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016.

Capítulo 3 – Direitos do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina

3.1 AUTODETERMINAÇÃO

Conforme esclarece Anaya⁴¹⁰, as reivindicações formuladas por grupos étnicos e minorias nacionais podem ser agrupadas em duas categorias. Numa delas, incluem-se as demandas relativas a não discriminação e igual tratamento para os membros do grupo no âmbito da sociedade abrangente. Trata-se de questões ampla e profundamente inseridas, já há muitas décadas, em diversas declarações e convenções internacionais⁴¹¹ – e também internalizadas no ordenamento jurídico da grande maioria dos países –, sendo uma das preocupações centrais da pauta dos direitos humanos universais.

Em outra categoria encontram-se as reivindicações desses grupos por algum grau de separação ou autonomia do restante da população do estado em que inseridos, questões que guardam relação direta com a necessidade de atribuição de direitos a grupos étnicos e minorias nacionais⁴¹² – conforme discutido no capítulo anterior deste trabalho – e que têm recebido grande atenção do direito internacional nas últimas décadas⁴¹³.

Com relação a essa segunda categoria de reivindicações, as demandas por autonomia têm sido formuladas a partir de duas abordagens. Uma primeira, em que a autodeterminação é invocada para restaurar a soberania de uma comunidade histórica, que corresponde aproximadamente ao atual grupo requerente. Destaca, contudo, que

410 ANAYA, James. The capacity of international law to advance ethnic or nationality rights claims. *Iowa Law Review*, n. 75, 1990. p. 837.

411 Entre outros: *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (internalizado no país pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992) e Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (internalizado no país pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969).

412 ANAYA, op. cit., p. 838.

413 KYMLICKA, Will. Theorizing indigenous rights. *University of Toronto Law Journal*, n. 49, 1999. p. 283.

essa abordagem não tem recebido acolhida do direito internacional⁴¹⁴. Além disso, no caso dos povos indígenas, a reivindicação está mais voltada a um rearranjo de suas relações com os estados existentes, a partir de uma concepção de autodeterminação que estabeleça limites à soberania estatal, e não de redefinição de fronteiras, quando então seria apropriada uma demanda baseada em soberania histórica⁴¹⁵.

Numa outra abordagem, a autodeterminação surge no direito internacional a partir de uma expansão das preocupações dos direitos humanos, posicionando-a como um direito fundamental que se liga coletivamente a grupos étnicos ou minorias culturais. No contexto das reivindicações contemporâneas dos grupos étnicos por autonomia, em especial no caso dos povos indígenas, a autodeterminação apresenta-se vinculada à ideia de integridade cultural, vista como fundamental para preservar a cultura e o modo de vida desses grupos. Nesse sentido, a autodeterminação não é vista como um direito a formar um estado independente, mas entendida como o direito dos grupos étnicos e das minorias culturais às instituições políticas necessárias a sua existência e desenvolvimento, de acordo com suas distintas características⁴¹⁶.

A questão central da autodeterminação, contudo, não é preservar um suposto isolamento cultural ou um modo estático de vida, mas sim assegurar termos justos de interação com o estado e permitir que os povos indígenas decidam, por eles próprios, quando e como irão tomar emprestados elementos de outras culturas⁴¹⁷.

Um novo modelo, assim, estaria emergindo da interação das demandas indígenas e das respostas dos governos a essas demandas. Um modelo que vê os povos indígenas como distintos, mas simultaneamente fazendo parte dos tecidos sociais dos estados em que vivem. Nesse modelo, a autodeterminação não é alcançada necessariamente pela criação de um estado indígena soberano, mas pelo desenvolvi-

414 ANAYA, James. The capacity of international law to advance ethnic or nationality rights claims. *Iowa Law Review*, n. 75, 1990. p.838-841.

415 KYMLICKA, Will. Theorizing indigenous rights. *University of Toronto Law Journal*, n. 49, 1999. p. 286.

416 ANAYA, op. cit., p. 841-842.

417 KYMLICKA, op. cit., p. 287.

mento consensual de arranjos específicos que assegurem para os povos indígenas ambas as esferas: uma, de autogoverno adequado a seus padrões históricos relevantes; outra, relativa a direitos de participação nos processos políticos dos estados em que eles vivem⁴¹⁸.

Embora o direito internacional historicamente tenha sido cúmplice nos processos de colonização, sustentando a soberania dos estados colonizadores em relação aos povos indígenas e a supressão dos sistemas jurídicos indígenas, mudanças significativas ocorreram nas últimas décadas no regramento internacional dessa matéria⁴¹⁹.

Como esclarece Kymlicka, apesar de a própria Carta das Nações Unidas de 1948 estabelecer, já em seu artigo 1º, o princípio da autodeterminação dos povos⁴²⁰, tal previsão vinha sendo entendida como aplicável apenas às colônias ultramarinas, não às minorias nacionais internas, mesmo quando estas estavam submetidas ao mesmo tipo de colonização e conquista que aquelas colônias⁴²¹.

Com a promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966⁴²², o artigo 27 daquela convenção⁴²³ passou a ser empregado como instrumento para preservação da integridade cultural dos povos indígenas, que envolve garantias relativas a autogoverno, suas terras tradicionais e suas instituições culturais⁴²⁴. Conforme destaca Anaya, as normas de não discriminação, no caso dos indígenas, vão muito além de assegurar as mesmas liberdades civis e políticas ou o mesmo acesso a programas de assistência social do Estado concedidos aos demais cidadãos, devendo assegurar também o direito

418 ANAYA, James. Indigenous law and its contribution to global pluralism. *Indigenous Law Journal*, v. 6, n. 1, 2007. p. 9.

419 ANAYA, op. cit., p. 4-5.

420 NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

421 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 27.

422 Internalizado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

423 “ARTIGO 27 - Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

424 KYMLICKA, Will. Theorizing indigenous rights. *University of Toronto Law Journal*, n. 49, 1999. p. 283-285.

dos grupos indígenas de manter e desenvolver livremente sua identidade cultural, em coexistência com outros segmentos da humanidade. Esses direitos foram reafirmados e aprofundados em 1992, na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas⁴²⁵. Posteriormente, em 2002, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) adotou a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural⁴²⁶, proclamando, em seu artigo 4º:

Artigo 4 – Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

Contudo, foi com a edição da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁴²⁷ que se obteve a afirmação internacional mais importante e específica acerca da integridade cultural indígena e da identidade de grupo. Já em seu preâmbulo, a convenção reconhece “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. A convenção apresenta diversos dispositivos que visam promover a integridade cultural indígena, reconhecendo expressamente o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, regulando seu direito à terra e aos recursos naturais ali existentes, vedando quaisquer formas de discriminação, além de determinar, de forma geral, o respeito às aspirações dos indígenas em todas as decisões que os afetem⁴²⁸.

425 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 19-21.

426 UNESCO. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2016.

427 Internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

428 ANAYA, op. cit., p. 23-24.

Em sentido semelhante, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴²⁹, de 2007, afirma “a importância fundamental do direito de todos os povos à autodeterminação, em virtude do qual estes determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Assegura expressamente o direito dos povos indígenas “à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas”, estabelecendo, no mesmo sentido da Convenção nº 169 da OIT, diversos dispositivos que visam assegurar a integridade cultural desses povos. Disposições semelhantes constam, ainda, da recente Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em junho deste ano pela Organização dos Estados Americanos (OEA)⁴³⁰.

No âmbito interno, além das normas internacionais acima referidas já internalizadas em nosso país, a Constituição Federal de 1988 assegura, por meio do art. 210, § 2º, e do art. 209, § 1º, a proteção da integridade cultural dos povos indígenas, reconhecendo, no art. 231, o direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, aspectos fundamentais para assegurar a autodeterminação desse povos.

Há, assim, um amplo reconhecimento, não apenas por parte de teorias da filosofia política, mas principalmente pelo Direito Internacional, pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internalizados no país, quanto à autodeterminação dos povos indígenas – com seus subsequentes lógicos de autonomia e autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais –, necessária à proteção da integridade cultural desses povos. Trata-se de aspecto fundamental para assegurar a identidade desses grupos étnicos e a própria auto-identidade de seus membros, segundo seus horizontes de significado, preservando seus contextos inteligíveis de escolha, de forma a possibilitar o pleno exercício de sua autonomia.

429 NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

430 OEA. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>>. Acesso em: 6 out. 2016.

3.1.1 Autonomia e autogoverno

No caso do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina, com o processo de retomada e demarcação de suas terras tradicionais – ou pela aquisição de área para alocar um grupo indígena, como é o caso da Aldeia Condá –, essa prerrogativa de autogoverno tem sido exercida em grande medida por meio das lideranças Kaingang de cada uma das áreas indígenas localizadas nesta região, em uma grande variedade de questões relacionadas aos assuntos internos dessas comunidades.

Parte significativa das questões administrativas e jurídicas nas terras indígenas passam pelo cacique, que soluciona os conflitos auxiliado por seu vice e pelo grupo de lideranças, por ele indicadas. O apoio das lideranças, em especial do “capitão” e daqueles que compõem uma espécie de “polícia do cacique”, é fundamental nas questões que demandam a aplicação de penas tradicionais⁴³¹, mais adiante examinadas.

Conforme esclarece D’Angelis⁴³², essa figura do “capitão”, como uma das lideranças dos grupos Kaingang do Oeste de Santa Catarina, tem sua origem na política do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), a partir da década de 1950, de exploração da madeira das terras indígenas da região, vendida para madeireiras. Para a repressão dos índios que se opusessem ou questionassem as vantagens dessa exploração de suas florestas nativas, o SPI passou a formar “guardas indígenas”, com hierarquia militar e, às vezes, até com o uso de uniformes. Esses grupos, compostos por “soldados”, “cabos”, “sargentos” e “capitães”, garantiam a obediência dos demais índios, tanto em relação a esse verdadeiro “roubo” de madeira das terras indígenas, quanto para o trabalho na “roça do Posto”⁴³³.

Nesse período, a própria representatividade do termo “cacique” foi de certa forma transfigurada em virtude dessas “patentes militares”, cujo emprego se perpetuou entre os Kaingang ao longo do

431 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vénh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 164.

432 D’ANGELIS, Wilmar da Rocha. Para uma história dos índios do oeste catarinense. *Cadernos do CEOM*, Chapecó, Ano 19, n. 23, 1989. p. 327.

433 D’ANGELIS, op. cit., p. 327.

século XX, pois, ainda que exercessem alguma influência entre os indígenas, estavam os caciques diretamente subordinados ao poder do encarregado do posto do SPI⁴³⁴. Atualmente, contudo, percebe-se uma influência cada vez menos expressiva das coordenações da FUNAI nos assuntos internos dos Kaingang – inclusive pela falta de recursos e deficiências de pessoal daquela autarquia –, assumindo os caciques e suas lideranças, em grande medida, o efetivo comando das questões internas de suas comunidades.

Segundo Ramos⁴³⁵, embora os Kaingang possuam um poder centralizado, este não é hereditário nem vitalício, “mas variável de acordo com as capacidades de cada líder, sendo, portanto, uma forma de poder circunstancial”, marcado pela segmentariedade e pelo “faccionalismo”. Esclarece que, no passado, eram constantes as rivalidades surgidas entre grupos e também dentro de um mesmo grupo político, de modo que a guerra estava presente no cotidiano e no próprio modo de vida dos Kaingang. Nesse período, quando ainda havia grande disponibilidade de territórios, as disputas pelo poder entre grupos ou no interior do mesmo grupo – quando não levavam à incorporação ou ao extermínio dos adversários – resultavam na expulsão dos derrotados, que se uniam a outros grupos políticos, ou então se distribuíam pelo território, formando novos grupos ou parcialidades. Essas características de segmentariedade e faccionalismo foram potencializadas em diversos momentos pela presença dos colonizadores, que muitas vezes estimularam as guerras intertribais, buscando utilizá-las em seu favor.

Na atualidade, com o processo de territorialização – aldeamento e demarcação de áreas reduzidas para os Kaingang –, não havendo mais disponibilidade de extensos territórios que possam acomodar as rivalidades surgidas, tornaram-se frequentes os conflitos por disputas de poder dentro das terras indígenas, resultando muitas vezes em violência e até na morte de índios. Em algumas dessas situações, as deno-

434 BRINGMAN, Sandor Fernando. *Entre os índios do Sul: uma análise da atuação indigenista do SPI e de suas propostas de desenvolvimento educacional e agropecuário nos Postos Indígenas Nonoai/RS e Xapecó/SC (1941-1967)*. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal da Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

435 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

minadas penas de “transferência” – analisadas mais adiante – têm sido empregadas pelos caciques visando o afastamento de seus adversários ou de lideranças derrotadas nessas disputas pelo poder.

Sob o argumento de assegurar maior estabilidade política ao grupo, prevenindo conflitos e violência, os Kaingang têm promovido eleições para a escolha de seus representantes. Segundo Ramos⁴³⁶, trata-se de influência dos agentes governamentais que atuavam junto a esses grupos indígenas, sobretudo do extinto SPI e da FUNAI, que levou muitas dessas comunidades a se apresentarem “como organizadas nos mesmos termos que a sociedade nacional e como exímias cumpridoras das leis brasileiras”, procurando em tudo se equiparar à sociedade envolvente. Destaca, contudo, que as diferenças entre esse novo modelo e as formas passadas de acesso ao poder entre os Kaingang – em que caciques se projetavam por suas características guerreiras, sua rede de parentesco, sua capacidade de tramar e de encontrar adeptos – residem mais nas aparências, pois a legitimidade de um cacique continua sendo construída no cotidiano das relações comunitárias.

Assim, já há alguns anos os Kaingang do Oeste catarinense vêm realizando eleições para a escolha de seus caciques, em geral para mandatos de quatro anos. Embora o cacique e suas lideranças, uma vez no poder, sejam considerados por suas comunidades como autoridades, devendo ser respeitados como tal, se as atitudes do cacique passam a desagradar a comunidade, até mesmo seus correligionários começam a criticá-lo, não sendo as fidelidades estanques, incondicionais, podendo inclusive levar à destituição das lideranças⁴³⁷. Situação dessa natureza ocorreu no início deste ano na Aldeia Condá, em que a insatisfação de grande parte da comunidade em relação à atuação do cacique gerou conflitos, violência e questionamentos quanto à legitimidade das lideranças, resultando na realização de uma nova eleição, em que houve a escolha de um novo cacique⁴³⁸.

436 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília. p. 172-173.

437 Ibid., p. 171-172.

438 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000409/2015-02*. Instaurado em: 26/11/2015.

Em outra eleição, agora para cacique da Terra Indígena Toldo Chimbangue, realizada também neste ano, houve uma inovação no processo de votação, com o uso de urnas eletrônicas cedidas pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. A utilização do equipamento eletrônico, no lugar dos tradicionais grãos de feijão e milho associados a cada um dos candidatos, visou assegurar maior segurança e lisura ao pleito, evitando também questionamentos acerca do processo de apuração. Cabe destacar que os indígenas da região já há algum tempo participam intensamente dos pleitos conduzidos pela Justiça Eleitoral, não apenas como eleitores, mas também concorrendo a mandatos eletivos. A iniciativa, realizada com o apoio da FUNAI, teve ampla aceitação por parte da comunidade – alguns poucos anciões questionaram a inovação – e manifestação favorável do perito em antropologia da Procuradoria da República em Santa Catarina, transcorrendo sem registro de qualquer incidente. Na ocasião, o então cacique foi reeleito com cerca de 60% dos votos válidos⁴³⁹.

Trata-se de mais um exemplo da apropriação, por parte do povo indígena, de elementos culturais da sociedade envolvente, resignificados segundo seus cânones culturais, e que não compromete sua identidade como grupo étnico diferenciado: os Kaingang continuam sendo Kaingang, mesmo quando escolhem seus caciques utilizando-se de urnas eletrônicas.

Os caciques eleitos têm sido reconhecidos como lideranças e efetivos representantes desses grupos, não apenas por seus membros, mas também por todos os órgãos do estado com que mantêm relação, sendo a posição do cacique, em regra, vista como representativa do conjunto da comunidade indígena. Nesse sentido, como legítimo representante de seu grupo, ao cacique têm sido direcionadas as intimações da Justiça Federal e as notificações e recomendações do Ministério Público Federal. Também tem o cacique discutido e assinado termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público Federal na defesa dos direitos dos índios, formulando ainda diversos pleitos de sua comunidade perante variados órgãos das três esferas do Executivo.

439 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000281/2015-79*. Instaurado em: 15/07/2015.

Porém, algumas decisões tomadas pelos caciques, relativas a questões internas do grupo, têm sido objeto de representações ao Ministério Público Federal ou questionadas perante o Judiciário, ao fundamento justamente de violação aos direitos humanos. São exemplos, a aplicação de penas de “transferência” e a negativa, por parte do cacique, de ingresso de determinados membros do grupo na função de professor em escolas indígenas. Em muitas dessas situações, as decisões dos caciques apresentam clara motivação política, envolvendo disputas pelo poder, conforme analisado mais adiante.

Contudo, a par da legitimidade ou não das decisões tomadas pelo cacique, muitas dessas intervenções judiciais acabam resultando em maior fragmentação do grupo indígena, enfraquecendo o poder interno das lideranças e fomentando ainda mais o já característico faccionalismo Kaingang, gerando algumas vezes conflitos bastante violentos e que já levaram inclusive à morte de indígenas⁴⁴⁰. Acabam, assim, gerando efeitos mais danosos do que os males que pretendiam combater.

Tal quadro mostra a importância do respeito à autodeterminação do povo Kaingang, denotando a necessidade de se buscar restringir as intervenções estatais – seja por parte do Judiciário, do Ministério Público, de órgãos policiais, ou até mesmo por parte da FUNAI – ao mínimo estritamente necessário nas questões internas dos grupos Kaingang. E mesmo quando essa intervenção mostre-se imprescindível, deverá preferencialmente ser precedida de estudo antropológico que permita uma adequada compreensão do caso, possibilitando que a atuação estatal se dê de forma respeitosa e dialógica, desprovida, na maior medida possível, de etnocentrismos e preconceitos em relação aos índios, e pressupondo o igual valor de sua cultura.

Essas intervenções do sistema jurídico nacional têm ensejado também a elaboração de “regimentos internos”, espécie de leis orgânicas das comunidades indígenas, como forma de responder aos questionamentos das autoridades do estado brasileiro, buscando os caciques e lideranças, por meio desses instrumentos, escapar de eventual

440 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5001470-37.2012.4.04.7202*. Ação Cível. Autores: Adilson Jorge Ferreira e outros. Réus: FUNAI e outros. Chapecó, 27 de fevereiro de 2012.

responsabilização por atos que tenham praticado. Esses documentos regulamentam desde as eleições para cacique, passando por regras sobre os direitos das mulheres, normas de conduta dos membros da comunidade, atribuições do cacique e das lideranças, até a disciplina das penalidades tradicionais⁴⁴¹. Há, contudo, questionamentos acerca do efetivo debate interno pelas comunidades envolvidas na elaboração desses documentos, bem como quanto a eles refletirem adequadamente os costumes e tradições Kaingang⁴⁴².

Com relação à autodeterminação e à garantia dos direitos dos grupos étnicos e das minorias culturais, Kymlicka⁴⁴³ aborda outro importante aspecto. Destaca a impossibilidade de se estabelecer uma fórmula única para definir quais direitos de autogoverno devem ser conferidos a quais grupos, como decorrência da própria diversidade desses grupos, seus diferentes contextos históricos e variadas vulnerabilidades e desvantagens por eles enfrentadas. Dessa forma, muitas questões conflitantes terão que ser resolvidas no caso concreto, por meio de negociações de boa-fé, no jogo político democrático, o que traz à tona o processo de tomada de decisões, por meio do qual os direitos desses grupos são definidos e interpretados. Para que esse sistema seja considerado justo, pressupõe-se, entre outras coisas, que os interesses e as perspectivas das minorias sejam ouvidas e levadas em consideração. Ou seja, devem existir instrumentos que assegurem voz aos grupos minoritários, o que leva à discussão quanto à representação desses grupos no Legislativo e as possibilidades efetivas de questionamento de legislações a eles desfavoráveis perante os tribunais.

Nesse aspecto, considerando a situação específica dos povos indígenas em nosso país e, em especial, o contexto do povo Kaingang do

441 Nesse sentido: o Regimento Interno da Comunidade Indígena Toldo Chimbangue (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5001470-37.2012.404.7202*. Ação Cível. Autores: Adilson Jorge Ferreira e outros. Réus: FUNAI e outros. Chapecó, 27 de fevereiro de 2012. Evento 85 – OUT4) e o Regimento Interno da Terra Indígena Xaçepé. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5002762-52.2015.404.7202*. Ação Cível. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Alexandre Barbosa e outros. Chapecó, 13 de abril de 2015. Evento 35 – OUT3).

442 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Věnh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 190.

443 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 131-151.

Oeste de Santa Catarina, uma outra perspectiva precisa ser analisada, relativa à participação de representantes desses povos nas instâncias da burocracia estatal diretamente relacionadas aos seus interesses. Dessa forma, parece fundamental que se comece a pensar em uma efetiva e relevante participação dos índios nas esferas de decisão e na gestão, por exemplo, da educação escolar e do sistema de saúde indígenas, bem como na própria autarquia incumbida da implementação da política indigenista no país. Até hoje, ao que se evidencia, todas as políticas públicas acerca dos direitos dos povos indígenas têm sido definidas e planejadas por não indígenas e, portanto, sem considerar adequadamente os interesses e as perspectivas desses povos⁴⁴⁴.

Nesse sentido, o artigo 14 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê o direito desses povos de “estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativos, que ofereçam educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem”.

3.1.2 Direitos das minorias internas e questões de gênero

Os direitos das minorias – étnicas, culturais, religiosas, entre outras – asseguram prerrogativas desses grupos em relação à maioria. Contudo, essas minorias raramente são perfeitamente homogêneas, contendo elas próprias outras minorias, as minorias internas ao próprio grupo. Assim, a autodeterminação, em especial a autonomia e o autogoverno assegurados aos grupos minoritários, pode acabar resultando em perseguições a dissidências e minorias internas, de forma semelhante com que a soberania dos estados e o princípio de não intervenção em suas questões internas muitas vezes constituem uma blindagem às violações de direitos humanos intentadas pelos governos nacionais⁴⁴⁵.

Conforme destaca Green⁴⁴⁶, a teoria e a prática liberal tem protegido a família de interferências do estado, mas raramente protege

444 Não se tem conhecimento, por exemplo, que nenhum indígena tenha, em algum momento, assumido a presidência ou algum dos cargos de maior importância da FUNAI.

445 GREEN, Leslie. Internal minorities and their rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 257.

446 Ibid., p. 258-262.

as mulheres e as crianças das agressões da própria família; assegura a liberdade religiosa, mas permite que as religiões muitas vezes oprimam seus membros. Muitos liberais ignoram os riscos da tirania social, supondo que a questão central seja propiciar condições de liberdade em que os diversos grupos poderão florescer, não interferindo nas questões internas a esses grupos. Contudo, argumenta que, se grupos minoritários detêm direitos específicos em relação à maioria, então, idênticos direitos também devem ser reconhecidos às minorias internas a esses grupos.

Segundo Kymlicka⁴⁴⁷, essa discussão envolve duas concepções sobre o valor fundamental na teoria liberal. Uma primeira, para a qual a tolerância é vista como o maior valor, incluída aí a tolerância em relação a grupos não liberais, desde que assegurado o direito de saída, de abandonar o grupo; e outra, que afirma ser a autonomia o valor liberal básico. Nessa última perspectiva, um estado liberal deve assegurar que todos os cidadãos tenham as liberdades e recursos necessários a tomar decisões informadas acerca da boa vida, incluindo aí o direito a questionar e revisar práticas culturais tradicionais.

Dois são os argumentos pelos quais se pretende negar os direitos das minorias internas frente ao seu grupo: um primeiro afirma que, se os membros de uma minoria interna não consideram adequada a forma como estão sendo tratados pelo grupo, eles podem exercer seu poder de saída e simplesmente abandonar esse grupo; outro alega que a relação entre a minoria interna e o grupo difere daquela entre o grupo e a maioria. O grupo seria relativamente impotente perante a maioria, o que não aconteceria no caso das minorias internas, que, assim, não deteriam direitos em relação ao seu próprio grupo⁴⁴⁸.

Sobre o primeiro argumento, Green⁴⁴⁹ afirma que é arriscado, doloroso e desorientador arrancar alguém de sua religião ou cultura. A mera existência da possibilidade de saída não é suficiente para tornar essa opção razoável nem para fulminar os direitos dessas minorias

447 KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 15.

448 GREEN, Leslie. Internal minorities and their rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 262-264.

449 *Ibid.*, p. 264-267.

internas. Ou seja, se uma determinada estrutura social é injusta, ela não pode se tornar justa simplesmente por se tornar evitável.

Conforme analisado no capítulo anterior, o reconhecimento como membro de um grupo é fundamental para a identidade. Essa exigência de reconhecimento decorre dos vínculos entre reconhecimento e identidade, entendida esta como “uma compreensão de quem somos, de nossas características fundamentais como seres humanos”. Como visto, nossa identidade é moldada em grande parte pelo reconhecimento – muitas vezes pela ausência do devido reconhecimento. Portanto, propiciar às dissidências e às minorias internas apenas a prerrogativa de se retirar do grupo que as oprime pode configurar uma profunda violação à dignidade dos integrantes desses subgrupos, causando-lhes graves danos. A saída do grupo em decorrência de uma situação de opressão impacta negativamente a autoidentidade do indivíduo, seus contextos inteligíveis de escolha, comprometendo o pleno exercício da autonomia da pessoa.

Em relação à segunda alegação, afirma Green que os grupos minoritários se fazem ouvir mais claramente e tornam-se mais fortes quando mostram-se organizados e disciplinados frente à maioria. Contudo, ao fazerem isso, geralmente acabam por silenciar e enfraquecer suas minorias internas. Em decorrência desse processo, as minorias internas posicionam-se entre os grupos mais vulneráveis da sociedade. Se a situação dos grupos minoritários é ruim, a de suas minorias internas é ainda pior, pois não têm que se defender apenas da maioria que oprime seu grupo minoritário, mas também da opressão por parte dos membros de seu próprio grupo⁴⁵⁰.

Nessa perspectiva, os direitos dos grupos minoritários podem conflitar muitas vezes com os direitos de seus membros como integrantes de uma minoria interna. Nessas situações, assegurar os primeiros pode significar a opressão da minoria interna. Por outro lado, dar prevalência aos direitos da minoria interna pode significar o enfraquecimento de sua comunidade perante a maioria⁴⁵¹.

450 GREEN, Leslie. Internal minorities and their rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 267-268.

451 Ibid., p. 269.

Essa discussão acerca dos direitos das minorias internas se insere em um debate mais amplo no âmbito da filosofia política, acerca de a autonomia ou a tolerância ocupar o lugar de destaque na teoria liberal. Ao basear o liberalismo na autonomia, corre-se o risco de alienar os grupos minoritários e minar a sua lealdade às instituições liberais, enquanto um liberalismo centrado na tolerância pode proporcionar uma base mais ampla e segura para a legitimidade do governo. Por outro lado, a ênfase na tolerância acaba por abandonar a preocupação liberal tradicional com a liberdade de escolha individual, ameaçando condenar os indivíduos ou as minorias internas a seus papéis tradicionais, com os quais eles podem não mais estar satisfeitos ou que podem até mesmo configurar uma situação de opressão⁴⁵².

Não há, portanto, respostas simples para esses conflitos, que deverão ser avaliados no caso concreto e segundo as circunstâncias envolvidas. Nessa análise, deverá ser considerada a necessidade de preservar a estrutura cultural do grupo do efeito desintegrador das escolhas formuladas pelas pessoas de fora, mas também a importância de propiciar que cada um de seus membros seja livre para formular suas escolhas, a menos que restrições sejam necessárias, em situações excepcionais de vulnerabilidade cultural, quando a sobrevivência do grupo poderá se mostrar preponderante⁴⁵³.

Embora não envolvam exatamente uma minoria – pois as mulheres hoje representam o grupo majoritário da população –, algumas questões de gênero no âmbito do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina se inserem nessa análise dos direitos das minorias internas, enquanto segmentos submetidos a alguma forma de opressão.

Uma primeira questão, frequentemente debatida entre os Kaingang da região, diz respeito à situação da mulher que se casa com um “branco” e os reflexos em seu *status* como membro da comunidade. Segundo a tradição Kaingang, enquanto os homens podem permanecer na aldeia quando se casam com “brancas”, as mulheres

452 KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 15.

453 GREEN, Leslie. Internal minorities and their rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 269.

devem se retirar da terra indígena ao se casarem com “brancos”⁴⁵⁴. Contudo, embora aquela seja a regra, são frequentes os comentários sobre situações em que mulheres Kaingang e seus cônjuges “brancos” foram autorizados a permanecer residindo na terra indígena. Em algumas dessas situações, os comentários são de que haveria um parentesco entre lideranças e a mulher Kaingang que é autorizada a permanecer na área indígena. Esse tratamento distinto entre homens e mulheres tem sido questionado por muitas índias que se casam com “brancos” e querem continuar morando na terra indígena.

Fato semelhante foi analisado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em que uma mulher índia – Sandra Lovelace –, nascida e criada em uma aldeia do Canadá, foi impedida de voltar a residir na área indígena, por ter se casado com um homem não índio. Em sua demanda, ela questionava a lei canadense que negava o *status* de índia e diversos benefícios a qualquer mulher que se casasse com um não índio, alegando violação a vários dispositivos da constituição canadense, entre eles os artigos que vedam a discriminação sexual, pois semelhante previsão não havia em relação aos indígenas homens. A decisão, embora favorável à demandante, não se baseou na alegada discriminação, mas no argumento de que seu direito de acesso à cultura e à língua nativa somente poderia ocorrer naquela comunidade⁴⁵⁵.

Outra questão de gênero envolve a posição de cacique que, segundo a tradição Kaingang, somente pode ser ocupada por homens. Ramos afirma que, quanto a esse aspecto, os Kaingang não são igualitários, apresentando o homem um *status* superior e mais direitos que as mulheres. Além disso, “tratando-se de uma sociedade cujo *ethos* é guerreiro e, portanto, masculino, as mulheres têm acesso restrito às esferas formais do poder político”⁴⁵⁶. Veiga, assim, afirma acreditar

454 ALMEIDA, Ledson Kurtz. *Análise antropológica das igrejas cristãs entre os Kaingang baseada na etnografia, na cosmologia e dualismo*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 55.

455 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 22.

456 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vénh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 161.

que “as mulheres Kaingang jamais desempenharão o papel de cacique, embora percebam muito mais rapidamente os problemas da comunidade e as soluções possíveis para os impasses”⁴⁵⁷.

Embora esse quadro esteja passando por mudanças, em virtude de muitas mulheres Kaingang serem hoje estudantes universitárias, várias delas já tendo concluído esses cursos, passando a olhar para suas realidades a partir de outros pontos de vista, não se vislumbra que possam as esferas burocráticas do estado – Justiça, Ministério Público, FUNAI, entre outros – promover intervenções nas questões internas visando alterar esse quadro de desigualdade nas relações de gênero, salvo nas situações em que o tratamento não igualitário em relação a alguma mulher Kaingang decorra de arbitrariedade ou perseguição por parte do cacique ou de outras lideranças, ou, especialmente, nos casos que envolvam violência ou risco à integridade física ou à própria vida de mulheres Kaingang. Ademais, intervenções açodadas, sem um necessário esforço de compreensão da outra cultura, têm levado – conforme já destacado – a situações que potencializam ainda mais o faccionalismo Kaingang, agravando muitas vezes os conflitos que se pretendia aplacar.

Cabe ainda destacar que, apesar de não participarem das esferas formais de poder, as mulheres Kaingang exercem forte influência nas decisões e rumos de suas comunidades, pois, entre outros fatores, os homens Kaingang têm grande preocupação com a opinião e a reação de suas mulheres em relação às atitudes e decisões por eles tomadas⁴⁵⁸. Assim – ao menos nos parece –, as mudanças nas relações de gênero entre os Kaingang devem ocorrer segundo o que os próprios indígenas forem estabelecendo, conforme seus padrões culturais específicos – e não exatamente segundo a perspectiva de igualdade de gênero da sociedade envolvente –, em especial a partir das reivindicações e dos movimentos que as mulheres Kaingang começam a formular e protagonizar.

457 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 99.

458 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 163.

Um último aspecto a ser destacado e que guarda relação com questões de gênero diz respeito às concepções dos Kaingang acerca da descendência. Para eles, o filho é percebido substancialmente como vinculado ao pai, gerado a partir do corpo e do sêmen do homem, apenas gestado pela mulher. Assim, em caso de separação, os filhos ficam com o marido, pois integram a metade dele⁴⁵⁹. Apenas se o pai não os reivindicar, continuam na casa e são criados pelos avós maternos⁴⁶⁰, que considerariam estar fazendo um favor para o genro⁴⁶¹.

Nesse contexto, Ramos⁴⁶² relata caso ocorrido em uma terra indígena do Paraná, de uma mulher Kaingang que se separou do marido – o qual discordava da separação – e que, pretendendo mudar-se da terra indígena, informou ao ex-marido que desejava levar com ela os filhos do casal. Diante da negativa do ex-marido, levou o caso às lideranças locais, que lhe negaram o direito, sob a alegação de que os filhos pertencem ao pai e à família originária deste. O caso foi levado ao juízo estadual, que, ao final do processo, concedeu a guarda do filho à sua mãe, segundo as normas do direito civil. Houve manifestações contrárias no Fórum, que ficou lotado de Kaingang que questionavam o que fora decidido pelo Judiciário. A decisão judicial, contudo, nunca pôde ser cumprida, diante da forte resistência da família do pai, que foi apoiado pela liderança. A mulher deixou a terra indígena sem levar seus filhos, que ficaram com seus avós paternos, pois seu ex-marido já estava casado novamente e vivendo na casa de seu novo sogro. Essa situação denota a importância do trabalho de tradução e de compreensão do outro no diálogo entre culturas.

3.1.3 Jurisdição indígena e penas tradicionais Kaingang

Questão importante relativa à autodeterminação dos Kaingang do Oeste de Santa Catarina diz respeito à aplicação de métodos pró-

459 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 158.

460 Com o casamento, os homens Kaingang passam a residir na casa de seus sogros (VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 94-95).

461 VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais Kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. p. 99.

462 RAMOS, op. cit., p. 158-159.

prios de solução de controvérsia nas terras indígenas, por meio do exercício da jurisdição especificamente indígena, em especial quanto à aplicação de penas tradicionais.

Segundo Gomes da Silva⁴⁶³, o exercício da jurisdição indígena em seus territórios ocorre muitas vezes sem a ciência da sociedade envolvente, sendo tolerada pelo Estado brasileiro, como decorrência do direito à organização social desse povos.

Marcelo Neves⁴⁶⁴ destaca que as constituições de Bolívia, Colômbia e Peru apresentam critérios de articulação entre o direito estatal e as ordens normativas dos povos indígenas daqueles países. A primeira, por exemplo, estabeleceu o Estado como “plurinacional comunitário”, incluindo os grupos indígenas como unidades políticas, com poder e direito de autonomia e autogoverno. Já a Carta peruana, além de assegurar autonomia e autogoverno, reconheceu a jurisdição própria dos povos indígenas, baseada em seus direitos consuetudinários, desde que seu exercício não resulte na violação dos direitos fundamentais da pessoa humana. Contudo, ao analisar nossa Constituição Federal – em especial seus arts. 231 e 232 –, afirma aquele autor que “o modelo brasileiro de integração constitucional dos indígenas dirige-se basicamente ao reconhecimento e proteção dos ‘direitos originários sobre as terras’”, não estabelecendo “um regime de autonomia institucional, com determinação de jurisdições ou unidades organizacionais próprias”. Conclui, então, por um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância, que possibilite “um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente ‘diferentes’”, pois a simples outorga unilateral de direitos humanos aos seus membros pode ter consequências destrutivas para os povos indígenas.

Essa interpretação nos parece equivocada. Primeiro, porque desconsidera as demais previsões constitucionais e também aquelas de normas internacionais que expressamente consagram o direito à integridade cultural das sociedades indígenas e à sua autodeterminação, acima já analisadas. Por outro lado, a preocupação do Constituinte

463 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 50.

464 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 216-219.

em detalhar o direito à terra decorre da importância desse elemento no âmbito da cultura e das cosmovisões dos povos indígenas e dos conflitos que essa questão envolve, conforme adiante discutido.

Nesse sentido, Anaya, após analisar alguns casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma que os costumes e o direito consuetudinário indígenas são aspectos importantes do regime contemporâneo dos direitos humanos acerca dos povos indígenas. Constituem elementos críticos da cultura indígena e, como tais, devem ser protegidos pelas normas que tutelam a integridade cultural desse povos, sendo também importantes no processo de interpretação de outras normas de direitos humanos nos contextos particulares da cultura desses povos. Existem como parte integrante das instituições próprias de autogoverno dos povos indígenas, que são, ao menos parcialmente, enraizadas nos padrões históricos de interação social e política e de controle desses povos⁴⁶⁵.

Segundo aquele mesmo autor, esses sistemas geralmente incluem, além de padrões habituais de conduta, procedimentos para resolução de conflitos e mecanismos de decisão, que foram desenvolvidos ao longo dos séculos. Destaca, de um lado, a existência de sistemas de justiça indígena autônomos, que aplicam a lei costumeira juntamente com códigos escritos, cuja existência é formalmente reconhecida pelos sistemas jurídicos estatais, como ocorre nos Estados Unidos da América do Norte. De outro, sistemas indígenas de autogoverno que, embora não sejam formalmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico do estado dominante, existem de fato e permanecem regulando a vida de seus membros, dando continuidade e coesão para essas comunidades⁴⁶⁶.

Gomes da Silva⁴⁶⁷ insere a discussão acerca de sistemas jurídicos indígenas no âmbito do que denomina pluralismo jurídico-antropológico, em que “à pluralidade dos grupos sociais correspondem sistemas jurídicos múltiplos ou compostos que seguem relações de colabora-

465 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 49.

466 *Ibid.*, p. 49.

467 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 173-181.

ção, coexistência, competição ou negação”. Assim, diferentemente do pluralismo que envolve, por exemplo, as ordens jurídicas nacional e internacional, o que informa o sistema jurídico do povos indígenas não envolve qualquer disputa de uma posição de primazia em relação àquele da sociedade nacional. Trata-se, ao contrário, da coexistência de diferentes direitos a regular a organização social desses povos, devendo haver uma harmonização entre as diferentes ordens jurídicas envolvidas, quando da análise dos casos concretos. Ao analisar o ordenamento constitucional brasileiro, em especial os artigos 215, 216 e 231, conclui aquele autor pela admissibilidade de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos em nosso estado, que “reconhece e permite a possibilidade de resolução dos conflitos de interesses indígenas pelas próprias comunidades”⁴⁶⁸.

Portanto, a existência de sistemas próprios de resolução de conflitos, baseados nos costumes e no direito consuetudinário do grupo, constitui aspecto importante da autodeterminação dos povos indígenas, entendimento que encontra amparo em diversas normas internacionais. A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 8º, assegura o direito desses povos de conservarem seus costumes e instituições próprias, determinando ainda que, ao aplicar-se a legislação nacional aos povos indígenas, deverão ser levados em consideração seus costumes e seu direito consuetudinário. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também garante a esses povos a prerrogativa de conservarem suas próprias instituições jurídicas (artigo 5º), bem como o direito de promover, desenvolver e manter seus próprios costumes e sistemas jurídicos (artigo 34). No mesmo sentido, também, a recente Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas assegura o direito coletivo aos costumes e sistemas ou instituições jurídicas desse povos, que deverão ser reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional, regional e internacional (Artigo VI e Artigo XXII).

No âmbito interno, mesmo o vetusto Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73 –, em seu art. 57, contém dispositivo que reconhece, de forma expressa, as instituições próprias dos povos indígenas, afirmando

468 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 184.

que “será tolerada a aplicação [...] de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

Conforme Ramos⁴⁶⁹, não existe entre os Kaingang um sistema jurisdicional formalmente estruturado, codificado e coerente. Como outros sistemas de direitos tradicionais, o sistema jurídico Kaingang é informal, contextual e relacional, apresentando grande flexibilidade. Nesse sistema, tudo se mistura. Ele somente existe e opera imerso na organização sócio-política e cultural mais ampla, ou seja, em conexão com o sistema de parentesco, com as formas de atuação das lideranças, com o *status* pessoal e familiar dos envolvidos, entre outros aspectos. Conforme destaca Gomes da Silva, essa ausência de diferenciação funcional nas sociedades indígenas, com a combinação de regras jurídicas com regras morais e religiosas, “não é bom nem ruim, é apenas assim”⁴⁷⁰.

Com relação às penas tradicionais, Ramos⁴⁷¹ esclarece que o sistema sancionatório Kaingang também não apresenta regras claras e pré-estabelecidas, não havendo “tipificação” específica de condutas a serem sancionadas e penalidades aplicáveis, pois as características dos atos, vistos como “crimes”, dependem de uma série de fatores. Além disso, o grau de reprovabilidade da conduta é situacional e contextual, levando em consideração a comoção gerada junto à coletividade. Assim, o clamor público e um senso de justiça circunstancial são os elementos principais a serem considerados pela comunidade, o cacique e as lideranças ao avaliarem se um fato deve ou não ser punido e de que forma. As punições, de modo geral, são executadas pela “polícia do cacique”, mas somente se a pessoa for denunciada ao cacique ou às lideranças⁴⁷².

Entre outros, são considerados atos puníveis pelos Kaingang: agressões físicas entre índios; agressões morais; desrespeito às auto-

469 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 150.

470 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 181.

471 RAMOS, op. cit., p. 181-182.

472 Ibid., p. 183.

ridades indígenas; consumo de álcool; sedução de mulheres casadas; sexo forçado sem ser com a esposa; prostituição das mulheres fora da aldeia; desentendimentos familiares não solucionados internamente ao grupo doméstico; separação de casais; traições políticas; tentativas de tomada do poder. As sanções aplicáveis visam principalmente “ao controle da agressividade, da sexualidade e do desejo de poder”⁴⁷³.

No âmbito do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina, duas penalidades tradicionais têm sido frequentemente aplicadas: a pena de “expulsão” ou “transferência” de área indígena e a pena do “tronco”, atualmente substituída pela pena de “cadeia”.

A punição do “tronco”, em sua versão tradicional, consiste em amarrar o tornozelo do apenado em duas estacas fixadas no chão. O apenado é deitado de costas e sua perna é amarrada às duas madeiras, a uma altura de 50 cm do chão. A duração do castigo varia de acordo com a falta cometida. Há relatos de fraturas de tíbia e de que muitos índios morreram ou ficaram mutilados em decorrência dessa punição. Uma nova modalidade dessa penalidade consiste em amarrar o apenado ao tronco de uma árvore, ficando ele completamente imobilizado, em alguns casos, inclusive com os pulsos amarrados⁴⁷⁴.

Posteriormente, por sugestão do SPI, que a considerava cruel e desumana, essa penalidade foi substituída pela “cadeia”, consistente em pequenos cômodos de alvenaria, sem abertura de janelas, onde o apenado é segregado, em regra, por no máximo cinco dias, independentemente da conduta que tenha praticado. A responsabilidade de alimentar e fornecer cobertores e agasalhos ao apenado é de sua família. Embora tenha havido um período em que os chefes dos Postos Indígenas decidiam quem deveria ser preso e por quanto tempo, utilizando as lideranças indígenas apenas para legitimar seus atos, atualmente as decisões são tomadas pelo cacique e suas lideranças⁴⁷⁵.

473 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 183-184.

474 Ibid., p. 186-187.

475 Ibid., p. 186-187.

A penalidade de “expulsão” ou “transferência”, segundo Ramos⁴⁷⁶, é uma clara expressão do faccionalismo característico da organização política Kaingang. Algumas das atuais características dessa penalidade decorrem de sua aplicação, em determinado período, por agentes do SPI, chefes dos Postos Indígenas, quando assumiu a forma de uma “transferência compulsória”. Com o enfraquecimento do poder do órgão tutelar, as “transferências” continuaram ocorrendo, agora dentro de um modelo faccional adaptado aos espaços territoriais bem mais restritos de que dispõem os Kaingang. Atualmente, os caciques que expulsam famílias indígenas geralmente lhes garantem a acolhida em outra terra indígena. Embora seja uma penalidade vista na maioria das vezes como legítima pelas comunidades Kaingang, verifica-se a ocorrência de alguns abusos em sua aplicação por parte de caciques, especialmente com o intuito de afastar ou retaliar adversários políticos.

Situações envolvendo a aplicação dessas penalidades têm sido levadas ao conhecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público Federal, em geral, por parentes próximos aos indígenas apenados. Uma das preocupações é que as decisões tomadas nesses casos não acabem produzindo efeitos ainda mais nocivos às comunidades envolvidas, conforme acima analisado. Dessa forma, devem aquelas instâncias do Estado procurar sopesar o necessário respeito à autodeterminação do povo Kaingang, em especial sua autonomia e autogoverno, com a garantia das liberdades fundamentais de seus membros, buscando ainda evitar que, sob o manto de suposta tradicionalidade, perseguições e arbitrariedades sejam praticadas por caciques e lideranças, impondo punições que não encontram respaldo nas tradições e nos costumes do grupo.

Nessa atuação, o auxílio da antropologia tem se mostrado fundamental. Quanto à pena de “transferência”, a perícia em antropologia da Procuradoria da República em Santa Catarina reconheceu-a como uma sanção tradicional da cultura Kaingang, destacando que “a recusa à aceitação das determinações das lideranças é interpretada como uma forma de não aceitação da tradicionalidade e conseqüentemente um distanciamento da identidade indígena”, ensejando a punição⁴⁷⁷.

476 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vénh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 188-189.

477 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000209/2014-61*. Instaurado em: 08/04/2014.

Com relação à “cadeia”, o mesmo órgão pericial considerou que ela não constituiria um elemento tradicional da cultura Kaingang, mas um instrumento incorporado de nossa cultura, com todas as suas contradições e problemas, com o qual pretende-se fazer fortalecer as referências tradicionais, pressionadas pela judicialização das questões internas, elaboração de regimentos internos e morosidade da Justiça não indígena, que desafiam as lideranças a realizarem a autoridade que detêm⁴⁷⁸. Contudo, conforme acima descrito, outros trabalhos de antropologia descrevem a “cadeia” como instrumento empregado pelos Kaingang há muitos anos nas terras indígenas do Paraná – Bacia do Tibagi –, como sucedâneo da pena tradicional do “tronco”, que, em princípio, mostrava-se mais atroz, resultando, muitas vezes, em mutilações e mortes.

Dessa forma, a atuação dos órgãos estatais em relação a esses casos – em especial, Ministério Público, Judiciário e FUNAI – deve estar pautada, de um lado, pelo reconhecimento da jurisdição indígena na aplicação dessas penas tradicionais; de outro, pela adoção de medidas visando assegurar um imprescindível conjunto de liberdades fundamentais aos índios apenados e seus familiares, bem como que a aplicação e a duração dessas penalidades restrinja-se aos casos em que a sanção mostre-se imprescindível e pelo tempo estritamente necessário, segundo os padrões estabelecidos pelos Kaingang⁴⁷⁹.

3.1.4 Direito de consulta

As garantias de integridade cultural e autodeterminação dos povos indígenas também asseguram o direito de efetiva participação desses povos em todas as decisões que afetem seus interesses. Considerando que os povos indígenas mantêm importantes ligações com a sociedade abrangente, como parte de um estado construído ao seu redor, uma efetiva autodeterminação significa não apenas manter

478 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000399/2014-16*. Instaurado em: 02/09/2014.

479 Nesse sentido: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000209/2014-61*. Instaurado em: 08/04/2014; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000399/2014-16*. Instaurado em: 02/09/2014.

instituições autônomas e um direito costumeiro local, mas também assegurar a participação na ordem política estatal. Um instrumento fundamental para isso é o direito de consulta – prévia, livre e informada – assegurado aos povos indígenas⁴⁸⁰.

Trata-se de direito previsto em diversas normas internacionais⁴⁸¹, que assegura aos povos indígenas a prerrogativa de participar das tomadas de decisão sobre questões que afetem seus interesses. Tal prerrogativa não se restringe às decisões tomadas no âmbito doméstico de um estado, mas se estende também àquelas no âmbito internacional, o que tem levado as Nações Unidas e outros organismos internacionais a possibilitarem cada vez mais a participação de representantes dos povos indígenas na elaboração de políticas e normas relacionadas aos seus interesses⁴⁸².

Importante previsão reside no item 1 do artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT, que determina que as consultas realizadas na aplicação daquele documento “deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”. Essa determinação, de que um acordo seja ao menos um objetivo da consulta, evidencia que não se trata apenas de uma questão de informar os povos indígenas sobre medidas que irão afetá-los, mas que o processo de consulta deve ser conduzido de forma a permitir que os povos indígenas tenham a efetiva oportunidade de influenciar as decisões que afetam seus interesses. Para isso, deverão os governos engajar efetivamente os povos indígenas nas discussões, assegurando ainda que eles tenham acesso a todas as informações e competências relevantes que sejam necessárias para sua avaliação⁴⁸³.

Embora as normas internacionais não estabeleçam um modelo padrão para a condução do processo de participação e consulta para

480 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 52.

481 Artigos 15.2, 17.2, 18, 19, 30.2, 32.2, 36.2 e 38 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; artigos 6, 15.2, 17.2, 22.3, 27.3 e 28.1 da Convenção nº 169 da OIT; e artigos XVIII.4, XX.4, XXIII.2, XXVIII.3 e XXIX.4 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

482 ANAYA, op. cit., p. 53.

483 ANAYA, op. cit., p. 55.

todos povos indígenas – o que sequer seria possível, em virtude da diversidade das culturas indígenas e das circunstâncias envolvidas –, qualquer opção adotada deverá promover o objetivo subjacente a esse processo, que é possibilitar que os povos indígenas efetivamente estejam vinculados a todas decisões governamentais que os afetem através de instituições e arranjos que reflitam seus padrões culturais específicos. Por outro lado, a autodeterminação requer que essas instituições e arranjos não sejam uma imposição, mas o resultado de procedimentos que, entre as opções justificáveis, considerem as preferências manifestadas pelos povos indígenas⁴⁸⁴.

Esse processo, portanto, deverá ser culturalmente situado, desenvolvendo-se de acordo com a peculiaridade de cada grupo, não sendo possível o estabelecimento de um procedimento único nem uma fórmula única de tomada de decisões. Para que esses objetivos sejam alcançados, mostra-se necessária a intermediação antropológica, de forma a “aproximar os interlocutores e possibilitar de fato o diálogo”⁴⁸⁵.

Embora concorde que dificilmente a Convenção nº 169 da OIT poderia apresentar mais detalhes sobre o processo de consulta, em virtude da variedade e heterogeneidade de casos e a diversidade de condições que envolvem os povos indígenas nos diversos países, Clavero⁴⁸⁶ argumenta que alguns procedimentos estão suficientemente caracterizados na Convenção, possibilitando colocar em marcha o processo de consulta. Assim, afirma que a consulta deverá ser prévia às medidas a serem adotadas pelo Estado; realizada diretamente com as instituições representativas dos povos indígenas diretamente afetados – o que impede a mediação de outras entidades, mesmo que se trate de organizações indígenas, a menos que contem com a confiança expressa dos povos diretamente interessados –; mediante procedimentos apropriados; e de boa-fé, com vistas a que se obtenha um acordo⁴⁸⁷.

484 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 60.

485 DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito de consulta prévia, livre e informada. In: _____ (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 68.

486 CLAVERO, Bartolomé. Consulta indígena: Colombia (y España) entre derecho constitucional y derechos humanos. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 15.

487 *Ibid.*, p. 15.

Deverão as partes, portanto, colocar-se em diálogo prévio, que possibilite, por meio da revisão de suas opiniões, chegar-se à decisão que melhor atenda aos interesses envolvidos. Dessa forma, aquilo que já estiver decidido pelo Estado não pode ser objeto de consulta, pois esta, por óbvio, não poderia gerar qualquer reflexo numa decisão já tomada⁴⁸⁸. Por outro lado, não pode haver por parte do Estado práticas de cooptação dos povos indígenas⁴⁸⁹ – por exemplo, com o oferecimento de vantagens a lideranças –, o que claramente afastaria a boa-fé do procedimento.

Argumenta-se, ainda, que a racionalidade do sistema impõe que, no caso de medidas que se desdobram em vários atos – como, por exemplo, o licenciamento ambiental de empreendimentos –, a consulta prévia seja renovada a cada geração de novas informações, especialmente aquelas que denotem impactos a serem suportados pelos povos indígenas⁴⁹⁰.

Outro aspecto importante diz respeito ao direito de consulta estender-se não apenas às medidas administrativas adotadas pelo Governo, mas também à edição de normas pelo Parlamento que afetem diretamente direitos dos povos indígenas. Sobre esse ponto, Gomes da Silva⁴⁹¹ menciona julgado da Corte Constitucional da Colômbia, que declarou a inconstitucionalidade do Código Florestal daquele país, pela falta de consulta prévia aos povos indígenas e comunidades afrodescendentes quando da tramitação do projeto de lei no Parlamento colombiano. Contudo, destaca que, no Brasil, em sendo aceita a posição de supralegalidade ocupada pela Convenção nº 169 da OIT, um caso similar a esse analisado pela Corte colombiana não ensejaria a instauração de controle de constitucionalidade, mas sim um controle de convencionalidade.

488 DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito de consulta prévia, livre e informada. In: _____ (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 68.

489 CLAVERO, Bartolomé. Consulta indígena: Colombia (y España) entre derecho constitucional y derechos humanos. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 15.

490 DUPRAT, op. cit., p. 68.

491 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 149.

Ponto relevante acerca do direito de consulta reside na possibilidade de os povos indígenas terem poder de veto em relação às questões básicas que afetam seus interesses vitais⁴⁹². Ao analisar essa questão, Duprat⁴⁹³ afirma refutar tanto a tese de que a consulta seria mera formalidade, sem aptidão para interferir no processo decisório do Estado, pois isso faria letra morta do texto da Convenção; quanto a afirmação de possibilidade incondicional de veto por parte dos povos indígenas afetados, porque isso significaria desconsiderar que, “numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o controle exclusivo das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse”.

Analisando as possibilidades entre esses dois extremos, afirma aquela autora que, como decorrência de seu direito à autodeterminação, a decisão dos povos indígenas será definitiva em relação às medidas que lhes digam respeito com exclusividade, como aquelas implementadas dentro de seu território. Em outras situações, argumenta que a consulta deve ser vinculante, devendo eventuais objeções oferecidas pelos povos indígenas serem “levadas a sério e superadas com razões melhores”⁴⁹⁴.

Nesse ponto, Anaya⁴⁹⁵ destaca que o processo de consulta deve levar a decisões que sejam consistentes com os direitos dos povos indígenas. Dessa forma, sempre que decidir em sentido contrário às preferências manifestadas pelos povos indígenas afetados, impõe-se um encargo argumentativo adicional ao governo, que deverá justificar sua decisão em termos consistentes com a ampla gama de normas internacionais aplicáveis, relativas aos direitos dos povos indígenas.

Os elementos básicos do processo de consulta estabelecidos pela Convenção nº 169 da OIT – reforçados e complementados pelas demais normas – têm sido amplamente aceitos em diversas esferas, no âmbito internacional e doméstico, mesmo sem a existência de tra-

492 KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 16.

493 DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito de consulta prévia, livre e informada. In: _____ (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015. p. 72-73.

494 Ibid., p. 72-73.

495 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 56.

tados específicos⁴⁹⁶. Nesse sentido, a título de exemplo, a Política Operacional OP 4.10 do Banco Mundial⁴⁹⁷ estabelece que “em todas as propostas de financiamento de projetos apresentadas ao Banco que afetem os Povos Indígenas, o Banco exigirá que o mutuário realize um processo de consulta livre, prévia e informada”.

Apesar de todo esse arcabouço normativo e teórico e da jurisprudência constitucional de outros países, e de forma semelhante ao que ocorre com os demais povos indígenas de nosso país, os processos de consulta ao povo Kaingang do Oeste catarinense – quando não simplesmente ignorados, por exemplo, nos licenciamentos conduzidos pelo órgão ambiental estadual – mostram-se quase que exclusivamente informativos, apenas noticiando aos povos indígenas medidas administrativas já definidas – inclusive aquelas adotadas pela própria FUNAI⁴⁹⁸ – ou empreendimentos que serão iniciados – em alguns casos, que já estão em andamento, ou até mesmo concluídos⁴⁹⁹. No caso de empreendimentos que impactam terras indígenas, o que se percebe – inclusive por parte da FUNAI – é a preocupação quanto às medidas mitigatórias e compensatórias a serem definidas, não havendo qualquer diálogo efetivo com os povos indígenas acerca de alternativas, sobre as quais eles pudessem refletir e contra-argumentar, posicionando-se e formulando escolhas adequadas a seus interesses e padrões culturais.

496 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 57.

497 BANCO MUNDIAL. OP 4.10. Políticas operacionais. Manual Operacional do Banco Mundial. Julho 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf>. Acesso em: 4 out. 2016.

498 Como exemplo, cita-se decisão da FUNAI tomada em 2014, de transferência de sua Coordenação Regional, então sediada em Chapecó, para o município de Guarapuava/PR, em que o processo de consulta configurou uma mera comunicação aos povos Kaingang de Santa Catarina e do Paraná, diretamente impactados, ensejando o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal questionando essa medida administrativa (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. Inquérito Civil nº 1.33.002.000498/2013-17. Instaurado em: 25/10/2013).

499 Nesse sentido, a construção de uma estação de tratamento de esgoto no município de Abelardo Luz, com recursos da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), que, próximo à sua conclusão, paralisou as obras, a partir de atuação do Ministério Público Federal, para que fosse realizado o estudo dos impactos sócio-culturais e ambientais na comunidade indígena, negligenciados durante todo o processo de licenciamento do empreendimento (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. Inquérito Civil nº 1.33.002.000219/2013-15. Instaurado em: 23/05/2013).

3.2 Direito penal e direitos dos índios

Conforme já discutido neste estudo, as ideias de aculturação – que associam um suposto isolamento à “pureza cultural” dos povos indígenas – e de supremacia de algumas sociedades humanas em face de outras, embora refutadas pela antropologia e não acolhidas pela Constituição de 1988, têm se refletido em nosso ordenamento jurídico e também na jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, que têm decidido quem é ou não índio “verdadeiro” a partir de estereótipos que habitam o senso comum da nossa sociedade, influenciando diretamente no regramento da responsabilidade dos índios nos estatutos penais.

Vitorelli⁵⁰⁰ registra que a Consolidação das Leis Penais de 1932 continha dispositivo que equiparava aos menores os índios “nômades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco anos de estabelecimento em povoação indígena”. Destaca ainda que, apesar de o Código Penal de 1940, de forma intencional, nada dispor sobre a responsabilidade do índio, o que foi mantido pela reforma de 1982, sua Exposição de Motivos denota a pretensão de excluir os índios de imposição de penas através do atual art. 26, que assim dispõe:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A doutrina penalista tradicional tem afirmado, então, que “Silvícolas inadaptados: são inimputáveis; Índio aculturado: é imputável; Índio em fase de integração: só por isso não é inimputável, exigindo-se laudo pericial a respeito da imputabilidade”⁵⁰¹. Mesmo autores que – ao menos nos parece – se possa denominar mais progressistas apresentam interpretação semelhante, no sentido da aplicação desse dispositivo aos índios (ao menos aos “não integrados”,

500 VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 340-341.

501 JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 108-109.

“inadaptados”), enquadrando-os na categoria de “pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado”⁵⁰².

Esse entendimento também permeia a Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, conforme denotam os seguintes julgados:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. *É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.* Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte⁵⁰³.

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. ÍNDIO.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA.

DISPENSABILIDADE. RÉU INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N.º 6.001/73. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o paciente, índio Guajajara, foi condenado, juntamente com outros três co-réus, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em associação, e porte ilegal de arma de fogo, pois mantinha plantio de maconha na reserva indígena Piçarra Preta, do qual era morador.

502 Nesse sentido: “Sob o título do desenvolvimento mental incompleto ou retardado se agrupam, ainda nas lições de Hungria, ‘não só os deficitários congêntos do desenvolvimento psíquico ou oligofrênicos (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os silvícolas inadaptados” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 446).

503 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus nº 85198. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 17 nov. 2005. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 out. 2016

II. *Não é indispensável a realização de perícia antropológica, se evidenciado que o paciente, não obstante ser índio, está integrado à sociedade e aos costumes da civilização.*

III. *Se os elementos dos autos são suficientes para afastar quaisquer dúvidas a respeito da inimputabilidade do paciente, tais como a fluência na língua portuguesa, certo grau de escolaridade, habilidade para conduzir motocicleta e desenvoltura para a prática criminosa, como a participação em reuniões de traficantes, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de laudo antropológico.*

IV. Precedentes do STJ e do STF.

V. Para a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei n.º 6.001/76, o qual se destina à proteção dos silvícolas, é necessária a verificação do grau de integração do índio à comunhão nacional.

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido *in casu*. Precedentes.

VII. Ordem denegada⁵⁰⁴.

Evidente, portanto, que o paradigma da aculturação ainda se apresenta preponderante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência em matéria criminal. Contudo, trata-se de ideia refutada pela antropologia e incompatível com o novo paradigma estabelecido pela Constituição de 1988, conforme acima descrito. Portanto, a impropriedade dessas decisões judiciais, que pretendem aferir a imputabilidade de índios autores de condutas tipificadas como crime a partir de uma escala de gradação de aculturação, nos parece bastante clara.

Dessa forma, salvo em casos em que o índio seja efetivamente portador de alguma doença mental ou apresente desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a imputação ou não a ele da prática de um crime não consiste em um problema de imputabilidade, mas – como ocorre com qualquer pessoa humana – de uma avaliação quanto à configuração ou não dos elementos do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

504 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Habeas Corpus n.º 30.113/MA. Julgado em 05 out. 2004. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

A imputabilidade da pessoa humana, portanto, não guarda qualquer relação com o fato de ela ser ou não índio, a menos que se acredite que ser índio implique ser portador de alguma doença mental ou ter um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que – espera-se – mesmo as posições mais preconceituosas não estarão dispostas a sustentar.

Esse é claramente o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli⁵⁰⁵:

De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu freqüentíssimas destruições de grupos culturais originários e de perseguição religiosa, falando em delírios coletivos frente a atos e cerimônias que jamais compreenderam, e de relações culturais diferenciadas como simples e primitivas, quando a antropologia comparada mostra, hoje, a sua enorme complexidade. O homem da civilização industrial inventou, em seu gabinete de elocubração, uma “mentalidade primitiva”, que foi desmentida por todas as investigações de campo contemporâneas.

Portanto, a classificação como “índio de verdade” ou índio “puro”, de um lado, e “aculturado” ou “integrado”, de outro, além de contrária às teorias antropológicas mais adequadas à realidade empírica observável em variadas sociedades e diversas regiões do planeta, não denota qualquer relação com a existência ou não de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo absolutamente inadequada para avaliar a imputabilidade ou não da pessoa humana indígena autora de uma conduta formalmente típica.

Assim, salvo em casos em que o índio seja efetivamente portador de alguma doença mental ou apresente desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a imputação ou não a ele da prática de um crime não consiste em um problema de imputabilidade, mas, eventualmente, de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, conforme analisado mais adiante.

505 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 647.

3.2.1 Redução de pena e regime de semiliberdade

A par da avaliação da imputabilidade dos índios, o denominado “grau de aculturação” também tem sido (indevidamente) empregado pelos tribunais para aferir a incidência ou não do disposto no art. 56, *caput* e parágrafo único, do Estatuto do Índio⁵⁰⁶, que estabelece a condição de indígena como circunstância atenuante da pena e prevê o regime de semiliberdade para o cumprimento das penas de reclusão ou detenção para o índio condenado pela prática de infração penal, previsão esta que visa possibilitar a preservação dos laços comunitários do índio com seu povo durante o cumprimento da sanção criminal que lhe tenha sido imposta.

Essa norma deve ser interpretada segundo a garantia constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLIV) e o disposto no artigo 10 da Convenção nº 169 da OIT, o qual estabelece que, quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos indígenas, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais, dando-se preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Pelos argumentos já analisados, resta evidente a impossibilidade de definição da aplicação ou não de atenuante ou regime de cumprimento de pena a partir da mera observação de alguns traços culturais, que denotariam suposto grau de “aculturação”. Todo o exposto no primeiro capítulo mostra ser incabível tentar estabelecer uma medida de “indianidade” – mais ou menos “aculturado”, “integrado” – a partir de circunstâncias como uso de celular, domínio da língua, grau de escolaridade, habilitação para conduzir veículo, entre outras que têm sido empregadas pelos tribunais.

Conforme já demonstrado, os grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos, impedindo que o legislador, o administrador, o juiz e qualquer outro ator estranho ao grupo diga quem é ou não índio.

506 “Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.”

Ademais, diante da enorme diversidade dos povos indígenas que habitam o território nacional, com variados níveis de interação e trocas culturais, entre si e com a sociedade envolvente, resta clara a falácia de que um (único) estereótipo – de um imaginário “índio de verdade” – possa ser representativo dessa realidade multifacetada dos povos indígenas em nosso país e capaz de estabelecer quem é ou não indígena, o que somente pode se dar a partir do autorreconhecimento e do reconhecimento pelo grupo.

Assim, em que pese decisão do Supremo Tribunal Federal acima referida corretamente afirmar que o regime de semiliberdade constitui “direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena” – que deverá ser estabelecida na perspectiva do autorreconhecimento, segundo estabelecem a Constituição Federal e a Convenção nº 169 da OIT –, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece firme quanto a tal dispositivo não ser aplicado ao “índio integrado à sociedade”. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONSELHO DE SENTENÇA.

ENTREGA DE CÓPIA DA PRONÚNCIA AOS JURADOS. ARTIGO 478, INCISO I, DO CPP. ARGUMENTO DE AUTORIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

ART. 56 DA LEI N. 6.001/1973. INAPLICABILIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. ÍNDIO INTEGRADO À SOCIEDADE.

[...]

3. “Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que *o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira*” (AgRg no REsp n. 1.361.948/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013).

4. No presente caso, a Corte de origem concluiu que, “*pelas provas coligadas nos autos, verifica-se que o apelante, embora de origem indígena, encontra-*

-se plenamente integrado à sociedade, já que possui documentação civil, carteira profissional, possui título de eleitor (fls. 142 e 173) o que o torna cidadão nacional, fala a língua portuguesa, possui veículo automotor, inclusive dirigindo, na forma dos depoimentos testemunhais, bem como participa de jogos de futebol na comunidade” (e-STJ fls. 331), o que afasta a atenuação da reprimenda prevista no artigo 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/1976 (Estatuto do Índio).

5. Agravo regimental improvido⁵⁰⁷.

Na mesma linha dessa jurisprudência da Corte Superior, em recente decisão, índios Kaingang da Aldeia Toldo Imbú, condenados por homicídio pela morte de um produtor rural, ocorrida em uma situação de conflito pela demarcação de sua terra tradicional no município de Abelardo Luz/SC, tiveram negado o direito ao cumprimento da pena de reclusão em regime de semiliberdade por serem considerados índios “aculturados” – ou seja, não índios⁵⁰⁸.

Contudo, uma análise do acórdão da Corte Regional que julgou improcedente o apelo dos acusados quanto a esse ponto mostra claramente a contradição daquele julgado, pois, apesar de reconhecer um dos acusados como “cacique da Tribo”, inclusive utilizando tal qualidade para imputar-lhe “condições de definir os rumos da empreitada criminosa”, nega-lhe a condição de índio, afirmando que ele seria “aculturado”.

A construção do julgador é paradoxal. De um lado, atesta a condição de cacique de um dos condenados e sua posição de comando em relação aos demais índios em virtude dessa condição, o que, por óbvio, só guarda sentido no âmbito da cultura indígena. De outro, nega-lhe a condição de índio, em virtude de suposta aculturação. Ou seja: para fins de responsabilização criminal, o condenado é índio – cacique de uma comunidade indígena –; já para efeitos de atenuação e regime de cumprimento de pena, deixa de ser índio, passando à condição de “aculturado”.

507 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1373007/BA. Julgado em 24 maio 2016. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

508 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Processo nº 2004.72.02.000942-2*. Procedimento Especial dos Crimes de Competência do Júri. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Albari José Oliveira Santos e outros. Chapecó, 18 de março de 2004.

Em outra passagem, embora o próprio acórdão reconheça que o laudo antropológico afirma que o fato de os índios utilizarem-se de instrumentos produzidos por eles próprios, assim como instrumentos produzidos pela evolução do homem, “não depõe contra a cultura indígena nem os afasta de sua identidade étnica”, confirmando que “os Kaingang são índios”, conclui que os condenados não teriam direito ao cumprimento da pena no regime de semiliberdade, por tratar-se de índios “aculturados” (portanto, não índios), em virtude de o laudo afirmar tratar-se de grupo indígena inserido na sociedade envolvente, com a qual mantém inter-relações. Ou seja, o acórdão ignora por completo as claras conclusões do perito em antropologia e, baseando-se exclusivamente em seus estereótipos do que seria um “índio de verdade”, continua a sustentar tratar-se de índios “aculturados”, portanto, de não índios.

Decisões como as acima descritas – muitas vezes chanceladas por nossa Corte Superior, mas flagrantemente contrárias às teorias antropológicas e ao paradigma estabelecido pela Constituição de 1988 – mostram-se permeadas por estereótipos⁵⁰⁹ e fundadas em paradigmas etnocêntricos que impedem a perfeita compreensão dos fatos e circunstâncias em julgamento. Denotam a necessidade de os juízes reconhecerem que também eles podem ter preconceitos inconscientes e vieses cognitivos, que podem influenciar seus julgamentos e decisões,

509 Esses estereótipos são frutos de vieses e heurísticas que têm sido objeto de estudo pela Análise Econômico-Comportamental do Direito – AED Comportamental. Nessa perspectiva, seriam resultado da operação inconsciente da heurística da representatividade, em que as probabilidades são avaliadas segundo o grau em que um indivíduo é representativo de um grupo. Por exemplo, a probabilidade de que uma pessoa seja um bibliotecário conforme essa heurística é avaliada segundo o grau em que ele é representativo de, ou similar ao estereótipo de um bibliotecário. Em especial, é decorrência do viés da ilusão de validade, pois, quando as pessoas fazem previsões selecionando o resultado (por exemplo, uma ocupação) mais representativo do input (a descrição de uma pessoa), a confiança que depositam em sua previsão depende primordialmente do grau de representatividade, ou seja, da qualidade da equiparação entre o resultado selecionado e o input, com pouco ou nenhum interesse pelos fatores que limitam a precisão preditiva. Assim, “as pessoas manifestam grande confiança na previsão de que uma pessoa é uma bibliotecária quando veem uma descrição de sua personalidade que combine com o estereótipo de bibliotecários”, mesmo que essa descrição seja escassa e não confiável, o que leva a graves erros, pois a (suposta) similaridade, representatividade não é influenciada por diversos fatores que decerto afetariam esses julgamentos. Nesse sentido: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011; JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, n. 5, p. 1471-1550, 1998; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science, New Series*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

devendo trabalhar preventivamente para alcançar imparcialidade em um nível subconsciente, ou, até mesmo, declarar-se suspeitos em determinadas circunstâncias⁵¹⁰.

Conforme já destacado, os juízes devem ser conhecedores dos valores do grupo específico quando necessitarem sopesar as reivindicações conflitantes, devendo confrontar, com as premissas etnocêntricas que correspondem aos valores e interesses da sua narrativa, aqueles do povo indígena envolvido no caso a ser julgado⁵¹¹. Nessa tarefa, ganha relevo o papel do laudo antropológico, como instrumento para uma adequada compreensão dessa “narrativa” do grupo minoritário envolvido.

3.2.2 Fatos formalmente típicos praticados por índios

Segundo entendimento majoritário, para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma conduta típica, ilícita e culpável⁵¹². Conforme Zaffaroni e Pierangeli⁵¹³, “o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”, por estarem penalmente proibidas. A tipicidade representa a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, o tipo penal incriminador⁵¹⁴.

O juízo de tipicidade, contudo, não é um mero juízo de tipicidade legal, exigindo um outro passo, a comprovação da tipicidade conglobante, “consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”⁵¹⁵.

510 PARKS, Gregory S. Judicial recusal: cognitive biases and racial stereotyping. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 18.3, p. 681-698, 2015.

511 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 188-190.

512 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 158.

513 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 443.

514 GRECO, op. cit., p. 175.

515 ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 459.

A ordem jurídica, porém, não se esgota na ordem normativa – conjunto ordenado de normas proibitivas –, estando integrada com preceitos permissivos – causas de justificação –, permissões que a ordem jurídica outorga em certas situações conflitivas, como nas hipóteses de legítima defesa e estado de necessidade. Nessas situações conflitivas a ordem jurídica não incentiva suas práticas, mas apenas resigna-se, limitando-se a permitir a conduta, excluindo-as, portanto, do campo da ilicitude.

A atipicidade conglobante, por outro lado, não surge em função das permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, mas sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal⁵¹⁶. Em resumo, não é possível que no ordenamento jurídico uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta⁵¹⁷.

A culpabilidade, por outro lado, é definida como a reprovabilidade do injusto ao autor. O injusto – conduta típica e antijurídica – é culpável quando é reprovável ao autor a realização dessa conduta, porque não se motivou na norma quando podia e lhe era exigível que o fizesse, mostrando uma disposição interna contrária ao direito⁵¹⁸. É composta pelos seguintes elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa⁵¹⁹.

As causas de ausência de culpabilidade – e não configuração de crime, portanto – são hipóteses em que “não se pode exigir do autor uma conduta conforme ao direito, seja porque não lhe era exigível a compreensão da antijuridicidade, seja porque, embora tivesse esta compreensão, não se podia dele exigir a adequação de sua conduta a ela”⁵²⁰.

Estudos antropológicos demonstram que os índios podem não entender as condutas por eles praticadas como ilícitas não por uma

516 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 459-461.

517 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 177.

518 ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 601.

519 GRECO, op. cit., p. 444.

520 ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 650.

incapacidade interpretativa, conforme visto na seção anterior, mas pelo fato de, segundo seus cânones culturais, essas condutas serem entendidas como moral e normativamente lícitas, portanto, legítimas. Além disso, em muitos casos conhecem eles as leis e normas jurídicas dos “brancos” – o que não implica de modo algum a integração à sociedade nacional –, porém, não as reconhecem como legítimas para regular as ações dos índios em dados casos concretos, inclusive em situações de embate interétnico⁵²¹.

No caso de condutas formalmente típicas praticadas por índios, duas situações parecem se apresentar. Primeiro, condutas que, no olhar da sociedade envolvente, preenchem os requisitos formais do tipo penal, mas que, sob o marco da pluriétnicidade e da multiculturalidade, ocorrem segundo a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições de um dado povo indígena, reconhecidos pela Constituição Federal e por tratados de que o país é signatário.

Nessa situação, em que a conduta é praticada segundo os cânones culturais daquela etnia, cuja defesa e promoção é fomentada pelo ordenamento jurídico, acreditamos tratar-se de hipótese de atipicidade conglobante, pois, na lição de Zaffaroni, o Direito não pode proibir o que ele próprio fomenta⁵²².

Considerando o novo paradigma estabelecido pela Constituição de 1988, que consagra um direito da igualdade das diferenças, passando a fomentar a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, a não responsabilização dos índios nas situações acima descritas decorreria – ao menos nos parece – não de uma causa de exclusão da antijuridicidade⁵²³ ou da culpabilidade⁵²⁴,

521 MURA, Fabio; SILVA, Alexandra Barbosa da; ALMEIDA, Rubem R. Thomaz de. *Laudo antropológico pericial para esclarecimento do grau de imputabilidade de indígenas envolvidos em crime de homicídio contra policiais civis na Comarca de Dourados, Mato Grosso do Sul*. Dezembro de 2006. In: MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal. Processo nº 0003857-34.2006.8.12.0002. Ação Penal de Competência do Júri. Autor: Ministério Público. Réus: Valmir Junior Savala e outro. Dourados, 3 de abril de 2006.

522 Nesse sentido: VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 342.

523 FACCIANI, Eloi Francisco Zatti. O tratamento jurídico-penal do indígena em face do direito fundamental à diversidade cultural. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

524 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 48-49.

mas sim da atipicidade conglobante da conduta praticada. Um exemplo pode elucidar melhor o que aqui se expõe.

Para o povo Kaingang da região Sul do país, a classificação das pessoas, considerando gênero, idade, relações de poder, estado civil e outros, abrange quatro categorias principais que, por analogia com nossa sociedade, pode-se denominar como crianças, jovens, adultos e velhos. Todavia, para os Kaingang, essas categorias não são fixadas pela idade cronológica, mas definidas mais por fatores relacionais e comportamentais. Nesse contexto, a categoria *gĩr* se refere a todas as crianças até por volta dos 10 anos – mas que pode se estender até aproximadamente os 15 anos ou mais, a depender da aparência, do comportamento e dos *status* da pessoa –, quando então as meninas e os meninos passam, respectivamente, às categorias *tá tãg* e *kyrũ*, de moças e moços “casáveis”, que dispõem de certa liberdade sexual até que se casem⁵²⁵.

Assim, a conduta de um índio Kaingang que mantém conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com um moço ou uma moça “casável”, mesmo que de idade inferior a 14 anos, pode não configurar o tipo de estupro do art. 213 do Código Penal, por tratar-se de um agir segundo os usos, costumes e tradições daquele povo, fomentado por nosso ordenamento jurídico. Nessa situação, o índio não estaria mantendo relação sexual com uma “criança” – categoria equivalente da nossa sociedade –, mas com pessoa que, segundo as categorias daquela sociedade, já detém certa liberdade sexual, conforme sua condição na comunidade em que inserida, não se perfectibilizando o tipo penal, a partir de uma análise conglobada da ordem normativa.

Exemplo ainda mais delicado, que suscita discussões acaloradas, envolve as alegações de prática de infanticídio por alguns povos indígenas. A polêmica está centrada na categoria vida, em especial o momento em que ela iniciaria. Trata-se de discussão em alguma medida semelhante àquela travada quando do julgamento pelo Supremo

525 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Věnh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 151-153.

Tribunal Federal dos casos relativos ao aborto de fetos anencefálicos e ao uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas⁵²⁶.

Sobre esse tema, Deborah Duprat⁵²⁷ esclarece:

Fala-se que alguns grupos indígenas praticam infanticídio, dentre eles os yanomami. Mais uma vez, a questão nuclear é a definição de vida.

A mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou.

Ainda segundo aquela autora, as diferentes concepções desses povos sobre o momento em que se inicia a vida “são visões que, goste-se ou não, não podem ser descartadas, sob pena de, em afronta à Constituição e a outros tantos documentos internacionais, se negar qualquer valor às asserções de verdade do outro”⁵²⁸.

Analisando situação semelhante envolvendo os Suruawha – povo indígena da Amazônia, que entende obrigatória a morte dos recém-nascidos que apresentem alguma deficiência física ou de saúde em geral –, Neves afirma que, para aquele povo indígena, “a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduos e a comunidade, se for um vida tranquila e amena”. Segundo aquele autor, trata-se de uma visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica, que nada deve à concepção cristã ocidental sobre a vida. Para ele, embora essas concepções bem diversas sobre a vida humana importem um delicado problema, mostram-se, contudo, incompatíveis com uma mera imposição de concepções externas sobre a vida e a morte, mediante o que denomina “imperialismo dos direitos huma-

526 BARROSO, Luis Roberto. Direitos fundamentais em espécie: pesquisa com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang, (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

527 DUPRAT, Deborah. *O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriethnicidade_multiculturalidade.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

528 Ibid.

nos”. Nessas situações, entende que “a proposta que se afigura mais adequada [...] reside em garantir ‘jurisdição ou foro étnico’, para que cada comunidade indígena ‘resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio’”. Destaca que isso não implica simplesmente “tolerância do mais poderoso” ou “tolerância perante o intolerante”, mas “capacidade de admitir a autonomia do outro”⁵²⁹.

Por outro lado, conforme destaca Vitorelli⁵³⁰, “é preciso lembrar que mesmo o direito à vida não é tão absoluto quanto se costuma pensar que seja”, como se observa na controvérsia acerca da legalização do aborto, decorrente do dissenso sobre a vida iniciar com a concepção; sobre o conceito de vida abranger ou não o período intrauterino.

Recentemente – na esteira de outros países⁵³¹ –, a Colômbia autorizou a realização de eutanásia – “muerte anticipada con alto sentido humanitario” – em paciente que padecia de um raro câncer que carcomia seu rosto, lhe provocando dor constante e insuportável⁵³².

Vê-se, portanto, que nas próprias democracias liberais os contornos da intangibilidade do direito à vida não se mostram tão rígidos e estanques como muitas vezes se afirma. Da mesma forma, tanto o conteúdo do conceito de “vida digna” quanto a concepção da categoria “vida” nas diferentes cosmovisões dos povos indígenas devem conformar a ponderação dos tipos criminais que envolvem a tutela desse bem jurídico.

Assim, na situação inicialmente descrita, em especial no Sul do país, é possível e até provável que o índio saiba perfeitamente que nossa legislação penal veda, de maneira expressa, práticas sexuais com menores de 14 anos de idade, não havendo que se falar sequer em potencial consciência da ilicitude, pois em muitos casos essa consciência é efetiva, em relação às práticas da sociedade envolvente.

529 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 222-227.

530 VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 292.

531 MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em: <<http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

532 BBC MUNDO. *Colômbia finalmente aprueba primera eutanasia a paciente con cáncer terminal*. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150703_colombia_eutanasia_ovideo_gonzalez_aprobacion_wbm>. Acesso em: 4 dez. 2015.

Contudo, considerado o paradigma da pluriétnicidade e da multiculturalidade, não pode o direito penal almejar a internalização dessa norma por parte dos povos indígenas, posição de evidente caráter integracionista, resquício de paradigma já superado em nosso ordenamento, conforme antes se expôs.

Assim, não nos parece adequado afirmar – como o fazem respeitáveis autores⁵³³ – que as situações acima descritas configurariam erro de proibição culturalmente condicionado, pois não é a consciência da ilicitude estabelecida pela sociedade envolvente que seria inexigível aos indígenas, mas sim a imposição aos indígenas da consciência dessa ilicitude é que não poderia sequer ser exigida por parte do Estado, em uma nação que se afirma expressamente pluriétnica e multicultural⁵³⁴.

Portanto, não labora em erro o indígena que, mesmo com efetiva ou potencial consciência de uma dada ilicitude estabelecida pelo direito penal da sociedade envolvente, pratica conduta adequada e legítima segundo seus padrões culturais. O erro, o equívoco, ao contrário, parece residir na conduta de quem imagina que essa ilicitude deveria ser assimilada pelos povos indígenas, resignando-se apenas o Estado que, em alguns casos concretos, essa internalização da potencial ou efetiva consciência da antijuridicidade da conduta ainda não tenha ocorrido. O erro parece ser de compreensão, mas não dos índios, e sim do Direito em relação a essa realidade multifacetada que envolve a pluralidade étnica e cultural de nosso país.

Diferenciada, por outro lado, parece ser a situação em que a conduta praticada pelo índio, em regra, é entendida também como ilícita segundo a organização social, os usos, costumes, crenças e tradições daquele povo, mas que, consideradas as circunstâncias do caso con-

533 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 48-49; VITTORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 341-343.

534 No sentido de atipicidade da conduta em situações similares, Torres menciona caso envolvendo o infanticídio-ritual na Guiné-Bissau, “em que ficou constatado que a representação que as mães faziam de seus filhos recém-nascidos como se fossem um ucu, espécie de espírito maligno, afastando a tipicidade da conduta pela falta de realização do tipo objetivo matar alguém” (TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 14, n. 46, p. 97-117 – Edição Especial 2015).

creto e segundo esses mesmos paradigmas, é entendida como legítima. Nessa situação – ao menos nos parece –, estaríamos diante de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

Em caso de ingresso de policiais à paisana em área ocupada e reivindicada por comunidade indígena Guarani-Kaiowa como terra tradicional, na região de Dourados/MS – palco de diversos conflitos envolvendo povos indígenas e produtores rurais, com histórico de conflitos e ameaças anteriores –, o laudo pericial antropológico produzido no curso da instrução processual penal salientou que, em contextos que implicam um embate étnico, os índios fazem plena referência e exaltam os próprios ditames culturais, embora possam entender que, em outros contextos, que não envolvem indígenas, no mundo dos “brancos”, a conduta de “matar alguém” é submetida às normas jurídicas e ao sistema punitivo da sociedade brasileira. No caso concreto, então, os atos praticados pelos índios – morte daqueles entendidos como invasores – não foram entendidos como crimes, não por uma incapacidade interpretativa, mas em virtude de as condutas praticadas terem sido entendidas como moral e normativamente lícitas, portanto, legítimas, pela sociedade indígena⁵³⁵. Aqui, sim, parece que se estaria diante de hipótese de exclusão da ilicitude – culturalmente condicionada.

Na avaliação das situações como as acima apontadas – atipicidade conglobante ou causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade –, fundamental a elaboração de laudo antropológico, estudo realizado visando chegar a interpretações e a uma compreensão do objeto analisado, produzindo explicações sobre fatos que envolvem a diversidade cultural dos povos indígenas, conforme acima já se discorreu⁵³⁶.

535 MURA, Fabio; SILVA, Alexandra Barbosa da; ALMEIDA, Rubem R. Thomaz de. *Laudo antropológico pericial para esclarecimento do grau de imputabilidade de indígenas envolvidos em crime de homicídio contra policiais civis na Comarca de Dourados, Mato Grosso do Sul*. Dezembro de 2006. In: MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal. Processo nº 0003857-34.2006.8.12.0002. Ação Penal de Competência do Júri. Autor: Ministério Público. Réus: Valmir Junior Savala e outro. Dourados, 3 de abril de 2006.

536 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

3.2.3 Competência, júri popular indígena e necessidade de punição

O art. 109, XI, da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça Federal para “processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas”. Por outro lado, entendimento consolidado no enunciado 140 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: “compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. Esse enunciado denota que nossa Corte Superior parece reduzir a expressão “direitos indígenas” a questões envolvendo conflitos sobre direitos de uma dada coletividade indígena. Essa interpretação, contudo, mostra-se restritiva e incompatível com o regramento constitucional dispensado aos povos indígenas.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em diversas decisões de caráter revisional⁵³⁷, ao destacar que a Constituição de 1988 preordenou um sistema de normas para efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios, aponta que a jurisprudência de nossos tribunais tem restringido o alcance da norma do inciso XI do art. 109, afirmando que a competência se dará apenas nos casos em que ocorrer ofensa direta a direito do povo indígena coletivamente considerado ou que tiverem por motivação a disputa pelo direito coletivo.

Afirma-se, nessas decisões, contudo, que as bases dos direitos indígenas estão estabelecidas nos arts. 231 e 232 da Constituição. Assim, todas as disputas relacionadas a direitos indígenas devem ser compreendidas em sua acepção menos restritiva, de disputas relacionadas aos direitos dos índios. Portanto, na acepção constitucional, direitos indígenas são direitos dos índios, sendo da competência da Justiça Federal toda e qualquer questão relacionada aos direitos dos

537 BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 648/2013*. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletins-2013/boletim-42/Indio%20comp%20federal%200193.pdf/view?searchterm=direitos%20ind%C3%ADgenas>>. Acesso em: 6 dez. 2015; BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 363/2013*, Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletins-2013/boletim-42/Indio%20comp%20federal%201140.pdf/view?searchterm=direitos%20ind%C3%ADgenas>>; BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 2406/2014*. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletins-2014/boletim-no-55/VOTO-2406-2014.pdf/view?searchterm=direitos%20ind%C3%ADgenas>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

índios e dos povos indígenas, inclusive aqueles descritos no art. 231: organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ou seja, sempre que se enfrentar questões envolvendo direitos dos índios, individuais ou coletivos, estaremos diante de direitos indígenas, a ensejar a competência da Justiça Federal.

Por outro lado, no julgamento de crimes dolosos contra a vida imputados a índios, incidirá o art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, que atribuiu competência privativa ao tribunal do júri. Trata-se de julgamento atribuído não a juízes togados, mas aos “pares do acusado”.

As raízes desse instituto, na Inglaterra, são anteriores à Magna Carta. No tempo de Henrique I, anterior a João Sem Terra, o julgamento era realizado por pessoas do local, convocadas para apreciar a matéria de fato nos processos criminais, que representava uma garantia de justiça, uma evolução em relação às ordálias ou juízos divinos⁵³⁸.

Com a Magna Carta, o Júri é mantido e reafirmado, constituindo garantia do indivíduo, nos seguintes termos: “Nenhum homem livre será encarcerado ou exilado, ou de qualquer forma destruído, a não ser pelo julgamento legal de seus pares e por lei do país”. No Brasil, foi previsto em todas as Constituições⁵³⁹.

Interessante questão surge quando o índio aparece na condição de autor do fato apontado como criminoso. Nessas situações, quem seriam os pares a proceder ao julgamento? Considerando as origens desse instituto, acima brevemente delineadas, conclui-se que um julgamento “pelos pares” somente ocorrerá nesses casos se o júri for integralmente composto por índios integrantes da etnia do autor do fato.

Foi o que decidiu o juízo criminal da Comarca de Pacaraima⁵⁴⁰, em Roraima, ao determinar que o julgamento de uma alegada tenta-

538 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 177-178.

539 *Ibid.*, p. 177-178.

540 RORAIMA. Tribunal de Justiça. Comarca de Paraima. *Processo nº 0000166-27.2013.8.23.0045*. Ação Penal. Autor: Ministério Público. Réus: Elcio da Silva Lopes. Pacaraima, 5 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/tjrr-siscom-webapp/pages/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=45&numero=1&listaProcessos=004513000166>. Acesso em: 30 out. 2016.

tiva de homicídio, ocorrida no interior da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em que todos os envolvidos eram índios, fosse realizado na área indígena e que o júri fosse composto exclusivamente por índios da etnia dos réus (Macuxi). A legalidade do júri indígena foi mantida pelo Tribunal de Justiça daquele estado⁵⁴¹. No julgamento, todos os réus foram absolvidos da acusação de homicídio. Segundo noticiado, a alegação dos acusados, de que a vítima estava dominada pela entidade indígena Canaimé, foi compreendida e aceita pelos “pares” que procederam ao julgamento⁵⁴².

Interessante destacar que, nesse caso, os Macuxi classificaram a arguição da defesa e dos promotores como “desrespeitosa” e “brutal”⁵⁴³, o que denota uma percepção do processo penal, especialmente aquele conduzido perante o júri popular, distante de um procedimento para se chegar a uma compreensão sobre o caso, mas sim de uma contenda, um duelo, em que as performances das partes irão definir que tem mais razão, e não onde e com quem está a verdade⁵⁴⁴.

Ainda com relação aos julgamentos pelo tribunal do júri, o art. 427 do Código de Processo Penal estabelece que, se algum interesse de ordem pública o reclamar ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, poderá ser determinado o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não subsistam tais motivos, com preferência daquela mais próxima.

Tal dispositivo, aplicado ao júri popular indígena, ensejaria o desaforamento para outra comunidade, preferencialmente da mesma etnia, localizada na área de competência da Seção ou Subseção da Justiça Federal competente para o caso – ou daquela mais próxima.

541 PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RORAIMA. *TJRR mantém legalidade de júri indígena*. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/654-tjrr-mantem-legalidade-de-juri-indigena>>. Acesso em: 30 out. 2016.

542 G1. *Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

543 VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 352.

544 SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

Ademais, em caso de condenação criminal de índio pela prática de crime, importante ponto a merecer especial atenção refere-se à necessidade de aplicação da pena. Sobre o tema, Queiroz⁵⁴⁵, citando Luigi Ferrajoli, afirma:

O direito penal, concebido como instrumento de defesa dos direitos fundamentais, e orientado para tutela desses direitos contra a violência arbitrária do mais forte, serviria, assim, à proteção dos mais débeis. Seria o código ou a lei do mais débil. Seria um mal menor diante do mal do delito, um mal menor diante de reações públicas ou privadas arbitrárias.

Daí justificar a intervenção do sistema penal por meio de uma equação: “um sistema penal está justificado só se a soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários – que está em condições de prevenir é superior às violências constituídas por delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas para estas. Naturalmente um cálculo deste tipo é impossível. Pode-se dizer, porém, que a pena está justificada como mal menor – o que é tanto como dizer só se é menor, ou seja, menos aflitivo e menos arbitrário – face a outras reações não jurídicas que é lícito supor que se produziram em sua ausência; e que, em geral, o monopólio estatal da potestade punitiva está tanto mais justificado quanto mais baixos sejam os custos do direito penal frente aos custos da anarquia punitiva”.

Além, então, da comprovação da presença de todos os elementos configuradores do crime, seria ainda imprescindível demonstrar a efetiva necessidade de aplicação da pena no caso concreto.

Nas condenações de índios a penas privativas de liberdade, ganha relevo uma ponderação das funções da pena criminal (retributiva/reprovação e preventiva/utilitária) frente à finalidade do Direito, de pacificação social, e à demora do sistema de justiça em decretar em definitivo uma condenação, com o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória.

Na realidade vivenciada pelos povos indígenas do Oeste de Santa Catarina, por exemplo – em que as comunidades estão confinadas nas reduzidas áreas em que concluídos os processos de demarcação –, são frequentes conflitos intra e interétnicos, muitas vezes com violência e, em alguns casos, até mesmo com a morte de algum dos envolvidos.

545 QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 430-431.

Não é incomum nessas situações que, muitos anos após os fatos e quando já pacificada a comunidade, com a perfeita reintegração do índio autor do fato criminoso – algumas vezes até alçado à condição de cacique –, sobrevenha o trânsito em julgado de uma decisão condenatória, determinando o encarceramento do condenado.

Nesses casos, a par da adequada aplicação do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, acima já referido, mostra-se importante também uma ponderação acerca da efetiva necessidade de aplicação da pena privativa de liberdade, que leve em consideração a realidade sociocultural atual do apenado e de sua comunidade.

3.3 Posse permanente de terras tradicionais

Embora a demarcação de terras tradicionais seja uma questão central relacionada aos povos indígenas, pois aspecto fundamental para assegurar sua autodeterminação e integridade cultural – conforme visto a seguir –, além de fonte de variados e violentos conflitos no país⁵⁴⁶, trata-se de tema cuja complexidade, em especial no caso brasileiro, demanda um estudo exclusivo. Ademais, trata-se de matéria que, atualmente, não mais constitui motivo das frequentes demandas do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina – foco central deste trabalho –, pois todos os processos de demarcação da região já se encontram concluídos ou judicializados, em ações que tramitam nas instâncias extraordinárias, em que produtores rurais ou associações de agricultores buscam anular as portarias de demarcação expedidas pela União. Também por essas razões, esse tema não será objeto de análise neste estudo.

Contudo, outras questões relativas à terra também impactam diretamente na cultura e na vida dos povos indígenas. Duas delas, mais diretamente relacionadas à realidade do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina – arrendamento de áreas para o agronegócio e empreendimentos hidrelétricos que impactam terras indígenas – serão analisados nos tópicos seguintes. Antes, contudo, necessário analisar

546 Segundo Kymlicka, as lutas dos indígenas por suas terras são a maior causa de conflitos étnicos no mundo (KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 43).

alguns aspectos da relação dos povos indígenas com as terras que tradicionalmente ocupam.

Segundo Anaya⁵⁴⁷, enquanto as características particulares das culturas indígenas variam entre os diferentes grupos, um traço comum tende a ser uma forte conexão com suas terras e recursos naturais. Nesse sentido, Johnston⁵⁴⁸ afirma que os povos indígenas veem sua relação com a terra como central a sua identidade coletiva e seu bem-estar. Além disso, essa relação especial com a terra parece ser universalmente compartilhada por todos os povos indígenas. Nessa perspectiva, povo, terra e cultura são elementos indissociavelmente interligados. A terra não é vista como um simples meio de produção, ou uma *commodity* a ser adquirida ou vendida, mas um elemento com valor intrínseco, relacionado a uma forma de vida.

Por outro lado, a história demonstra haver uma forte correlação entre a perda da terra tradicional e a marginalização dos povos indígenas. Desalojados de suas terras tradicionais, que possibilitam sua sobrevivência física e cultural, os povos indígenas tornam-se vulneráveis às pressões desintegradoras da cultura dominante. Sem a terra, a vida desses povos é privada de coerência e distintividade⁵⁴⁹.

Portanto, a sobrevivência dos povos indígenas, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, depende profundamente da manutenção de sua base territorial, bastante vulnerável ao poder político e econômico da sociedade abrangente.

Em virtude disso, todas as normas internacionais acerca dos povos indígenas destacam a importância de seu direito à terra. Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 13, estabelece que “os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios”⁵⁵⁰. Além disso, mesmo o Pacto Internacional

547 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 35.

548 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 193-194.

549 *Ibid.*, p. 194.

550 KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 43.

sobre Direitos Cíveis e Políticos⁵⁵¹ e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁵², ao reafirmarem, em seus artigos 1º, que “todos os povos têm direito à autodeterminação”, prevendo que, “em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência”, constituem fundamento a assegurar o direito dos povos indígenas às suas terras e aos recursos naturais de que necessitam⁵⁵³.

Todos esses documentos destacam o caráter *sui generis* do direito dos povos indígenas às suas terras, cuja natureza é totalmente distinta de um direito de propriedade civilista, apresentando um caráter coletivo, incluindo uma combinação de direito de posse, uso e gestão da terra e dos recursos naturais⁵⁵⁴.

A Constituição Federal de 1988, também preocupada com esse aspecto, dedicou seu art. 231 quase que integralmente à regulamentação do direito às terras tradicionais dos povos indígenas, destacando sua natureza coletiva, de um direito conferido em comum ao conjunto dos seus membros e não individualmente aos membros do grupo⁵⁵⁵. Nesse dispositivo, assegura aos povos indígenas a posse permanente de suas terras tradicionais, cuja propriedade continua com a União, conforme art. 20, XI, da Constituição. Estabelece, ainda, a inalienabilidade e a indisponibilidade dessas terras, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas inerentes.

Essa conformação, se de um lado assegura maior proteção à base territorial ocupada pelos povos indígenas, de outro, gera um efeito indesejável, pois torna praticamente impossível, por exemplo, a obtenção de empréstimo por parte dos índios, que não dispõem de nenhum bem para oferecer em garantia. Diante da impossibilidade de obtenção de financiamento para atividades produtivas e da ausência de políticas de desenvolvimento sustentável para esses povos, surge um dos principais problemas envolvendo as terras indígenas do Oeste

551 Internalizado no país pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

552 Internalizado no país pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

553 ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004. p. 36.

554 *Ibid.*, p. 37-39.

555 JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 195.

catarinense: o arrendamento de extensas áreas aos produtores rurais não indígenas para o plantio de soja transgênica.

3.3.1 Arrendamento e desenvolvimento sustentável

O arrendamento de áreas para produtores rurais não indígenas no Oeste de Santa Catarina tem ocorrido principalmente na Terra Indígena (TI) Xaçupé, a mais populosa do estado, com cerca de 5,5 mil índios⁵⁵⁶. Sua demarcação administrativa foi homologada pelo Decreto nº 297/91, assegurando ao povo Kaingang uma área de 15,6 mil hectares⁵⁵⁷, localizada atualmente nos municípios de Ipuçu e Entre Rios, no Estado de Santa Catarina.

Trata-se de grupo Kaingang em intenso contato com a sociedade envolvente, que, de um lado, sofre os influxos do processo de globalização homogeneizante – principalmente em virtude do interesse do agronegócio e de empreendimentos hidrelétricos no uso de suas terras tradicionais –, e, de outro, especialmente com o advento da Constituição de 1988, reivindica a promoção de seus direitos e a tutela estatal com relação a seus usos, costumes e tradições, a partir de suas cosmovisões, suas específicas concepções de bem.

No centro de muitos dos conflitos ocorridos naquela área indígena está a questão da terra, objeto de interesse do agronegócio – produtores rurais vizinhos –, que veem na TI Xaçupé uma oportunidade para ampliação de suas lavouras de soja transgênica e obtenção de lucro, sem qualquer preocupação com a preservação da cultura e das tradições do povo Kaingang nem com a preservação ambiental das áreas exploradas. Curiosamente, o grupo que mais intensamente se opõe à demarcação de terras indígenas tradicionais é justamente aquele que mais tem se beneficiado da exploração dessas áreas.

Premidos pela falta de alternativas para obtenção de renda, desprovidos de qualquer fonte de financiamento ou projetos de desen-

556 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Povos Indígenas no Brasil. *Kaingang*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang/286>>. Acesso em: 29 out. 2016.

557 BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 297, de 29 de outubro de 1991*. Homologa a demarcação administrativa da Área Indígena Xaçupé, no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D297.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

volvimento, os indígenas acabam não tendo outra opção que não perpetuar a prática de arrendamento, cuja origem remonta ao período tutelar do extinto SPI.

Nesse processo, lideranças indígenas são cooptadas, mediante o pagamento de parcela do resultado da produção obtida, e os benefícios acabam sendo usufruídos por uma minoria dos índios, aquelas famílias que, em decorrência do processo histórico interno, acabaram sendo agraciadas com áreas da terra tradicional, denominadas pelos Kaingang como “sítios”. Esses detentores de “sítios”, em regra, são as famílias mais tradicionais da terra indígena, relacionadas às atuais e antigas lideranças⁵⁵⁸.

A imensa maioria dos indígenas, contudo, permanece alijada desse processo e, não dispondo de áreas nem mesmo para uma atividade agropecuária de subsistência, tem que buscar fontes de renda trabalhando nos serviços públicos de educação e saúde dentro da terra indígena, ou nas agroindústrias da região, ou, ainda, como empregados dos produtores rurais vizinhos.

Por outro lado, o interesse econômico em se tornar detentor de sítios com áreas cada vez maiores, para o arrendamento, fomenta o conflito interno, com a retirada forçada de famílias de seus “sítios” – às vezes, com expulsão até mesmo da própria terra indígena –, especialmente quando há mudança de cacique, alterando as relações internas de poder.

O povo Kaingang, já vítima de um longo processo histórico de assimilação pela sociedade nacional, se vê agora também submetido à avalanche homogeneizante da globalização – através do agronegócio –, que ignora as peculiaridades locais, a diversidade cultural e até mesmo as fronteiras nacionais, impondo unicamente os valores neoliberais do lucro econômico e da eficiência alocativa.

A partir de representação formulada perante a Procuradoria da República em Chapecó/SC, foi instaurado Inquérito Civil⁵⁵⁹ para apu-

558 Conforme apurado em Inquérito Civil instaurado na Procuradoria da República em Chapecó/SC. (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000297/2014-09*. Instaurado em: 24/06/2014).

559 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000297/2014-09*. Instaurado em: 24/06/2014.

rar o arrendamento de áreas da TI Xaçepó, promovido pelos caciques (antigos e atuais) daquela terra indígena. A representação trazia um relato histórico sobre o processo de expulsão dos indígenas Kaingang do Oeste de Santa Catarina e de ocupação de suas terras tradicionais por empresas madeireiras e colonizadoras, a atuação do SPI em benefício desse processo expropriatório e de opressão aos indígenas, chegando ao processo de cooptação e corrupção das lideranças indígenas, concluindo por afirmar que todos os caciques daquela terra indígena, sem exceção, praticaram o arrendamento de áreas da comunidade em benefício próprio.

O representante também discorria sobre a constituição de uma “cooperativa indígena”, que teve como resultado, segundo ele, o enriquecimento de caciques e seu pequeno círculo de poder, os “brancos” associados e os “consultores” do empreendimento, fazendo ainda avançar ao extremo um processo de concentração de terras dentro da área indígena, pois os índios que moravam ou produziam em terrenos de médio e grande porte, adequados ao plantio mecanizado, foram obrigados a liberar a terra para exploração direta pela Cooperativa e se mudarem para a Aldeia Sede, recebendo em troca quantias irrisórias a título de “pagamento” pelas terras ou benfeitorias. Assim, segundo ele, a Sede do Posto Chapecó tornou-se o que é hoje: “uma imensa vila, quase uma imensa favela”, e as terras foram concentradas nas mãos das famílias dos caciques.

Todo esse quadro, conforme o representante, seria consequência de uma prática usual, pela qual os caciques eram “presenteados” para colaborar com a exploração de riquezas das terras indígenas, perpetrada por órgãos do governo e particulares interessados ou beneficiados por esse processo.

Esse relato – que se coaduna perfeitamente com todo o processo histórico do povo Kaingang no Oeste de Santa Catarina, conforme exposto no início deste trabalho – restou amplamente comprovado no curso das investigações, tendo sido constatada a prática de arrendamento de um área entre 3.500 e 4.000 hectares da TI Xaçepó nas safras de verão, em sua quase totalidade, para o plantio de soja transgênica – em algumas poucas áreas, houve o plantio de milho –, sem

qualquer preocupação com os impactos socioambientais e culturais dessas práticas.

Em 2013, houve inclusive uma tentativa de buscar dar ares de legalidade a essa prática, formalizando-a através do que se denominou “Plano de Gestão Territorial”, documento elaborado por um ex-cacique e seus “consultores”. Esse documento, apesar de não afirmar isso de forma explícita, tinha por única e exclusiva finalidade fixar os percentuais que cada um dos atores envolvidos – cacique, famílias “detentoras” de sítios, “consultores” e produtores rurais – receberia do resultado da produção agrícola das áreas arrendadas. Nada de concreto havia nesse documento quanto à implantação de um plano de desenvolvimento socioeconômico para o conjunto da comunidade indígena, que permaneceria à margem de todo esse processo.

A licitude dessa prática do arrendamento tem sido muito discutida, havendo uma forte corrente que afirma que ela não encontraria guarida em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, é vedada expressamente pelo art. 18 do vetusto Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73⁵⁶⁰ – e também não encontraria acolhida no art. 231 da Constituição Federal⁵⁶¹, que assegura o direito dos índios às suas terras tradicionais. Da mesma forma, não estaria em consonância com a

560 “Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§ 1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.”

561 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[...]

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

Convenção nº 169 da OIT, que também estabelece o direito exclusivo dos indígenas à posse de suas terras tradicionais⁵⁶².

Ademais, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol⁵⁶³, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como uma das condicionantes da declaração de constitucionalidade daquela demarcação, que as terras indígenas não podem ser objeto de arrendamento.

O arrendamento de terras indígenas também já foi levado à deliberação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu a ilicitude dessa prática, inclusive sob o viés criminal dessa conduta⁵⁶⁴.

Contudo, essa vedação taxativa da possibilidade de arrendamento pelo índios de parcela de suas terras tradicionais parece denotar uma certa visão “essencialista”, permeada por estereótipos do que seja

562 “Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

[...]

Artigo 17

[...]

2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes.

Artigo 18

A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.”

563 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 mar 2009. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 out. 2016.

564 Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma. Apelação Criminal nº 2001.04.01.080440-0. Relator: Volkmer de Castilho. Julgado em 24 jul. 2002. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 25 out. 2016; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 7ª Turma. Apelação Criminal nº 2004.71.04.001937-6. Relator: José Luiz Borges Germano da Silva. Julgado em 29 jun. 2004. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 25 out. 2016.

um índio “puro”, um “índio de verdade”, que pretende aprisionar os povos indígenas a um passado que não existe mais. Essa perspectiva, contudo, não se mostra a mais adequada à autodeterminação desses povos, assegurada pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais já analisados, configurando interferência indevida em questões internas desses grupos, na esfera de sua autonomia e autogoverno.

Nessa linha, pode-se argumentar que o arrendamento encontraria fundamento no próprio art. 231 da Constituição Federal, que confere aos indígenas a posse permanente de suas terras tradicionais – cuja titularidade permanece com a União, conforme art. 20, XI –, bem como o usufruto exclusivo das riquezas do solo. Nos termos do art. 1.394 do Código Civil, “o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”, sendo pacífico o entendimento quanto à possibilidade de locação do bem por parte do usufrutuário⁵⁶⁵.

Por outro lado, a previsão constitucional de posse permanente pelos índios de suas terras tradicionais (art. 231, § 2º) parece conflitar com o arrendamento dessas áreas, mesmo que parcial, para os agricultores. Contudo, talvez possa ser concebido um modelo em que o povo indígena, mesmo cedendo algumas áreas para produtores rurais não indígenas, mantenha o controle de todo o seu território e das atividades produtivas nele realizadas, mantendo incólume a sua autodeterminação.

Tal discussão, contudo, perde sentido no caso específico da TI Xapecó, onde foi constatada uma clara situação de dominação e opressão, em que a ampla maioria da comunidade vê seu direito à terra solapado por parte de lideranças, produtores rurais, consultores e alguns poucos indígenas beneficiados. Nesse sentido, as diversas representações, relatos e demandas, de índios e de associações indígenas criadas na busca de acesso à terra e melhores condições de vida na TI Xapecó, que aportaram no curso das investigações do referido inquérito civil.

Diante desse cenário, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública, visando condenar o ex-cacique e os consultores en-

565 Venosa afirma que, “podendo usufruir da coisa, auferir seus frutos naturais e civis. O usufrutuário pode, portanto, ceder a coisa a terceiros, dá-la em locação e comodato, ou qualquer outro negócio atípico para essa finalidade” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 426).

volvidos a devolverem os valores auferidos com o arrendamento⁵⁶⁶. Também foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com os produtos rurais envolvidos na prática de arrendamento, em que estes assumiram o compromisso de pôr fim a essa prática, bem como de efetuar o pagamento de valor correspondente a um percentual da produção agrícola, como ressarcimento à comunidade indígena pela exploração indevida de sua terra tradicional. Esses valores estão sendo depositados em uma conta judicial, para aplicação em um projeto de desenvolvimento sustentável para aquela comunidade, a ser desenvolvido pelos próprios indígenas, sob a coordenação da FUNAI e com apoio de técnicos daquela fundação e de outros órgãos públicos.

Em outra ação⁵⁶⁷, as atuais lideranças da TI Xapecó e o produtores rurais firmaram acordo – após exaustivas tratativas –, acolhendo proposta de transição⁵⁶⁸ para pôr fim à prática de arrendamento. No desenrolar desse processo, verificou-se que o fim abrupto dessa prática poderia gerar uma grande tensão na comunidade, podendo levar a conflitos e violência, especialmente quando considerado o faccionalismo e o notório *ethos* guerreiro do povo Kaingang e as relações de dominação existentes naquela terra indígena. A solução construída com indígenas e produtores rurais foi cancelada pela Justiça Federal, que determinou à FUNAI a sua implementação.

566 Em sentença prolatada em 28/09/2016 (Evento 151 dos autos eletrônicos), o pedido formulado pelo Ministério Público Federal foi julgado parcialmente procedente, decretando a perda em favor da Terra Indígena Xapecó de uma caminhonete, um arado e um trator agrícola, que haviam sido adquiridos pelo ex-cacique com os recursos do arrendamento, e, ainda, condenando o ex-cacique ao ressarcimento de R\$ 27.500,00 e os consultores e sua empresa ao ressarcimento de R\$ 119.012,00, relativos aos valores auferidos ilícitamente pela prática ilegal de arrendamento de terras indígenas, a serem monetariamente atualizados e acrescidos de juros de mora, desde a indevida apropriação pelos réus, até o efetivo pagamento, e destinados à Terra Indígena Xapecó (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5004146-50.2015.4.04.7202*. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Gentil Belino e outros. Chapecó, 26 de maio de 2015).

567 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5002762-52.2015.4.04.7202*. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Osmar Barbosa e outros. Chapecó, 13 de abril de 2015.

568 Essa transição prevê a extensão dos termos do TAC firmado com os produtores rurais para as safras 2015/2016 e 2016/2017, com o incremento, nessa última safra, do percentual do resultado da produção destinado à conta judicial e redução de 50% da área cultivada pelos produtores rurais não indígenas. Atualmente, os valores depositados nessa conta judicial, a serem destinados à implementação de um projeto de desenvolvimento sustentável para a TI Xapecó, perfaz o montante de R\$ 889.714,41 (oitocentos e oitenta e nove mil, setecentos e catorze reais e quarenta e um centavos).

Vê-se, portanto, que o povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina também sofre pressão do denominado agronegócio e do processo de globalização, que – ao contrário do prometido – não resultou em uma economia unificada em escala mundial, homogênea e totalmente integrada, tratando-se, em verdade, de um processo de desenvolvimento assimétrico e desigual, em que as economias centrais participam de um modo muito mais ativo que as economias menos desenvolvidas, que tendem a ficar marginalizadas⁵⁶⁹.

Nesse processo, foram retomadas ideias do liberalismo clássico, quando se desenvolveu a tese da *preguiça natural das classes trabalhadoras*: os trabalhadores são pobres porque seriam preguiçosos, não fazem poupança e não seriam inteligentes⁵⁷⁰. A pobreza, assim, era vista como fruto da preguiça. Com o neoliberalismo, a falta de emprego também é encarada como responsabilidade do trabalhador, que necessita buscar qualificação para melhorar sua “empregabilidade”. Tudo passa a ser uma questão de empreendedorismo e vontades⁵⁷¹, desconsiderando-se por completo as desigualdades estruturais de nossa sociedade. Essas ideias, como visto no início deste trabalho, se coadunam perfeitamente com a visão etnocêntrica e preconceituosa em relação aos povos indígenas, que ainda permeia o imaginário nacional e vê os índios – especialmente aqueles que não se enquadram no estereótipo do “índio de verdade”, como os Kaingang – como “preguiçosos”, pouco afeitos ao trabalho.

As desigualdades geradas nesse processo têm levado à busca de novos modelos, que levem à superação das assimetrias econômico-espaciais e tecnológico-espaciais, gerando reflexões sobre a nova relação simbiótica entre o espaço global e os âmbitos local e regional, vistos como estratégicos na configuração do processo de globalização⁵⁷².

569 SORENSEN, Georg. *La transformación del estado. Más allá del mito del repliegue*. Valencia: Tiran lo Blanch, 2010. p. 51-52.

570 NUNES, António José Avelãs. *O estado capitalista e suas máscaras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 67.

571 BRANDÃO, Carlos. *Território & desenvolvimento*. As múltiplas escalas entre o local e o global. Campinas: Editora Unicamp, 2014. p. 46.

572 FERNÁNDEZ, Víctor Ramiro. *Desarrollo regional, espacios nacionales y capacidades estatales*. Redefiniendo el escenario global-local. Santa Fe: Ediciones UNL, 2003. p. 15-21.

Essa reflexão ganha relevo quando envolve povos tradicionais, que já vivenciaram um processo de opressão e territorialização (artificial) – atualmente confinados em reduzidas áreas das terras que tradicionalmente ocupavam – e agora se veem expostos também ao processo de globalização, pela pressão do agronegócio⁵⁷³ em relação às suas áreas demarcadas, vistas como uma oportunidade de obtenção de elevados lucros, com o plantio de soja transgênica. Nesse panorama, a busca por alternativas viáveis de desenvolvimento para os povos indígenas apresenta enorme importância.

O desafio, no caso da TI Xaçecó, é propiciar condições para que os Kaingang possam definir e implementar um modelo de desenvolvimento sustentável adequado aos seus paradigmas culturais, canalizando os diminutos recursos disponíveis – basicamente aqueles oriundos do TAC e das ações judiciais acima referidas, pois não há no país qualquer política oficial de fomento para os povos indígenas – em uma alternativa que se mostre viável e atrativa para aquele povo indígena, evitando a repetição das práticas de arrendamento – ao menos, não reproduzindo o atual modelo de dominação e opressão, que exclui a grande maioria da comunidade. Necessário destacar que a invisibilidade desses povos, desprovidos de políticas públicas de desenvolvimento, aliada às deficiências estruturais da FUNAI – autarquia incumbida da implementação da política indigenista no país –, são fatores que tornam o desafio ainda maior.

Esse desafio, contudo, também representa uma oportunidade de início de mudança de paradigma, que busque resgatar a relação dos Kaingang com sua terra tradicional, elemento fundamental à autodeterminação daquele povo indígena, apartando-se da lógica do agronegócio e dos influxos de uma globalização assimétrica, que só têm agravado a desigualdade e a miséria que há décadas impera na TI Xaçecó.

3.3.2 Empreendimentos hidrelétricos

Diversos empreendimentos hidrelétricos têm sido instalados nos últimos anos no Oeste de Santa Catarina, tanto ao longo do

573 E também empreendimentos hidrelétricos e de mineração, os primeiros, abaixo examinados.

Rio Uruguai, quanto nos cursos d'água das demais bacias da região. Muitos desses empreendimentos que se pretende implantar, principalmente aqueles relativos a Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), impactam terras indígenas do povo Kaingang. As promessas aos índios, especialmente às lideranças, são sempre tentadoras: muito dinheiro e desenvolvimento para as comunidades impactadas.

Nessa matéria, algumas questões merecem especial atenção. A primeira diz respeito à viabilidade legal desses projetos. Conforme determina a Constituição Federal, ao estabelecer no art. 231 um amplo conjunto de proteção às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, o aproveitamento dos potenciais energéticos dos recursos hídricos em áreas indígenas está condicionado à autorização do Congresso Nacional e à prévia consulta às comunidades indígenas afetadas (art. 231, § 3º). Além dessas condições, a Constituição também determina que eventual exploração desses potenciais energéticos somente poderá ocorrer em casos de relevante interesse público da União e segundo o que dispuser lei complementar, conforme o disposto no § 6º do mesmo art. 231⁵⁷⁴.

Passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1998, ainda não foi editada a lei complementar prevista no § 6º do art. 231, não havendo parâmetros legais – normas gerais –, portanto, para que se possa aferir a existência ou não de relevante interesse público que autorizaria, excepcionalmente, a exploração dos potenciais energéticos dos recursos hídricos localizados em terras indígenas – ou que importem em supressão, mesmo que parcial, dessas áreas.

Importante destacar uma vez mais que o regramento constitucional estabelece a tutela das terras indígenas não sob um enfoque civilista, mas como o espaço em que se desenvolvem seus modos de vida tradicional, onde se reproduzem e preservam seus usos, costumes e tradições, colocando-as a salvo de qualquer exploração econômica de

574 “Art 231 [...]”

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

suas riquezas naturais por não índios, salvo nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição, cuja aplicabilidade está condicionada à edição de lei complementar, ainda inexistente em nosso ordenamento.

Alguns grupos econômicos interessados nesses empreendimentos, contudo, têm afirmado que seria suficiente apenas o atendimento ao disposto no § 3º do art. 231 da Constituição Federal – autorização do Parlamento e consulta prévia aos povos indígenas –, afirmando que a exigência de edição de lei complementar do § 6º não abrangeria as situações regradas naquele outro parágrafo.

A Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, provocada a se manifestar sobre o tema, elaborou a Informação nº 39/2013/PFE-FUNAI/PGF/AGU-COMAF, de 28 de junho de 2013⁵⁷⁵, onde interpreta os dispositivos constitucionais que tratam da exploração dos rios e potenciais energéticos em áreas indígenas, concluindo de forma semelhante que:

Destarte, verifica-se que o § 6º do artigo 231 da Constituição refere-se expressamente, como norma geral, à nulidade e extinção dos atos, dentre outros, que envolvam a exploração das riquezas naturais, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígena (*sic*) – ou seja, obsta a prática dos atos a que se refere, ressalvando a existência de relevante interesse público da União, condicionada ao que dispuser lei complementar.

Uma vez que, após mais de vinte anos decorridos da promulgação da Carta Magna, ainda inexistente a citada lei complementar, não há como ser atendido o pressuposto básico de configuração do relevante interesse público, o que inviabiliza legalmente o empreendimento em tela, impossibilitando ademais que esta Fundação proceda a qualquer medida administrativa pertinente ao caso.

Assim, enquanto não editada a referida lei complementar, incabível sequer dar início a projeto que tenha como objeto a exploração de potenciais energéticos de recursos hídricos em terras indígenas. Em vindo a ser editada essa norma, outras questões ganham relevo, inclusive quanto aos termos dessa normatização. Uma delas, relativa à necessidade de consulta aos povos indígenas impactados pelo empreendimento que se pretende implantar.

575 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000192/2008-01*. Instaurado em: 18/09/2008.

Trata-se de imposição não apenas das normas internacionais já referidas, mas da própria Constituição Federal, nos claros termos do art. 231. Na condução desse processo, deverão ser observados todos os aspectos envolvendo o direito de consulta dos povos indígenas, conforme analisado neste trabalho. A matéria, já bastante complexa em virtude da diversidade cultural envolvida, resta ainda mais delicada em razão dos aspectos ambientais que também devem ser considerados, em especial quanto aos reflexos para os povos indígenas.

A outra questão, também relevante, diz respeito à participação dos povos indígenas no resultado da exploração dessas fontes energéticas, de significativo valor econômico em nossa sociedade. Nesse sentido, o artigo 15 da Convenção nº 169 da OIT assegura aos povos indígenas o direito de participar da utilização, administração e conservação dos recursos naturais existentes nas suas terras. Sobre a exploração dos recursos do subsolo, mesmo quando de propriedade do Estado, garante o direito de consulta aos povos indígenas e também a participação nos benefícios dessa atividade.

Em sentido semelhante, a Constituição Federal, embora atribua a propriedade dos recursos do subsolo à União (art. 20, IX), assegura expressamente no art. 231 a participação dos povos indígenas no resultado da lavra. Apesar de silente em relação à participação na exploração dos potenciais energéticos, trata-se de decorrência da autodeterminação dos povos indígenas, que não podem ser alijados dos resultados da exploração de quaisquer recursos naturais existentes em suas terras, conforme assegurado pela Convenção nº 169 da OIT.

Importante destacar, ainda, que qualquer previsão acerca da participação, pelo proprietário, na exploração de recursos naturais em propriedades reguladas pelo direito civil, deve ser estendida também aos povos indígenas, sob pena de se incorrer em flagrante discriminação⁵⁷⁶. Essa participação nos resultados da atividade, contudo, não exige a adoção das necessárias medidas mitigatórias e compensatórias

576 ANAYA, James. Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 22, n. 1, 2005. p. 10.

dos impactos sofridos pelos povos indígenas, que também devem ser implementadas, segundo o que for apurado em competente estudo⁵⁷⁷.

3.4 Educação escolar indígena e língua materna

Conforme já analisado, a identidade das pessoas não é formada de maneira monológica, não havendo “uma pepita individual à espera de cada criança para se expressar”, pois somente a família e a sociedade permitem seu desenvolvimento livre. Portanto, à família e à sociedade incumbe a tarefa de, de acordo com seus valores, auxiliar as crianças a formarem sua identidade, pois estas não começam a vida com valores próprios. Dessa forma, a educação, em um sentido amplo, associado à noção de reprodução social, tem necessariamente de apelar a valores e transmiti-los mais intensamente do que simplesmente fomentar um respeito pelos procedimentos e ideais de neutralidade da teoria liberal. Ensinar às crianças que elas apenas devem aceitar uma concepção política, em que as concepções morais, religiosas ou filosóficas das outras pessoas não sejam reprimidas e discriminadas, significa riscar a possibilidade de situações em que existam concepções do bem incompatíveis com o liberalismo, ou mesmo entre si. Embora o liberalismo afirme que o estado deve ser indiferente às variadas concepções do bem, a variedade de concepções existentes irá depender do que acontece na educação⁵⁷⁸. Cabe lembrar uma vez mais que o liberalismo, como já destacado, também é um credo em luta, reafirmando-se constantemente, no confronto com outras concepções de bem e de vida boa.

Dessa forma, a educação escolar, conduzida por instituições dirigidas pelo Estado e situada, por isso, no domínio político, tem dois papéis importantes a desempenhar. Primeiro, na reprodução social, com a propagação de valores, que inclui objetivos coletivos. Depois, a partir do momento em que as crianças se desenvolvem e acabam por formar

577 ANAYA, James. Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 22, n. 1, 2005. p. 39.

578 APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade e sobrevivência. Sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 174.

sua identidade, sua autonomia deve ser respeitada, e o estado liberal – e a educação escolar – tem um papel importante ao proteger a autonomia das crianças contra os pais, as religiões e as próprias comunidades⁵⁷⁹.

Esse papel central da educação escolar no respeito e na promoção da diversidade étnica e cultural tem sido destacado em diversas normas internacionais. Nesse sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁵⁸⁰, em seu artigo 14, estabelece que esses povos “têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativos, que ofereçam educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem”. De forma semelhante, o artigo 27 da Convenção nº 169 da OIT afirma que os programas e os serviços de educação destinados aos povos indígenas “deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles”, de forma a responder às suas necessidades particulares, e “deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais”.

A Constituição Federal também denota clara preocupação com as especificidades da educação escolar indígena. Além dos dispositivos já comentados acerca da proteção à cultura e à identidade dos povos indígenas, estabelece, no § 2º do seu art. 210, que “o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, além de replicar esse dispositivo da Constituição (art. 32, § 3º), também determina o estudo da história dos povos indígenas em todos os estabelecimentos de ensino fundamental e do ensino médio, públicos e privados (art. 26-A), apresentando ainda um amplo conjunto de medidas a serem desenvolvidas pela União para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas.

579 APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade e sobrevivência. Sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 175.

580 Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

Esse amplo conjunto de normas, contudo, não tem garantido a efetiva prestação de uma educação diferenciada e de qualidade ao povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina. Em verdade, a única peculiaridade da educação escolar indígena na região parece residir em ela estar sendo prestada com qualidade ainda inferior àquela do restante da rede pública de ensino. Dados do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb)⁵⁸¹, do ano de 2013, relacionam duas escolas da Terra Indígena Xapecó – Cacique Vanhkre e Pinhalzinho – entre os três piores índices daquele ano, entre todas as escolas do estado de Santa Catarina. Essas escolas, com índices de 2,9 e 3,2, respectivamente, apresentam resultado muito inferior à média do estado naquele ano – índice de 6,0⁵⁸².

Embora não sendo o Ideb um instrumento de avaliação perfeitamente adequado às peculiaridades da educação escolar indígena, trata-se de um indicador que não pode ser totalmente desprezado, pois, no mínimo, mostra que as condições e a qualidade do ensino escolar dispensado aos Kaingang – a par de qualquer consideração acerca do efetivo caráter intercultural desse ensino – são ainda inferiores às daquelas das demais escolas, frequentadas por estudantes não índios.

Além disso, nas visitas realizadas às terras indígenas, em decorrência da atuação na Procuradoria da República em Chapecó/SC, são constatados frequentes problemas na prestação do serviço de educação e na infraestrutura das escolas indígenas, que vão desde a falta de alimentos e inexistência de um cardápio efetivamente diferenciado para os estudantes indígenas, adequado à sua cultura; falta ou baixa velocidade de acesso à Internet; até condições precárias das edificações dessas escolas⁵⁸³.

Assim, medidas necessitam ser implementadas pelo Poder Público, concentrando esforços e recursos nas escolas indígenas da

581 BRASIL. INEP. *Estatísticas do Ideb 2015*. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/portal-ideb/planilhas-para-download>>. Acesso em: 12 out. 2016.

582 BRASIL. INEP. *IDEB - Resultados e Metas*. Disponível em: <<http://ideb.inep.gov.br/resultado/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

583 Nesse sentido, os fatos apurados nos seguintes procedimentos: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000337/2013-23*. Instaurado em: 29/07/2013; BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000527/2013-41*. Instaurado em: 19/11/2013.

região para que esse quadro de extrema desigualdade possa ser modificado. Tal tratamento favoravelmente diferenciado em relação às escolas indígenas encontra fundamento no âmbito do próprio liberalismo político – em seu viés igualitário –, pela aplicação do princípio da diferença, que permite desigualdades sociais e econômicas que visem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade, conforme analisado no capítulo anterior.

Com relação ao aspecto intercultural da educação escolar do povo Kaingang no Oeste catarinense, duas questões, analisadas nos tópicos seguintes, apresentam especial interesse: o ensino na língua materna e a função de professor indígena.

3.4.1 Língua kaingang

Os estados modernos historicamente suprimiram a diversidade cultural em nome da unidade nacional, visando a construção dos estados-nação. Para atingir esse objetivo, uma das políticas empregadas foi a adoção da língua do grupo dominante como o idioma oficial do estado, a única possível de ser utilizada na burocracia estatal, nos tribunais, nos serviços públicos, no exército e no ensino superior. A difusão de uma única língua era vista como favorável à democracia, por possibilitar aos cidadãos comunicarem-se uns com os outros, bem como à promoção de igualdade de oportunidades, pois os grupos minoritários não estariam mais em desvantagem na competição pelo ensino superior e na economia⁵⁸⁴.

Na longa história de assimilação, expulsão e exclusão dos povos indígenas no continente americano, muitas línguas desapareceram ou estão em vias de desaparecer, em virtude do reduzido número de falantes que restaram. Nesse contexto, políticas relativas às línguas indígenas têm em grande parte um caráter simbólico. Aprender e usar algumas frases na língua materna torna-se um sinal de pertencimento ao grupo e, quando usado em público, uma marca de reconhecimento cultural, embora não haja expectativas concretas de que aquela lín-

584 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. p. 10-13. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016.

gua se torne sua linguagem de comunicação do dia a dia, ou a utilizada pelas instituições públicas⁵⁸⁵.

Os Kaingang no Oeste de Santa Catarina vivem em grande medida esse dilema. Enquanto na Aldeia Condá a língua Kaingang efetivamente é o idioma dominante, com a totalidade de seus membros falantes da língua materna, muitos tendo inclusive dificuldades com o português ou até mesmo não conseguindo se expressar nesse idioma, nas demais terras indígenas, segundo estimativas da Coordenação Regional da FUNAI e dos próprios indígenas, menos de 30% são falantes do Kaingang, sendo o português a língua amplamente dominante.

Em visita realizada em setembro deste ano à Aldeia Condá⁵⁸⁶, os índios falaram sobre suas dificuldades em conseguir se comunicar em vários espaços públicos, como, por exemplo, quando necessitam de atendimento em hospitais. Disseram que, em sua visão, a língua é fundamental para preservação da cultura e que, por isso, entendiam que a maioria daqueles que hoje residem nas demais terras indígenas da região não eram índios “puros”, pois sequer falam a língua Kaingang. Curiosamente, ao mesmo tempo em que afirmavam que os demais grupos da região não seriam mais formados por índios, manifestavam indignação com relação às afirmações de povos indígenas da Amazônia, de que no Sul não haveria mais índios.

Um aspecto bastante enfatizado pelos índios da Aldeia Condá diz respeito às aulas nas escolas indígenas serem efetivamente ministradas em sua língua materna, permanecendo o português como um segundo idioma para os estudantes daquela Aldeia. Em virtude disso, manifestaram preocupação com a seleção de professores para as escolas indígenas que, mesmo que reconhecidos como índios, não dominam a língua Kaingang. Esse é realmente um problema do atual modelo de processo seletivo para professores indígenas, conforme discutido no tópico seguinte.

Da mesma forma, então, que as minorias nacionais, os Kaingang também necessitam de uma ampla gama de políticas com relação ao

585 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. p. 10-13. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016.

586 A visita foi realizada em 30 de setembro de 2016, no período da tarde, na companhia da Profa. Dra. Leila Bijos.

uso de sua língua materna, de forma que ela seja numericamente dominante e constitua a “língua de oportunidade” em seu território. A educação escolar indígena bilíngue certamente desempenha um papel fundamental nessas políticas. Contudo, não se mostra suficiente que simplesmente sejam ministradas aulas de Kaingang aos estudantes indígenas, ou que os índios tenham o direito de usar sua língua em público, impondo-se outras medidas para a preservação desse aspecto fundamental da identidade desse povo.

Pode ser necessário, por exemplo, que o Kaingang seja a única língua oficial em seus territórios⁵⁸⁷, inclusive no âmbito dos órgãos públicos que atuam dentro das terras indígenas – FUNAI, serviços de saúde e, em especial, na educação escolar indígena. Talvez possa ser avaliada, também, a necessidade de a fluência no Kaingang ser um requisito – ou um aspecto especialmente valorado – para se ocuparem as funções das áreas de saúde e educação nas terras indígenas.

Além disso, as esferas do Poder Público que, mesmo fora das terras indígenas, mantêm intensa relação com os Kaingang – prefeituras, hospitais, órgãos policiais, Ministério Público e Judiciário, por exemplo – deveriam aparelhar-se de forma a possibilitar aos Kaingang comunicarem-se em sua língua materna. Nesse sentido, e em que pese o art. 192 do Código de Processo Civil estabelecer que “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa”, deve o Poder Judiciário, em especial em localidades com grande presença de povos indígenas, possibilitar que os índios possam demandar e ser demandados em sua própria língua, dispondo de tradutores culturais, preferencialmente antropólogos, que detenham conhecimento sobre o grupo que integra a lide⁵⁸⁸.

Questão atinente aos processos em geral e aos processos criminais perante o tribunal do júri em especial, refere-se à oitiva dos índios envolvidos – testemunhas e acusados – em suas línguas maternas, o

587 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998, p. 225.

588 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). Brasil. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – Seppir. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: Seppir, 2006. p. 299-300.

que por certo permitiria uma melhor expressão dos índios segundo sua cosmologia, visão de mundo, valores e símbolos próprios, sem necessidade de recorrer, a todo instante, a símbolos e categorias da sociedade envolvente.

Sobre esse aspecto, Gomes da Silva⁵⁸⁹ afirma que haverá uma maior eficácia social dos direitos dos índios a partir do momento em que ocorra “uma descolonização das formas de autorreprodução sistêmica da sociedade majoritária”, podendo ser tomadas algumas medidas nesse sentido no interior dos próprios sistemas dessa sociedade. No sistema jurídico, exemplifica, não seria medida dificultosa ofertar a possibilidade aos índios de se expressarem em suas próprias línguas.

Nesse sentido, Castilho⁵⁹⁰ relata estudos realizados na Austrália, que denotam que os povos aborígenes daquele país “recorrem a um conjunto específico de práticas e estratégias para estabelecer uma interação ocasional com os europeus de forma segura e bem-sucedida”. Dessa forma, descobriram que “o método mais fácil de lidar com os povos brancos é concordar com tudo que eles desejam e depois continuarem a fazer as coisas a seu modo”. Isso, contudo, mostra-se inadequado para uma boa defesa perante um tribunal, por exemplo, pois os brancos, ao formularem as perguntas, receberão respostas visando evitar problemas ou para satisfazer o desejo de quem interroga. As conclusões desse estudo, contudo, extrapolam o caso australiano, havendo semelhanças com as estratégias de sobrevivência de todos os povos tradicionais do mundo. Portanto, mostra-se fundamental que os juízes, nessas situações envolvendo diversidade cultural, requeiram o auxílio de intérprete (efetivo tradutor cultural) para colher o depoimento pessoal e testemunhal, proceder a interrogatório e avaliar eventual confissão por parte de índios.

Esse, contudo, não foi o entendimento da Justiça Federal de São Paulo em julgamento perante o tribunal do júri – após o desforamento do caso para a capital paulista – dos “brancos” acusados de

589 GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015. p. 205.

590 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). Brasil. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – Seppir. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: Seppir, 2006. p. 285.

matar liderança indígena Guarani-Kaiowa da região de Dourados/MS⁵⁹¹, posição que se mostra contrária a todo o acima exposto e que foi objeto de crítica por violação do direito à diversidade linguística⁵⁹².

Conforme já destacado no capítulo anterior, há robustas evidências de que as línguas somente podem sobreviver no mundo moderno se forem utilizadas na vida pública. Ou seja, as decisões sobre as línguas a serem utilizadas nos espaços públicos são, em verdade, decisões sobre quais irão perecer e quais irão sobreviver⁵⁹³. Dessa forma, a atual política pública em relação à língua Kaingang na região, em es-

591 PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TESTEMUNHAS INDÍGENAS. IDIOMA. INQUIRÇÃO EM PORTUGUÊS OU EM GUARANI. INTÉRPRETE. ATO PRATICADO EM SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. NECESSIDADE DE JUNTADA DA ATA DE JULGAMENTO. IMPETRAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PELA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM OS RÉUS DA AÇÃO PENAL. 1. Tratando-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de ver declarada a nulidade de ato praticado durante sessão do Tribunal do Júri, é essencial a juntada de cópia da respectiva ata. 2. A melhor forma de proceder-se a uma inquirição é aquela que possibilita a mais perfeita compreensão do que o depoente deseja expressar. Isso não se dá, necessariamente, com a utilização do idioma de origem da testemunha e a intermediação de intérprete; assim, se a testemunha indígena, cuja língua materna é o guarani, souber expressar-se também em português, não há ilegalidade em que a oitiva seja feita nesse segundo idioma, máxime se o juiz mantiver um intérprete para auxiliar os trabalhos, elucidando alguma dúvida ou o sentido de alguma expressão. 3. Especialmente se a instrução probatória realizada anteriormente à pronúncia foi feita em português, sem a intervenção de intérprete, não há ilegalidade no procedimento adotado pelo julgador, em sessão do Júri, no sentido de, ao início da oitiva, indagar ao indígena se ele sabe se expressar em português e, em caso afirmativo, proceder à inquirição nesse idioma, mantendo o intérprete para elucidar alguma questão ou dúvida. Inteligência do artigo 223 do Código de Processo Penal. 4. Da Constituição Federal, das convenções internacionais e das demais normas indicadas pela acusação não resulta direito líquido e certo em que, ao início do depoimento de indígena, se indague deste “em qual idioma ele se expressa melhor”, colhendo-se o depoimento necessariamente no idioma indicado. Indagar dessa maneira não significa o mesmo que perguntar ao indígena em qual idioma ele prefere depor. 5. Do fato de o juiz instrutor da causa ter deferido a nomeação de intérprete para atuar durante a sessão de julgamento não significa que seu presidente, ao proceder a inquirição das testemunhas, esteja jungido a realizar a inquirição necessariamente com o auxílio de intérprete; as questões atinentes à instrução em plenário devem ser analisadas pelo Juiz Presidente da sessão. 6. Se, durante sessão de julgamento do Tribunal do Júri, as partes controverterem a respeito de determinada forma de inquirição; e se, tomada a decisão pelo juiz, alguma delas impetrar mandado de segurança junto ao tribunal, é de rigor a citação da parte contrária, para atuar na qualidade de litisconsorte passivo necessário. 7. Pedido de liminar indeferido. Agravo interno desprovido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 1ª Seção. Mandado de Segurança nº 0027550-96.2010.4.03.0000. Relator: Nelson dos Santos. Julgado em 20 jan. 2011. *Jurisprudência do TRF3*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 27 out. 2016).

592 ARAS, Vladimir. *O caso Verón e o direito à diversidade linguística*: ao lado das vítimas. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2010/05/06/o-caso-veron-e-o-direito-a-diversidade-linguistica-ao-lado-das-vitimas/>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

593 KYMLICKA, Will. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998, p. 224.

pecial no âmbito escolar, parece colocar em risco a manutenção dessa língua na quase totalidade das terras indígenas do Oeste catarinense, que não veem mais sua língua materna como o idioma de oportunidades em suas comunidades e perante a sociedade envolvente.

3.4.2 Cargo de professor indígena

Atualmente, na região Oeste de Santa Catarina, a imensa maioria dos professores que atuam nas escolas das terras Kaingang são índios, grande parte formados nos cursos de licenciatura intercultural indígena existentes em duas universidades do Estado. Em sua quase totalidade, são contratados em caráter temporário pelo Estado de Santa Catarina, por meio de processo seletivo, por um período de um a dois anos⁵⁹⁴. Os candidatos indígenas têm preferência nas contratações, sendo chamados candidatos não indígenas somente em caso de não serem preenchidas as vagas disponíveis com os indígenas classificados no processo seletivo.

Em virtude da falta de alternativas de desenvolvimento socioeconômico nas terras indígenas, as funções de professor são bastante disputadas, pois representam uma possibilidade de renda para os Kaingang. Até pouco tempo, havia ampla discricionariedade por parte do cacique, que podia vetar livremente quem entendesse inadequado para ocupar a função de professor. O que, em princípio, atenderia à autodeterminação dos Kaingang, na verdade passou a constituir um instrumento de perseguição a adversários e, até mesmo, de barganha política nas eleições para cacique.

Diante disso, alguns professores indígenas que, embora classificados nas primeiras posições nos processos seletivos realizados pelas secretarias de educação⁵⁹⁵, acabavam sendo vetados pelo cacique, passaram a ingressar com ações judiciais pleiteando que lhes fosse assegurado o direito de assumir a função de professor nas escolas indígenas. Em algumas dessas ações, o próprio cacique acabava voltando

594 Estado de Santa Catarina. Secretaria de Estado da Educação. *EDITAL N° 2.264/2016/SED*. Disponível em: <file:///C:/Users/Carlos/Downloads/Edital_Indigena_n_2264_2016_SED_oficial.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

595 Processos seletivos também são realizados pelas Secretarias Municipais de Educação, para a contratação de professores para a educação infantil.

atrás na audiência de conciliação, aceitando que o professor demandante assumisse a função de professor⁵⁹⁶, o que acabava configurando uma confissão da arbitrariedade por ele praticada.

Esse contexto mostrava-se prejudicial não apenas aos professores arbitrariamente excluídos, mas à própria qualidade do serviço público de educação prestado aos estudantes indígenas, pois professores mais qualificados acabavam sendo impedidos de ser contratados ou de continuar trabalhando nas escolas. Além disso, configurava uma importante causa de conflitos nas terras indígenas, agravando o faccionalismo já característico dos Kaingang e, algumas vezes, resultando em violência.

Diante desse quadro, o Ministério Público Federal expediu recomendação à Secretaria Estadual de Educação para que a contratação dos professores ocorresse rigorosamente segundo a ordem de classificação do processo seletivo, e aos caciques, para que se abstivessem de impedir a contratação dos professores melhor classificados no processo seletivo. Nos termos da recomendação, a atuação dos caciques nos processos seletivos ficou restrita a atestar a condição de indígena dos candidatos. Contudo, continuaram os caciques com a prerrogativa de acompanhar a atuação dos professores nas escolas indígenas, representando às autoridades administrativas eventuais faltas por eles cometidas, inclusive sob a perspectiva dos costumes e tradições Kaingang⁵⁹⁷.

A recomendação, fruto de extensa discussão com os caciques, lideranças, professores indígenas, pais de estudantes e órgãos públicos envolvidos, e objeto ainda de posteriores aperfeiçoamentos, tem sido amplamente acolhida pelos indígenas, que noticiam alguns avanços na qualidade no ensino prestado nas escolas em decorrência dessas alterações. Alguns caciques, contudo, reclamam algumas vezes de um certo esvaziamento de suas prerrogativas de liderança. Não fica claro, contudo, se isso reflete uma verdadeira preocupação com eventual enfraquecimento da autodeterminação do grupo ou se representa

596 Nesse sentido, a título exemplificativo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5001529-88.2013.4.04.7202*. Mandado de Segurança. Autora: Ana Paula Narsizo. Réu: Gentil Belino. Chapecó, 1º de março de 2013.

597 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000339/2013-12*. Instaurado em: 29/07/2013.

uma insatisfação com a impossibilidade de continuar manipulando a seleção de professores em benefício de seus interesses pessoais⁵⁹⁸.

Embora tenha havido avanços no processo seletivo, as reiteradas contratações temporárias dos professores indígenas geram uma situação de instabilidade, que prejudica a capacitação e a qualificação dos quadros da educação e a própria qualidade do ensino. Há situações de professores indígenas contratados há mais de 10 ou 15 anos, sempre em caráter supostamente “temporário”, o que se mostra flagrantemente contrário aos princípios que regem a Administração Pública, em especial ao disposto no art. 37 da Constituição Federal. Diante desse quadro de precarização, iniciou-se discussão para criação do cargo efetivo de professor indígena, por meio de lei estadual, seguindo modelo bem sucedido do Estado de Rondônia⁵⁹⁹. Trata-se de cargo a ser preenchido em caráter permanente, mediante concurso público, exclusivamente por indígenas que detenham a necessária habilitação.

Uma outra questão importante com relação à seleção dos professores indígenas – seja por meio de processo seletivo, seja através de concurso público – diz respeito à fluência na língua Kaingang. Atualmente, muitos dos indígenas que frequentam os cursos de licenciatura intercultural não dominam o Kaingang e esses cursos – evidentemente – não contemplam uma formação aprofundada nesse idioma. Por outro lado, os processos seletivos não contemplam uma avaliação de proficiência na língua Kaingang, inclusive para a função de professor da própria língua materna, requerendo apenas uma comprovação da condição de indígena do candidato – por meio de declaração do cacique ou do órgão local da FUNAI –, pressupondo que a condição de índio implica a fluência no Kaingang. Com isso, acaba por se estabelecer um ciclo vicioso que compromete o futuro dessa língua, a demandar a adoção de uma política pública em relação à língua Kaingang, elemento da maior importância para a identidade daquele povo indígena.

598 Posteriormente, no mesmo inquérito civil, foi expedida outra recomendação, para que o próprio edital do processo seletivo para contratação de professores indígenas fosse elaborado por uma comissão que contasse com a participação dos caciques, diretores e representantes das associações de pais e professores das escolas indígenas.

599 RONDÔNIA. *Lei Estadual nº 578*, de 1º de junho de 2010. Dispõe sobre a criação do Quadro de Magistério Público Indígena do Estado de Rondônia, da carreira de Professor Indígena e da carreira de Técnico Administrativo Educacional Nível 1 e Técnico Administrativo Educacional Nível 3, na forma que indica. Disponível em: <http://sapl.al.ro.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/4997_texto_integral>. Acesso em: 12 out. 2016.

3.5 Venda de artesanato e trabalho infantil

A produção de artesanato – principalmente cestos, balaios, brincos e outros adereços – e sua comercialização nas cidades é uma importante manifestação cultural dos Kaingang⁶⁰⁰. No caso das terras indígenas do Oeste de Santa Catarina, trata-se de atividade desenvolvida principalmente na Aldeia Condá, onde representa uma das principais fontes de renda daquela comunidade. É bastante comum famílias inteiras, inclusive com as crianças, se deslocarem daquela aldeia para o centro de Chapecó para a venda do artesanato, especialmente nas datas festivas. No período de férias escolares, o deslocamento ocorre principalmente para as cidades litorâneas.

Nesses deslocamentos para os centros urbanos, os Kaingang procuram locais de grande fluxo de pessoas para a venda de seu artesanato e muitas vezes acabam se posicionando em esquinas e canteiros de ruas e avenidas movimentadas, utilizando as crianças para a venda de seus produtos. Em algumas ocasiões, as crianças indígenas, quando não têm sucesso na venda do artesanato, acabam solicitando “uma moeda” ou “um trocado” – provavelmente por orientação de seus pais⁶⁰¹. Se a própria presença dos Kaingang na cidade já provoca “desconforto” em parte da população não indígena – desejo de “expulsar o selvagem” –, a presença de crianças em situação de vulnerabilidade e pedindo esmolas no centro da cidade potencializa o preconceito e as reações contrárias de diversos órgãos públicos, que passam a contatar a FUNAI e o Ministério Público Federal, para “resolver o problema”. Agravando ainda mais o quadro, o entendimento do órgão do Ministério Público do Trabalho na região parece ser no sentido de que o caso ainda envolveria situação irregular de trabalho infantil⁶⁰².

600 RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vênh Jykré e Ke Ha Han Ke*: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 64.

601 Essa situação é objeto de apuração em inquérito civil instaurado na Procuradoria da República em Chapecó (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000287/2016-27*. Instaurado em: 22/07/2016).

602 Conforme registrado em ata de reunião realizada no âmbito de inquérito civil instaurado na Procuradoria da República em Santa Catarina (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000287/2016-27*. Instaurado em: 22/07/2016).

Se, por um lado, medidas são necessárias para tutelar os direitos das crianças Kaingang, que não podem estar em situação de vulnerabilidade ou risco nem ser objeto de exploração por parte de adultos, de outro, deve-se ter extremo cuidado em não intervir de maneira indevida nessa prática cultural e, mais ainda, em não adotar, de forma precipitada, medidas drásticas em relação às crianças, como o acolhimento institucional ou familiar e a colocação em família substituta, especialmente em instituições e famílias não indígenas. Um afastamento açodado de uma criança indígena de seu núcleo familiar, de sua comunidade, pode vir a configurar uma violência maior do que aquela à qual se imaginava que ela estaria exposta num semáforo ou num canteiro de uma movimentada avenida.

Nessas situações, a elaboração de um laudo antropológico – salvo em casos de risco flagrante e evidente, que demandem uma atuação urgente – mostra-se fundamental para a perfeita compreensão dos fatos, a partir de um trabalho de tradução, que traga ao debate a perspectiva dos Kaingang. Caso a conclusão seja pela necessidade de uma intervenção, esta não poderá olvidar as diferenças culturais envolvidas. Assim, caso seja necessário adotar algumas das medidas acima referidas, deverão ser envidados todos os esforços para que a criança permaneça em sua comunidade, ou então em uma outra terra indígena Kaingang da região. Um eventual acolhimento em famílias ou instituições não indígenas, justamente pela peculiar condição da criança, de pessoa em desenvolvimento, deverá ser a última opção a ser empregada e somente quando as anteriores não tiverem sido bem sucedidas.

Além disso, o significado da participação das crianças Kaingang na confecção e comercialização do artesanato juntamente com suas famílias também deve ser objeto de investigação antropológica. Não se mostra adequada – ao menos nos parece – a afirmação peremptória de existência de ilegal trabalho infantil nessas situações, quando formulada a partir de uma visão etnocêntrica, fundada apenas em uma leitura isolada de normas trabalhistas e de dispositivos da Constituição Federal que vedam qualquer trabalho para crianças com idade inferior a 16 anos. O significado dessas atividades na perspectiva dos Kaingang deve necessariamente nortear a discussão e as medidas que venham a ser adotadas.

Por fim, importante registrar que esses conflitos envolvendo a venda de artesanato Kaingang na verdade constituem uma consequência da situação socioeconômica dos indígenas da Aldeia Condá. Ocupando uma área reduzida, com poucas alternativas de geração de renda, muitos deles têm no artesanato a única forma de sustento de suas famílias. A inexistência de qualquer política ou apoio governamental para essa atividade gera a situação que se constatou na visita realizada àquela área indígena: uma produção desarticulada, com vendas posteriormente realizadas de maneira informal e marginalizada. A solução para a situação de vulnerabilidade das crianças que participam da venda do artesanato provavelmente não esteja na repressão por parte dos órgãos do estado nos semáforos e esquinas das cidades, mas sim no apoio à estruturação dessa atividade na Aldeia Condá, articulando a produção desse artesanato – talvez com a criação de uma cooperativa – e à organização de sua comercialização, de forma a que seja agregado valor a esses produtos e não mais necessitem os Kaingang perambular pelos centros das cidades em busca de “uma moeda” ou de “um trocado”.

3.6 Apresentação do trabalho ao povo Kaingang

Antes de sua conclusão, este trabalho foi apresentado a um grupo de índios Kaingang da região⁶⁰³. O grupo era formado por caciques, lideranças, professores e funcionários da FUNAI, de ambos os sexos, oriundos das diversas terras indígenas e da Aldeia Condá, além de alguns que vivem na cidade. Apenas a TI Xaçecó não se fez representada nesse encontro.

Houve debates acalorados quando foram abordadas as ideias de aculturação e de perda de identidade, em especial quando mencionados os percentuais de falantes da língua Kaingang nas terras indígenas da região, com discussão especialmente entre os índios da Aldeia Condá – em sua totalidade, falantes da língua materna – e aqueles das

603 A apresentação foi realizada em 24 de outubro de 2016, entre 14h30 e 17h45, na sede da Procuradoria da República em Chapecó. Não houve alteração no conteúdo do restante do trabalho em decorrência desta apresentação aos Kaingang, havendo apenas a inclusão desta seção, com o registro dos principais aspectos levantados pelos indígenas.

outras terras indígenas e os que vivem na cidade, cuja maioria não é mais falante do Kaingang. Os membros da Aldeia Condá questionaram aqueles que resolvem sair das aldeias, enquanto os demais argumentaram que muitas vezes os índios se veem obrigados a buscar opções de trabalho e renda fora das terras indígenas. Também argumentaram que os índios da Aldeia Condá vieram do Rio Grande do Sul, onde todos falavam o Kaingang, enquanto os demais sempre viveram na região, tendo sido oprimidos e impedidos de falar sua própria língua, inclusive pelo SPI, o que resultou, atualmente, em um pequeno percentual de falantes do Kaingang. Ao final dessa discussão, os índios da Aldeia Condá manifestaram uma preocupação, afirmando não saber até quando conseguirão manter a sua cultura.

Nas discussões sobre processo seletivo para professor indígena, houve questionamentos quanto a não índios – segundo o que os presentes afirmaram – que vivem dentro das terras indígenas e que têm mais direitos que aqueles que são “verdadeiramente” índios, que mantêm sua identidade, mas que atualmente vivem fora, residindo na cidade.

Todos confirmaram que continuam existindo em todas as terras indígenas e na Aldeia Condá as figuras de “capitão”, “major”, “tenente” e “sargento” e concordaram com a natureza militarizada dessas posições, em sua origem. Afirmaram, contudo, que elas têm hoje significados e funções distintas e específicas no âmbito de cada comunidade indígena. Houve menção à necessidade de se repensar essas estruturas, tornando-as mais adequadas às tradições históricas dos Kaingang.

Quando mencionado o processo de retomada das terras tradicionais dos Kaingang na região, percebeu-se entre os presentes um sentimento de orgulho desse processo, com vários deles enfatizando terem participado da retomada da Terra Indígena Mangueirinha, localizada no Paraná, na divisa com Santa Catarina.

Sobre a autodeterminação, houve questionamentos quanto a influências da política externa dentro das terras indígenas. Alguns, contudo, afirmaram que os índios têm que aprender a utilizar a política externa em seu benefício. Questionaram a falta de índios ocupando

postos de comando e gestão na própria FUNAI e nas estruturas públicas das áreas de saúde e educação. Informaram que, na Coordenação Regional da FUNAI em Chapecó, de um total de 13 servidores, apenas 4 são índios, alguns desses não falantes da língua Kaingang.

Quando abordadas as questões de gênero, houve manifestações bastante enfáticas das mulheres Kaingang presentes, que questionaram acerca de seu espaço dentro das terras indígenas, afirmando que muitas restrições não são culturais. Disseram que, no passado, afirmava-se que a mulher não tinha força física para poder ser cacique, mas que hoje isso está superado. Os homens presentes – talvez pressionados pela situação – afirmaram que atualmente aceitariam uma mulher cacique e que elas podem se candidatar nas eleições. Fizeram questão de mencionar dois casos em que mulheres foram escolhidas vice-caciques de terras indígenas da região.

Sobre os casamentos, disseram que, no Rio Grande do Sul, no Paraná e na Aldeia Condá, eles ainda ocorrem entre membros de diferentes metades – Kamé e Kairú. Contudo, informaram que, nas demais terras indígenas do Oeste de Santa Catarina, isso não é mais seguido à risca, havendo hoje uma certa “flexibilização”. Ainda, sobre a situação dos filhos em caso de separação dos pais, afirmaram que atualmente, em regra, eles ficam com a mãe, salvo se esta não desejar.

Sobre a educação escolar intercultural, afirmaram que ela, de fato, não existe. Disseram que estão sendo puladas etapas na educação intercultural e fizeram muitos questionamentos sobre a qualidade da educação escolar. Afirmaram que todas as crianças teriam que apreender a ler – em português – já no 1º ano, o que hoje não ocorre. Noticiaram casos de crianças que somente vão aprender a ler no 8º ano do ensino fundamental.

Afirmaram, ainda, que o maior problema está na gestão das escolas. Disseram que, atualmente, todos os diretores de escola são não índios, mas que seria possível que professores indígenas ocupassem esses cargos. Também mencionaram outros cargos da Administração Pública que deveriam ser ocupados por índios, mas que são preenchidos somente por “brancos”.

Sobre a venda do artesanato, uma das professoras presentes afirmou ter crescido vendendo esses produtos e que, às vezes, ia sozinha fazer as vendas na cidade e que nunca lhe aconteceu nada de mau nessas ocasiões. Todos os presentes veem essa atividade como algo perfeitamente natural e adequado à sua cultura, não discordando, contudo, quanto à necessidade de evitar que crianças estejam em situação de vulnerabilidade ou perigo em semáforos e canteiros de avenidas.

Com relação às penas tradicionais, confirmaram que houve uma redução na aplicação dessas penalidades nos últimos anos.

Conclusões

O presente estudo procurou demonstrar que a história do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina se assemelha em grande medida à história dos demais povos indígenas em nosso país, marcada por genocídios, escravagismo, expulsões e assimilações forçadas, que se iniciam na era colonial e se estendem até o período republicano. A partir de ideias evolucionistas, de supremacia de sociedades e de culturas, a aposta do estado brasileiro sempre foi de que os índios iriam desaparecer. Políticas de aculturação, que visavam a integração dos índios à civilização nacional, entendida como algo necessário e inevitável, conformaram o paradigma normativo vigente até a promulgação da Constituição de 1988. A realidade, contudo, mostra que os povos indígenas não foram exterminados, comprovando que a assimilação e a integração eram e são historicamente evitáveis.

A partir da análise de teorias antropológicas mais adequadas às realidades empíricas observadas em estudos etnográficos realizados em vários países e em diversas regiões do planeta, demonstrou-se a impropriedade das ideias de aculturação e de supremacia entre culturas e sociedades humanas, que não podem ser comparadas entre si, classificando-as em mais ou menos desenvolvidas. Essas teorias, que trazem à tona o relativismo cultural, comprovam que os povos indígenas dispõem de culturas completas e funcionais, possuidoras de formas próprias de organização, que devem ser reconhecidas como realidades culturalmente diferentes e não como estágios iniciais de um pretenso processo evolutivo. O estudo também buscou desconstruir o pressuposto do isolamento como elemento constituidor das identidades, a partir de teorias que enfocam os grupos étnicos como uma forma de organização social, categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores envolvidos. Nessa perspectiva, o ponto central da investigação passa a ser a fronteira étnica que define o grupo, não o conteúdo cultural por ela delimitado, tornando-se eventualmente irrelevante o fato de o indivíduo usar celular, vestir calça jeans ou até mesmo falar ou não sua língua materna para a definição de sua identidade como índio.

Essas teorias permeiam o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que representou uma ruptura com as ideias de aculturação dos índios, consagrando um estado pluriétnico e o direito à diferenciação social, em que a igualdade material passa a demandar também o reconhecimento de identidades, representando uma transição de um regime em que os índios eram objeto de políticas de integração para uma abordagem em que eles surgem como sujeitos de direitos. É ressaltado, contudo, que esse novo modelo não foi resultado de um ativismo de legisladores altruístas, mas de uma conquista dos povos indígenas, fruto de sua mobilização e atuação articulada, especialmente durante os trabalhos da Assembleia Constituinte.

O estudo também descreve que esse processo de extermínio e de assimilação dos povos indígenas seguiu na esteira da ocupação do interior do Brasil, com a expansão da sociedade nacional através das fronteiras extrativista, pastoril e agrícola do país. No Oeste catarinense, essa ocupação ocorreu, em um primeiro momento, motivada pela disputa de limites entre o Império brasileiro e o governo argentino. Após, com a consolidação do domínio da região pelo Estado de Santa Catarina, iniciou-se um novo movimento de colonização, com a vinda de imigrantes descendentes de alemães e italianos oriundos do Rio Grande do Sul. Nesse movimento, recrudesceram as investidas sobre o território do povo Kaingang e a exploração de suas riquezas naturais – em especial, as extensas florestas de araucárias então existentes –, intensificando-se o processo de expulsão dos índios, que contou com a atuação do próprio SPI, que promoveu o “aldeamento” do povo Kaingang, buscando implementar a política assimilacionista do Estado brasileiro e liberar terras para a colonização.

Demonstrando sua condição de protagonistas no curso e no resultado de sua própria história – e não de meras vítimas desse processo de consolidação do estado-nação e de colonização do Oeste catarinense –, os Kaingang promoveram, em meados da década de 1970, um movimento de retomada de suas terras tradicionais, que levou à deflagração de processos de demarcação de algumas dessas áreas. A partir dessa retomada de parcela de seus territórios e dos direitos assegurados aos povos indígenas pela Constituição de 1988, os Kaingang passam a articular suas demandas perante os órgãos estatais incumbi-

dos por nosso ordenamento jurídico de atuar na defesa de seus direitos. O estudo procurou, então, estabelecer um referencial teórico para uma adequada reflexão sobre essas questões, que, por envolver uma rica diversidade cultural, muitas vezes apresenta um embate entre liberdades fundamentais, de um lado, e cultura e identidade, de outro. Para isso, foram analisadas algumas teorias acerca dessa relação entre direitos fundamentais e multiculturalismo, buscando sempre evitar os extremos do relativismo cultural, do subjetivismo, de um lado; ou do racionalismo, das universalidades homogeneizantes, de outro.

A análise realizada denota que a teoria liberal, que defende a neutralidade estatal em relação a qualquer concepção de bem e de vida boa, afirmando, portanto, a prevalência dos direitos fundamentais em relação à diversidade cultural, não se mostra adequada à promoção dos direitos dos índios. Conforme demonstra a crítica comunitarista, a concepção atomística e individualista do ser humano da teoria liberal, artificial e desconectada da realidade, desconsiderando os laços de pertença com a comunidade, que dão sentido à vida do indivíduo e onde a sua identidade também é forjada, ignora aspectos fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. A concepção liberal nos leva a acreditar que respeitar as convicções morais, filosóficas e religiosas de nossos concidadãos significa ignorá-las, conduzindo o debate político sem referência a elas, o que ao final corresponde a um respeito espúrio, pois significa, com frequência, suprimir as divergências morais em vez de evitá-las. No caso dos povos indígenas, conforme demonstra a história, essa apregoada neutralidade estatal do liberalismo tem significado, em verdade, a invisibilidade e o extermínio desses povos. Ademais, conforme destaca, o próprio liberalismo não pode alegar uma completa neutralidade cultural, pois ele também é a expressão política de uma gama de culturas, sobremaneira incompatível com outras, ou seja, o liberalismo “também é um credo em luta”.

Outra perspectiva abordada pelo estudo enfocou as demandas de grupos minoritários e subalternos por políticas de reconhecimento, ligadas às questões de como cidadãos com diferentes identidades culturais podem se reconhecer como iguais na maneira como são tratados na esfera política. Na perspectiva liberal, a base do reconhecimento

do igual valor e da correlata ideia de direitos iguais não reside em nossa identidade particular – seja ela uma questão de origem, sexo, etnia ou raça –, mas em nossa identidade humana universal e potencial. Contudo, para que as pessoas sejam tratadas como cidadãos efetivamente livres e iguais, em especial nas situações em que elas têm necessidade de um contexto cultural seguro que lhes permita dar significado e orientação para as suas opções na vida, esse contexto também deverá constar dos bens primários essenciais, necessários para que as pessoas satisfaçam o seu desejo de uma vida boa. Nessa perspectiva, exige-se que as instituições públicas não mais ignorem, mas sim admitam as especificidades culturais, especialmente em relação às pessoas cuja capacidade de compreensão depende da vitalidade da respectiva cultura. Isso decorre do caráter dialógico da vida humana, pois somente nos tornamos agentes humanos completos, capazes de entender a nós mesmos e de definir uma identidade, através da interação com os outros.

O desenvolvimento dessa moderna noção de identidade originou uma política de diferença, que também apresenta uma base universalista, reconhecendo que todos têm uma identidade peculiar. Contudo, ao contrário da política da dignidade igual – que pretende estabelecer uma mesma identidade, com uma idêntica cesta de direitos e garantias –, a política da diferença busca reconhecer a identidade peculiar de cada indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas, aquele “elemento distintivo que foi ignorado, distorcido, assimilado a uma identidade dominante ou majoritária”, assimilação essa que fulmina o ideal de autenticidade. Nessa perspectiva, uma sociedade com fortes metas coletivas – como os povos indígenas, por exemplo – poderia estar disposta a sopesar a importância de certas formas de tratamento uniforme, a partir de uma pauta universal de direitos humanos, em face de sua sobrevivência cultural, optando por vezes por esta última.

Assim, da mesma maneira que as liberdades formais não foram suficientes para assegurar uma igualdade substancial, demandando o reconhecimento de direitos sociais e econômicos, a garantia de direitos humanos universais não parece suficiente para assegurar a sobrevivência dos povos indígenas em nosso país. Essa constatação implica o

necessário estabelecimento de direitos que possibilitem a reprodução cultural desses povos, mesmo que em contradição com as liberdades individuais, mas desde que estas não tenham inafastável caráter fundamental. Não se mostra suficiente, contudo, que apenas deixemos as diferentes culturas sobreviver, sendo necessário pressupor o seu igual valor. A meta nesse processo de compreensão do outro é chegar a uma linguagem comum, uma compreensão humana comum, fundindo horizontes de significado, mas sem esquecer que o resultado estará sempre vinculado ao ponto de vista de alguém. Fundamental, nesse contexto, o perfeito entendimento da importância, do papel e das peculiaridades do trabalho antropológico, de interpretação e verdadeira tradução nesse diálogo intercultural.

Em uma terceira abordagem desse embate entre direitos humanos universais e diversidade cultural, o estudo analisou o que se tem denominado liberalismo multicultural, que demonstra que a teoria liberal não se mostra adequada, por exemplo, para assegurar a autodeterminação dos grupos minoritários e seus direitos ao território e à sua língua materna. Essa teoria destaca que a cultura nos fornece um contexto inteligível de escolha e um sentido seguro de identidade e pertencimento, a justificar o interesse em mantermos nossa própria cultura. Conclui, assim, que a viabilidade das minorias culturais, às quais as pessoas estão profundamente conectadas e que contribuem para a autonomia dessas pessoas, também deve ser uma preocupação dos liberais, a ensejar a atribuição aos grupos minoritários de genuínos direitos coletivos. Defende, portanto, que a cultura é um bem que a comunidade política deve proteger e que, para esse fim, é necessário suplementar o liberalismo e sua pauta universal de direitos humanos, atribuindo às minorias etnoculturais um conjunto específico de direitos. Conforme se demonstrou, esse tem sido o caminho trilhado por muitos países e também na esfera internacional, com diversos tratados e constituições – inclusive a nossa Carta de 1988 – assegurando um rol específico de direitos aos grupos etnoculturais, em especial aos povos indígenas, suplementares à pauta universal de direitos humanos de caráter individual.

A partir desse arcabouço teórico, foram enfrentadas diversas situações concretas vivenciadas na realidade atual do Povo Kaingang

do Oeste de Santa Catarina. Inicialmente, foi analisado o direito à autodeterminação – com seus subsequentes lógicos de autonomia e autogoverno nas questões relacionadas aos assuntos internos do grupo –, que não visa preservar um suposto isolamento cultural ou um modo estático de vida, mas sim assegurar termos justos de interação com o estado e permitir que os povos indígenas decidam, por eles próprios, quando e como irão tomar emprestados elementos de outras culturas. Destacou-se, assim, a autonomia e o autogoverno que vem sendo exercido em grande medida através das lideranças Kaingang nas terras indígenas da região, inclusive por meio do exercício da jurisdição especificamente indígena e pela aplicação de penas tradicionais, enfatizando o risco de interferências das esferas estatais nas questões internas aos grupos potencializarem o faccionalismo característico dos Kaingang, resultando em graves conflitos. Foi ressaltada, também, a importância de se assegurar o direito de consulta aos povos indígenas, como garantia à sua autodeterminação. Demonstrou-se, ainda, a necessidade de serem assegurados os direitos das minorias internas ao grupo – e também de segmentos submetidos a alguma forma de opressão –, contexto em que se inserem importantes e delicadas questões de gênero, relativas ao papel das mulheres na sociedade Kaingang.

O estudo também buscou demonstrar as diversas impropriedades e incompreensões que permeiam a atuação da Justiça Criminal em nosso país, em especial com relação às condutas formalmente típicas praticadas por índios, com decisões baseadas em estereótipos, preconceitos e vieses cognitivos, e que acabam por desconsiderar direitos assegurados aos povos indígenas em nosso ordenamento jurídico. Abordou, também, as pressões que ainda hoje os Kaingang enfrentam em relação à posse permanente de seus territórios, por parte do agronegócio e de grupos econômicos que pretendem explorar os potenciais energéticos dos recursos hídricos em áreas indígenas. Ainda, foram analisadas questões que envolvem a educação escolar do povo Kaingang e o enorme desafio de preservação de sua língua materna. Ao final, discorreu-se sobre a produção e a venda de artesanato, aspecto relevante da cultura Kaingang na região Oeste catarinense e que tem sido alvo de preconceitos e incompreensões, não apenas por

parte da população local, mas também dos órgãos públicos incumbidos de atuar em alguns aspectos dessa matéria.

Como afirmado, o presente estudo não tem a ambição de apresentar respostas definitivas ou estabelecer uma teoria geral sobre os direitos dos povos indígenas, ou sequer sobre as questões específicas que envolvem o povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina. O objetivo sempre foi o de buscar alguns caminhos que se mostrem hábeis a abordar essa realidade, tão fascinante quanto delicada, que envolve a diversidade cultural dos índios em nosso país e do povo Kaingang do Oeste catarinense, em especial.

Todas as teorias analisadas, embora certamente não esgotem o tema, apresentam potencialidade – maior ou menor – para abordar aspectos relevantes dessa relação entre os direitos humanos de caráter universal das democracias liberais, de um lado, e a garantia de direitos e o respeito à cultura e à identidade dos povos indígenas como grupo étnico diferenciado, de outro. Para isso, um trabalho de compreensão do povo indígena envolvido – de sua história, de suas relações sociais e das transformações por ele experimentadas –, a partir de uma postura de respeito em relação à diferença e pressupondo o igual valor de todas as culturas, mostra-se fundamental. É o que, em alguma medida, pretendeu-se realizar com este estudo voltado ao povo Kaingang do Oeste catarinense.

Como decorrência de sua inevitável incompletude – em virtude das inerentes limitações de tempo e espaço –, algumas questões não abordadas neste trabalho, a demandar um estudo específico, podem ser apontadas desde já. Primeiro, destaca-se uma pesquisa abrangente da jurisprudência, não apenas de organismos internacionais, mas também de tribunais constitucionais, em especial de países sul-americanos, acerca dos temas discutidos no último capítulo deste trabalho, buscando paradigmas para a resolução dessas controvérsias. Também deve ser mencionada a possibilidade de uma análise mais ampla e profunda do pluralismo jurídico decorrente do exercício de uma jurisdição especificamente indígena, enfocando, entre outros aspectos, seus reflexos em relação à jurisdição criminal do Estado brasileiro.

Há que se destacar que, no atual cenário em nosso país, de enfraquecimento da esfera pública e de fragmentação política, com seu direcionamento para a defesa dos interesses de grupos determinados, o desafio de assegurar condições para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, garantindo a implementação e o respeito aos seus direitos já consagrados em nosso ordenamento jurídico, não se mostra uma tarefa simples.

Nessa missão, traçada pelo Constituinte de 1988 e reforçada em diversas normas internacionais, além da articulação e luta dos povos indígenas – protagonistas dos rumos e destinos de sua própria história –, destaca-se a atuação do Ministério Público Federal, a quem foi incumbida a defesa dos direitos e interesses desses povos.

No curso desse processo, certamente serão enfrentadas dificuldades que permeiam, há muito tempo, a denominada temática indígena. Afinal, “uma história de exclusão não pode ser desfeita da noite para o dia”⁶⁰⁴. Contudo, é na própria realidade atual, que mostra toda a vitalidade dos povos indígenas em nosso país, que reside a esperança de avanços na concretização dos direitos desses povos.

604 KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. Paper prepared for 2004 UNHDR. 2004. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004_will_kymlicka.pdf>. Acesso em: 7 set. 2016. p. 1.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Ledson Kurtz. *Análise antropológica das igrejas cristãs entre os Kaingang baseada na etnografia, na cosmologia e dualismo*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

ANAYA, James. Indigenous law and its contribution to global pluralism. *Indigenous Law Journal*, v. 6, n. 1, 2007.

_____. Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 22, n. 1, 2005.

_____. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, 2004.

_____. The capacity of international law to advance ethnic or nationality rights claims. *Iowa Law Review*, n. 75, 1990.

APPIAH, K. Anthony. Identidade, autenticidade e sobrevivência. Sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

ARAS, Vladimir. *O caso Verón e o direito à diversidade linguística: ao lado das vítimas*. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2010/05/06/o-caso-veron-e-o-direito-a-diversidade-linguistica-ao-lado-das-vitimas/>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

ARAÚJO, Ana Valéria. Povos indígenas e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006.

BANCOMUNDIAL. *OP4.10*. Políticas operacionais. Manual Operacional do Banco Mundial. Julho 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP410_portugues.pdf>. Acesso em: 4 out. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Direitos fundamentais em espécie: pesquisa com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARTH, Fredrik. *Los grupos étnicos y sus fronteras: la organización social de las diferencias culturales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

_____. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: BARTH, Fredrik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.

BAUM, William M. *Compreender o behaviorismo*. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BBC BRASIL. *Hungria ergue cerca de arame farpado para conter imigrantes*. 18 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2015/09/150918_aprenda_lingo>. Acesso em: 29 out. 2016.

BBC MUNDO. *Colombia finalmente aprueba primera eutanasia a paciente con cáncer terminal*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/mundo/>

noticias/2015/07/150703_colombia_eutanasia_ovidio_gonzalez_aprobação_wbm>. Acesso em: 4 dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Carlos. *Território e desenvolvimento: as múltiplas escalas entre o local e o global*. Campinas: Editora Unicamp, 2014.

BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. *Decreto nº 5.051*, de 19 de abril 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. *Decreto nº 591*, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. INEP. *Estatísticas do IDEB 2015*. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/portal-ideb/planilhas-para-download>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. INEP. *IDEB: resultados e metas*. Disponível em: <<http://ideb.inep.gov.br/resultado/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. *Lei nº 6.001*, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 2406/2014*. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletins-2014/boletim-no-55/VOTO-2406-2014.pdf/view?searchterm=direitos%20ind%C3%ADgenas>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

_____. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 363/2013*. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletins-2013/boletim-42/Indio%20comp%20federal%201140.pdf/view?searchterm=direitos%20ind%C3%ADgenas>>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Voto nº 648/2013*. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/boletins/boletins-2013/boletim-42/Indio%20comp%20federal%200193.pdf/view?searchterm=direitos%20ind%C3%ADgenas>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000192/2008-01*. Instaurado em: 18 set. 2008.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000209/2014-61*. Instaurado em: 8 abr. 2014.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000219/2013-15*. Instaurado em: 23 maio 2013.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000281/2015-79*. Instaurado em: 15 jul. 2015.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000287/2016-27*. Instaurado em: 22 jul. 2016.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000297/2014-09*. Instaurado em: 24 jun. 2014.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000337/2013-23*. Instaurado em: 29 jul. 2013.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000339/2013-12*. Instaurado em: 29 jul. 2013.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000399/2014-16*. Instaurado em: 2 set. 2014.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000409/2015-02*. Instaurado em: 26 nov. 2015.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000498/2013-17*. Instaurado em: 25 out. 2013.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Chapecó. *Inquérito Civil nº 1.33.002.000527/2013-41*. Instaurado em: 19 nov. 2013.

_____. Presidência da República. *Decreto nº 297*, de 29 de outubro de 1991. Homologa a demarcação administrativa da Área Indígena Xapecó, no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D297.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. Senado Federal. *Decreto nº 65.810*, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Habeas Corpus nº 30.113/MA. Julgado em 05 out 2004. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1373007/BA. Julgado em 24 maio 2016. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus nº 85198. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 17 nov 2005. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus nº 85198. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 17 nov. 2005. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>

portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087/DF. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 16 set. 2014. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 33882/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4881466>>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária nº 312/BA. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 2 maio 2012. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 mar. 2009. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 1ª Seção. Mandado de Segurança nº 0027550-96.2010.4.03.0000. Relator: Nelton dos Santos. Julgado em 20 jan. 2011. *Jurisprudência do TRF3*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5002762-52.2015.4.04.7202*. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Osmar Barbosa e outros. Chapecó, 13 de abril de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5004146-50.2015.4.04.7202*. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Gentil Belino e outros. Chapecó, 26 de maio de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Processo nº 2004.72.02.000942-2*. Procedimento Especial dos Crimes de Competência do Júri. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Albari José Oliveira Santos e outros. Chapecó, 18 de março de 2004.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5001470-37.2012.4.04.7202*. Ação Cível. Autores: Adilson Jorge Ferreira e outros. Réus: FUNAI e outros. Chapecó, 27 de fevereiro de 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. *Autos eletrônicos nº 5001529-88.2013.4.04.7202*. Mandado de Segurança. Autora: Ana Paula Narsizo. Réu: Gentil Belino. Chapecó, 1º de março de 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 7ª Turma. *Apelação Criminal nº 2004.71.04.001937-6*. Relator: José Luiz Borges Germano da Silva. Julgado em 29 jun 2004. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 8ª Turma. *Apelação Criminal nº 2001.04.01.080440-0*. Relator: Volkmer de Castilho. Julgado em 24 jul. 2002. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRINGMAN, Sandor Fernando. *Entre os índios do Sul: uma análise da atuação indigenista do SPI e de suas propostas de desenvolvimento*

educacional e agropecuário nos Postos Indígenas Nonoai/RS e Xaçepó/SC (1941-1967). Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal da Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

CANADA. *Constitution Act, 1982*. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

CARENS, Joseph H. Aliens and citizens: the case for open borders. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Processo civil e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). Brasil. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006.

CID FERNANDES, Ricardo; PIOVEZANA, Leonel. Perspectivas kaimang sobre o direito territorial e ambiental no sul do Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2015.

CIMI. *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Dados de 2015. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2016.

CLAVERO, Bartolomé. Consulta indígena: Colombia (y España) entre derecho constitucional y derechos humanos. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPIU, 2015.

COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de antropologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. Nações Unidas. Assembleia Geral. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas do Conselho de Direitos Humanos da ONU*. Disponível em:

<<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

D'ANGELIS, Wilmar da Rocha. Para uma história dos índios do oeste catarinense. *Cadernos do CEOM*, Chapecó, ano 19, n. 23, 1989.

DAL POZ NETO, João. Antropólogos, peritos e suspeitos: questões sobre a produção da verdade judicial. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

DHNET. *Convenção nº 107 da OIT*, de 05 de junho de 1957. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 25 out. 2016.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito de consulta prévia, livre e informada. In: _____ (Org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

_____. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriétnicidade_multiculturalidade.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. *O estado pluriétnico*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_pluriétnico.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Educação. *EDITAL N° 2.264/2016/SED*. Disponível em: <file:///C:/Users/Carlos/Downloads/Edital_Indigena_n_2264_2016_SED_oficial.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

FACCIONI, Eloi Francisco Zatti. O tratamento jurídico-penal do indígena em face do direito fundamental à diversidade cultural. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNÁNDEZ, Víctor Ramiro. *Desarrollo regional, espacios nacionales y capacidades estatales*. Redefiniendo el escenario global-local. Santa Fe: Ediciones UNL, 2003.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 16 set. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FUNAI. Índios do Brasil. *Terras Indígenas*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

G1. *Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/>>

juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>. Acesso em: 30 ago. 2015.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

_____. *Nova luz sobre a antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

GLAZER, Nathan. Individual rights against group rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GREEN, Leslie. Internal minorities and their rights. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GUTMANN, Amy. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

IBGE. *O Brasil indígena*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/pdf-brasil-ind.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Povos indígenas no Brasil. *Kaingang*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang/286>>. Acesso em: 29 out. 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JOHNSTON, Darlene M. Native rights as collective rights: a question of group self-preservation. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, n. 5, p. 1471-1550, 1998.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KAYSER, Harmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KYMLICKA, Will. *Culturally responsive policies*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/culturally-responsive-policies>>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. Human rights and ethnocultural justice. *Review of Constitutional Studies*, v. 4, n. 2, 1998.

_____. Liberalism and the politicization of ethnicity. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 4, n. 2, 1991.

_____. *Multicultural citizenship*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

_____. Multiculturalism and minority rights: West and East. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, v. 14, n. 4, 2015.

_____. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. Theorizing indigenous rights. *University of Toronto Law Journal*, n. 49, 1999.

_____. Federalismo, nacionalismo e multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofia Política*, n. 7, 1996.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. 12. ed. Campinas: Papirus, 2012.

_____. *Raça e história*. 1952. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Ra%C3%A7a-e-Hist%C3%B3ria-L%C3%A9vi-Strauss.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. *Totemismo hoje*. Petrópolis: Vozes, 1975.

LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

LOIS, Cecília Caballero. A filosofia constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, p. 121-141, jul. 2005.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo ethos jurídico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 503-526, jul./dez. 2010.

MARGALIT, Avishai; RAZ, Joseph. National self-determination. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em: <<http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. *Relatório de identificação e delimitação da terra indígena Toldo Imbu*. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. Autos nº 2007.72.02.003793-5. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007.

MURA, Fábio; SILVA, Alexandra Barbosa da. Organização doméstica, tradição de conhecimento e jogos identitários: algumas reflexões sobre os povos ditos tradicionais. *Revista Raízes*, Campina Grande, v. 33, n. 1, jan./jun. 2011, p. 96-117.

MURA, Fabio; SILVA, Alexandra Barbosa da; ALMEIDA, Rubem R. Thomaz de. *Laudo antropológico pericial para esclarecimento do grau de imputabilidade de indígenas envolvidos em crime de homicídio contra policiais civis na Comarca de Dourados, Mato Grosso do Sul*. Dezembro de 2006. In: MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal. Processo nº 0003857-34.2006.8.12.0002. Ação Penal de Competência do Júri. Autor: Ministério Público. Réus: Valmir Junior Savala e outro. Dourados, 3 de abril de 2006.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

NEDEL, Marco Aurélio. *Condá: o Imperador do Oeste*. Chapecó: Ed. Marco Aurélio Nedel, 2015.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, António José Avelãs. *O estado capitalista e suas máscaras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OEA. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>>. Acesso em: 6 out. 2016.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

_____. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 1998.

ONU. *Situação dos povos indígenas no Brasil é a mais grave desde 1988, diz relatora da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/situacao-dos-povos-indigenas-no-brasil-e-a-mais-grave-desde-1988-diz-relatora-da-onu/>>. Acesso em: 26 set. 2016.

PARAÍSO, Maria Hilda B. Reflexões sobre fontes orais e escritas na elaboração de laudos periciais. *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

PARKS, Gregory S. Judicial recusal: cognitive biases and racial stereotyping. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 18.3, p. 681-698, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: _____; SOUZA, Douglas de (Coord.). Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPPIR. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RORAIMA. *TJRR mantém legalidade de júri indígena*. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/654-tjrr-mantem-legalidade-de-juri-indigena>>. Acesso em: 30 out. 2016.

PROLA JR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 8, n. 30/31, jan./dez. 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMOS, Luciana Maria de Moura. *Vénh Jykré e Ke Ha Han Ke: permanência e mudança do sistema jurídico dos Kaingang no Tibagi*. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Regimento Interno da Comunidade Indígena Toldo Chimbangue. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. Autos eletrônicos nº 5001470-37.2012.404.7202. Ação

Cível. Autores: Adilson Jorge Ferreira e outros. Réus: FUNAI e outros. Chapecó, 27 de fevereiro de 2012. Evento 85 – OUT4.

Regimento Interno da Terra Indígena Xaçecó. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Vara Federal de Chapecó. Autos eletrônicos nº 5002762-52.2015.404.7202. Ação Cível. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Alexandre Barbosa e outros. Chapecó, 13 de abril de 2015. Evento 35 – OUT3.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização.* São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

ROCKFELLER, Steven C. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo.* Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

ROCKFELLER, Steven C. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo.* Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

RONDÔNIA. *Lei Estadual nº 578*, de 1º de junho de 2010. Dispõe sobre a criação do Quadro de Magistério Público Indígena do Estado de Rondônia, da carreira de Professor Indígena e da carreira de Técnico Administrativo Educacional Nível 1 e Técnico Administrativo Educacional Nível 3, na forma que indica. Disponível em: <http://sapl.al.ro.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/4997_texto_integral>. Acesso em: 12 out. 2016.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. Comarca de Paraima. *Processo nº 0000166-27.2013.8.23.0045.* Ação Penal. Autor: Ministério Público. Réus: Elcio da Silva Lopes. Pacaraima, 5 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/tjrr-siscom-webapp/pages/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=45&numero=1&listaProcessos=004513000166>. Acesso em: 30 out. 2016.

SAHLINS, Marshall. *Ilhas de história.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

_____. *Liberalism and the limits of justice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção para um novo senso comum. v. 4).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Alexandra Barbosa da. A antropologia na berlinda do direito: uma reflexão sobre a produção de verdade. Texto a ser publicado em: FRANCH, Mônica; ANDRADE, Maristela; AMORIM, Lara (Org.). *Antropologia em novos campos de atuação: debates e tensões*. João Pessoa: PPGA-UFPB, no prelo 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. São Paulo: Cultrix, 2006.

SORENSEN, Georg. *La transformación del estado*. Más allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TAYLOR. Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011.

_____. A política do reconhecimento. In: _____ (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

_____. *Argumentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMMASINO, Kimiye. *Relatório de identificação e delimitação da terra indígena Guarani de Araçá*. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. Autos nº 2007.72.02.003663-3. Autor: Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 6 de junho de 2007.

TORRES, Márcio Andrade. O lugar da cultura na culpabilidade dos índios. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 14, n. 46, p. 97-117 – Edição Especial 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

UNESCO. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2016.

VAN DIKE, Vernon. The individual, the state, and ethnic communities in political theory. In: KYMLICKA, Will. *The rights of minority cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

VEIGA, Juracilda. *Cosmologia e práticas rituais kaingang*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Etnologia brasileira*. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=331&Itemid=325>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. *Povos indígenas*. Os involuntários da pátria. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/554056-povos-indigenas-os-involuntarios-da-patria>>. Acesso em: 15 maio 2016.

WALZER, Michael. Comentário. In: TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Pólen soft 80g/m²

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

Tiragem

3.200 exemplares

MESTRADO EM DIREITO



**República Federativa do Brasil
Ministério Público da União**

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

**Câmara Editorial – CED
Ministério Público Federal**

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

Nelson Lacava Filho
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

MESTRADO EM DIREITO

Ilan Fonseca de Souza

Brasília-DF
2017



série pós-graduação
volume 5 - tomo 4

Série Pós-Graduação

MESTRADO EM DIREITO

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

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação de originais e revisão de provas

Davi Silva do Carmo

Projeto gráfico

Rossele Silveira Curado

Capa

Artur Dias Rocha, Rossele Silveira Curado

Diagramação

Sheylise Rhoden

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

M586 Mestrado em Direito / Claudia Regina Lovato Franco ...
[et al.]. – Brasília : ESMPU, 2017.
5 t. – (Série Pós-graduação ; v. 5)

ISBN 978-85-9527-010-7 (t. 1)

ISBN 978-85-9527-011-4 (t. 2)

ISBN 978-85-9527-012-1 (t. 3)

ISBN 978-85-9527-013-8 (t. 4)

ISBN 978-85-9527-018-3 (t. 5)

1. Valor social do trabalho. 2. Dumping social.
3. Responsabilidade civil ambiental. 4. Dano ambiental. 5. Aculturação.
6. Direitos indígenas. 7. Termo de ajustamento de conduta. 8. Polícia
judiciária militar – controle. 9. Segurança pública. I. Claudia Regina
Lovato Franco. II. Série. III. Título.

CDD 341.5

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-017-6

MESTRADO EM DIREITO

TOMO 4

**Efetividade dos termos de
ajuste de conduta firmados pelo
Ministério Público do Trabalho:
uma análise empírica**

Ilan Fonseca de Souza

Lista de gráficos

Gráfico 1 TACs celebrados pelo MPT e pelo MPF 2014-2015	116
Gráfico 2 Tempo de celebração dos TACs - PRT São Paulo	125
Gráfico 3 Tempo de celebração dos TACs - PRT Campinas	126
Gráfico 4 PRT São Paulo	127
Gráfico 5 PRT Campinas	128
Gráfico 6 Quantidade de cláusulas dos TACs - PRT Campinas	129
Gráfico 7 Quantidade de cláusulas dos TACs - PRT São Paulo	130
Gráfico 8 Valores das multas dos TACs - PRTs São Paulo e Campinas	134
Gráfico 9 Indenização social fixada no TAC	136
Gráfico 10 Previsão de prazo para cumprir a lei nos TACs	140
Gráfico 11 Taxa de fiscalização dos TACs - PRT São Paulo e Campinas	143
Gráfico 12 Taxa de cumprimento dos TACs em Campinas	154
Gráfico 13 Taxa de cumprimento dos TACs em São Paulo	155

Gráfico 14	
Panorama Geral dos TACs - PRT Campinas	157
Gráfico 15	
Panorama Geral dos TACs - PRT São Paulo	157
Gráfico 16	
Taxa de cobrança das multas - PRT Campinas	158
Gráfico 17	
Taxa de cobrança das multas - PRT São Paulo	159

Lista de abreviações e siglas

ACP - Ação Civil Pública

ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados

ANPT - Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho

CAGED - Cadastro Geral de Empregados

CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho

CCR - Câmara de Coordenação e Revisão

CGU - Controladoria-Geral da União

CEREST - Centro de Referência e Saúde do Trabalhador

CF - Constituição Federal

CIPA - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes

CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas

CNI - Confederação Nacional da Indústria

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público do Trabalho

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPC - Código de Processo Civil

CSMPT - Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho

DIEESE - Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas Sociais e Econômicas

DPU - Defensoria Pública da União

EPI - Equipamento de proteção individual

FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social

IC - Inquérito Civil

JT - Justiça do Trabalho

MP - Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

MPT - Ministério Público do Trabalho

MTE - Ministério do Trabalho e Emprego

NR - Norma Regulamentadora

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional

PGT - Procuradoria-Geral do Trabalho

PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

PP - Procedimento Preparatório

PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais

PROMO - Procedimento Promocional de Políticas Públicas

PRT - Procuradoria Regional do Trabalho

RAIS - Relação Anual de Informações Sociais

SFIT - Sistema Federal de Inspeção do Trabalho

SST - Segurança e Saúde do Trabalho

STF - Supremo Tribunal Federal

TAC - Termo de Ajuste de Conduta

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

Sumário

Apresentação	15
Introdução	19
Capítulo 1 – Contexto fático e normativo	25
1.1 O termo de ajuste de conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho	25
1.2 O papel do Ministério Público do Trabalho: vigiar e punir	30
1.2.1 Contradição aparente entre Ministério Público resolutivo e demandista	40
1.3 Crítica aos argumentos favoráveis aos termos de ajuste de conduta	54
Capítulo 2 – TACs sob a ótica da análise comportamental do Direito: uma alternativa à inefetividade	77
2.1 Sugestões para incremento da efetividade dos termos de ajuste de conduta	87
2.1.1 Toda violação à legislação laboral deve contemplar uma punição pecuniariamente superior ao montante economizado pela sua evasão: todo TAC deve contemplar uma indenização social	88
2.1.2 As punições aos infratores devem ser publicizadas	91
2.1.3 As multas pelo eventual descumprimento do ajuste devem ser suficientemente aversivas: descumprir o TAC deve custar mais caro do que cumpri-lo	92
2.1.4 Os TACs não podem estabelecer prazos para o cumprimento de obrigações que são repetições da lei	93
2.1.5 Termos de ajuste de conduta com indenizações relevantes somente serão assinados se ações civis públicas forem uma estratégia comumente utilizada pelo Ministério Público do Trabalho	95

2.1.6 Os termos de ajuste de conduta devem ser fiscalizados com profundidade e frequência razoáveis	96
2.1.7 Todo TAC violado deve ter suas multas cobradas	97
2.1.8 Envolver mais atores sociais aumenta a efetividade do ajuste	99
2.1.9 A responsabilização dos infratores deve ser estimulada internamente pelo Ministério Público do Trabalho	101
Capítulo 3 – Inefetividade dos termos de ajuste de conduta	109
3.1 Priorização do termo de ajuste de conduta pelo Ministério Público do Trabalho e evidências do seu descumprimento em pesquisas empíricas pgressas	109
3.2 Os TACs firmados no Estado de São Paulo no ano de 2013. Metodologia e panorama geral	116
3.3 Dados colhidos. Procuradorias de São Paulo e Campinas	123
3.3.1 Brevidade com que os termos de ajuste de conduta são firmados	124
3.3.2 Índice de retenção	126
3.3.3 Pequena quantidade de cláusulas	129
3.3.4 Principais cláusulas são repetições da lei	130
3.3.5 Valores pouco aversivos das multas	132
3.3.6 Ausência de indenização do dano moral coletivo nos termos de ajuste	135
3.3.7 Concessão de prazos	138
3.3.8 Fiscalização insuficiente dos termos de ajuste de conduta	143
3.3.9 Fiscalizações superficiais	147
3.3.10 Alto índice de descumprimento dos ajustes	149
3.3.11 Baixa execução	158

3.3.12 Forma de comprovação da violação aos ajustes de conduta	161
3.3.13 Respostas preliminares	162
Conclusão	169
Referências	177

Apresentação

A integração da visão prática de membros do Ministério Público da União (MPU) com a produção acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB) permitiu o desenvolvimento de relevantes pesquisas acerca de temas que irão contribuir de forma significativa para a atuação dos profissionais ligados ao universo jurídico. Desde o ingresso da primeira turma (até o momento temos quatro, sendo uma concluída), já se vislumbrava a contribuição significativa que essa parceria poderia trazer tanto para o Mestrado em Direito da UCB quanto para a comunidade científica e a sociedade brasileira.

O interesse pela pesquisa e o estudo de temas gerais do campo do direito público logo conduziram os discentes do MPU à diligência pela publicação de artigos como parte de suas atividades acadêmicas. Neste espaço vamos apresentar a quinta publicação desta série de edições da linha de pesquisa que visa ao estudo sobre o exercício do Ministério Público.

Esta publicação da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) reúne ensaios que discutem diversos aspectos da interface da práxis do Ministério Público com temas transversais do ordenamento social sob o mérito da análise e da interpretação jurídica possíveis. Temas como direito ambiental, valor social do trabalho, direito indígena, ação da polícia judiciária militar e a avaliação da eficácia dos termos de ajuste de conduta (TACs) comporão esta quinta publicação dos alunos do Mestrado em Direito da UCB que atuam junto ao MPU.

Dando continuidade às reflexões oriundas da produção acadêmica dos discentes, com esta edição a ESMPU vem oferecer aos brasileiros alguns ensaios jurídicos com o propósito de interpretar e ampliar o sentido da ação do MPU em relação aos mais diferentes temas da sociedade.

Uma análise do valor social do trabalho e o “*dumping social*” é o tema do livro de Claudia Regina Lovato Franco. Em seu texto, a autora situa historicamente o valor social do trabalho em sua conceituação desde o período do desenvolvimento industrial até a era da competitividade dos mercados. Destaca o fenômeno do “*dumping social*” como

resultado do desequilíbrio econômico-social desse processo histórico. Em seguida, avalia os resultados da atuação do sistema de justiça trabalhista para calcular as penalidades resultantes do dano moral coletivo inscritas nos termos de ajustamento de conduta e nas decisões judiciais. Com isso, demonstra metodologias de desestímulo de práticas ilícitas por parte de empresários e conclui, de forma otimista, pela melhoria das condições de vida dos trabalhadores brasileiros como consequência da valorização social do trabalho.

Felipe da Silva Müller trata do impacto das decisões judiciais reparatorias na indução de comportamentos ambientalmente preventivos. Seu tema é a responsabilidade civil ambiental. Nessa perspectiva, correlaciona a aplicação, por parte de juízes, do cumprimento de certas medidas judiciais com o sucesso no resultado de práticas ambientais preventivas via responsabilidade civil. Tais medidas judiciais são descritas de forma exemplar, como a recuperação integral do dano causado, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e a publicização de decisões proferidas. Conclui que a responsabilização civil, para ser preventivamente eficiente, deve promover a aversão à perda, presente nas pessoas, com o fim de motivar a tomada de decisões ambientalmente benéficas em situações de risco.

O ensaio de Carlos Humberto Prola Júnior delinea a trajetória de construção dos direitos do Povo Kaingang da região Oeste do Estado de Santa Catarina. Para esse propósito, remonta ao período de consolidação da ocupação do Oeste catarinense, com o início de um novo movimento colonizador da região, o qual irá trazer sucessivas investidas sobre o território do povo Kaingang. Segundo o autor, inicia-se nos anos 1970, no Oeste catarinense, uma interessante articulação de demandas por direitos indígenas perante os órgãos estatais, concomitantemente ao movimento de retomada de suas terras nativas. Esse processo, de acordo com a pesquisa, irá culminar com a discussão e consolidação de políticas públicas para o povo Kaingang, desde a demanda pelo exercício da jurisdição especificamente indígena, até a reivindicação por educação escolar indígena, entre outras.

Illan Fonseca de Souza oferece aos leitores seu ensaio sobre uma análise empírica da efetividade dos termos de ajuste de conduta

firmados pelo Ministério Público do Trabalho. Logo de início, chama a atenção para o fato de que sua pesquisa quer mesmo saber se os chamados termos de ajuste de conduta, instrumentos utilizados pelo Ministério Público, estão sendo cumpridos. Para esse fim, foram realizadas pesquisas empíricas junto às Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª Regiões do Estado de São Paulo. Acaba por concluir pela fragilidade do desempenho atual dos TACs no sucesso em alcançar seus objetivos precípuos, e também pela constatação de padrão de recalcitrância dos empregadores frente aos ajustes de conduta.

Antônio Duarte encerra o volume trazendo à discussão o tema do controle externo da atividade da polícia em geral e, de modo destacado, o da Polícia Judiciária Militar. Salienta a definição de sistema de justiça militar segundo a Carta Magna de 1988 para a aplicação de normas relacionadas ao ordenamento penal militar. A seguir, traz à discussão o padrão de Polícia Judiciária Militar constituído no Brasil, destacando, sobretudo, suas deficiências, ao mesmo tempo em que aponta para a necessidade de sua readequação à realidade nacional. Conclui, por fim, com um elenco de propostas para a melhoria da atividade de Polícia Judiciária Militar, entre as quais a sua institucionalização.

Ao compartilhar esta publicação com a academia e a sociedade brasileira, esperamos nós, dirigentes de instituições de educação, contribuir para o processo continuado de debate entre educadores e a sociedade civil organizada ligada ao mundo jurídico, bem como para a mobilização de agentes públicos na perspectiva da melhoria dos métodos e processos judiciais em prática no Brasil.

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior
do Ministério Público da União

Gilberto Garcia
Reitor da Universidade
Católica de Brasília

Introdução

Este trabalho pretende analisar, através de argumentos teóricos e dados empíricos, como a utilização dos termos de ajuste de conduta (TAC) pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), nos moldes atuais, influencia comportamentos delitivos na seara laboral, utilizando-se de categorias e métodos de análise da sociologia do Direito, com revisão da literatura jurídica.

A condução de pesquisas com dados empíricos permite a utilização de informações para prever condutas a partir de determinado quadro ou para analisar se certa norma está alcançando os resultados pretendidos e indagar se as políticas públicas institucionalizadas são adequadas ou merecem revisão.

Uma vez que o Direito, por regra, se baseia na ideia de solidariedade visando à manutenção do grupo social, o que transforma uma norma social (econômica ou moral) em jurídica é o fato de que a sanção material contra sua violação pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção (GRAU, 2011).

A utilização do termo de ajuste de conduta sem coerção viola, de forma peculiar, o sistema jurídico trabalhista, que tem, em seu código genético, a finalidade de proteção do trabalhador hipossuficiente. Isto é agravado pelo fato de a principal causa para o cometimento das infrações trabalhistas constituir-se no interesse empresarial em economizar recursos (LANGILLE, 2005, p. 11). Com efeito, instrumentos estatais que não imponham sanções pecuniárias terão pouca eficácia estratégica, uma vez que o cerne da evasão às leis trabalhistas é o aspecto econômico.

A pesquisa empírica empreendida buscou discutir a efetividade do TAC enquanto política pública. Especificamente, o objetivo consistiu em aferir o comportamento das empresas após o ajuste da conduta com o Ministério Público do Trabalho, mediante coleta e análise dos fatos à luz do referencial teórico; buscou também identificar qual é a atitude mais comum do MPT diante do descumprimento das avenças firmadas.

A hipótese testada é que a lacuna de responsabilização nos referidos instrumentos contribui para a sua baixa efetividade e, por conseguinte, para a violação generalizada do ordenamento jurídico trabalhista hoje verificada.

O tema se mostra relevante porquanto o *modus operandi* do MPT consiste na priorização do TAC, sob o argumento de sua maior efetividade. Em 2015, foram firmados 9.947 ajustes por 782 procuradores; em 2014, foram firmados 11.746 TACs por 757 procuradores (CNMP, 2015, 2016), enquanto, em 2013, foram firmados 12.172 TACs em oposição a 2.936¹ ações judiciais (CNMP, 2014, p. 326). Comparativamente, o Ministério Público Federal,² por meio dos seus 1.080 procuradores, firmou em 2014 e 2015, respectivamente, apenas 368 e 131 ajustes em todo o Brasil (CNMP, 2015, 2016). No entanto, apesar de amplamente adotados na área trabalhista, não há comprovação empírica da eficiência desses acordos extrajudiciais.

Tem-se negligenciado os efeitos da regulação trabalhista sobre o grau de efetividade da lei, ou seja, a sua vigência real ou facticidade (CARDOSO; LAGE, 2007; YEUNG; AZEVEDO, 2011). Há fortes evidências de que a política pública do TAC sem punição, aqui chamado de TAC convencional,³ parece estar prejudicando o caráter pedagógico que as sanções devem ter sobre o conjunto da sociedade.

Há um consenso de que se vive um problema de falta de efetividade das normas trabalhistas (KREIN; BIAVASCHI, 2007, p. 19; CARDOSO; LAGE, 2007, p. 99; FILGUEIRAS, 2012, p. 142; CARELLI, 2010, p. 13). Diante da fixação de direitos sem a pretensão de efetivá-los,⁴ a concretização dos direitos constitucionais sempre foi o maior desafio da práxis jurídica (RODRIGUES, 2011, p. 15). É pressuposto, entretanto, que o MPT tenha como missão institucional garantir a efetividade destas normas trabalhistas, e não apenas o seu

1 Nosso levantamento próprio encontrou 2.625 ações civis públicas ajuizadas no período no Brasil.

2 O foco da atuação do Ministério Público Federal é o criminal. No entanto, ainda há um amplo espaço para a tutela coletiva em defesa do meio ambiente, defesa do consumidor, direito indígena, proteção de pessoas com deficiência etc.

3 Rodrigues (2011, p. 73) chama de marco convencional a atuação do *Parquet* Federal na tutela judicial dos direitos transindividuais. No caso do MPT, o marco convencional sempre foi o extrajudicial.

4 Insinceridade legislativa, na expressão de Luís Roberto Barroso.

cumprimento pontual ou passageiro, sendo plausível supor que a estratégia que melhor atenda a esta finalidade deve ser aquela mais utilizada. Por outro lado, formas de atuação que se mostrem inefetivas ou precarizem as relações de trabalho devem ser afastadas.

O TAC é um instrumento formal de natureza administrativa que tem por finalidade colher o compromisso do empregador faltoso fixando obrigações para corrigir as irregularidades constatadas que, se não cumpridas, devem ensejar o pagamento de multas pecuniárias (BRITTO PEREIRA, 2011, p. 43). Nas últimas décadas, o MPT adotou a política pública consubstanciada no uso sistemático do TAC (FILGUEIRAS, 2012, 2013; SOUZA, 2014d; ARTUR, 2016). Pesquisas demonstram que o TAC convencional, ordinariamente celebrado, contém poucas cláusulas, abrangendo os aspectos mais básicos da legislação e com multas de baixo valor (FILGUEIRAS, 2012; SOUZA, 2013, 2014d; RIBEIRO JR.; FILGUEIRAS, 2015). É fato reconhecido pelos procuradores a concessão de prazos para adequação à lei (PEREIRA, 2010, p. 323) e a ausência de punições nos TACs, pois, mesmo quando as infrações são comprovadas no inquérito civil, inexistem sanções pecuniárias pelos ilícitos cometidos. Filgueiras (2012, p. 252) evidenciou que os termos de ajuste de conduta não costumam contemplar indenização do dano moral coletivo em sua quase totalidade (97,5%) e, quando a contemplam, seus valores são baixos e não conseguem persuadir o infrator. Em 90% dos termos firmados no sul da Bahia, no setor da construção civil, não houve qualquer previsão de indenização social (SOUZA, 2014d) e, no Amazonas, neste idêntico setor, em 100% dos casos não houve previsão de pagamento prévio de valores (SOUZA, 2013). A falta de punição pelas infrações legais perpetradas é prática comum que costuma ter várias motivações, como, por exemplo, a preocupação de que a imposição de perdas pecuniárias em face do empregador possa atrapalhar sua atividade econômica e, com isso, gerar redução de postos de trabalho.

Nos últimos anos, seguidas investigações têm apurado ainda a inefetividade do TAC como política pública para a promoção da efetividade da legislação trabalhista (FILGUEIRAS, 2012, 2013; SOUZA, 2013, 2014d, 2015; RIBEIRO JR.; FILGUEIRAS, 2015). Mesmo assim,

a literatura jurídica especializada defende a primazia do TAC, em contraposição ao ajuizamento da ação civil pública, ressaltando as vantagens do referido instrumento e questionando a eficácia das ações coletivas, pelo risco de improcedência e de longa duração do processo judicial. A defesa à política do termo de ajuste de conduta não é privilégio apenas dos membros do Ministério Público do Trabalho, uma vez que a Confederação Nacional da Indústria, na salvaguarda dos seus associados na condição de infratores da legislação trabalhista, elogia abertamente o instrumento pelo fato do seu caráter educativo sobrepor-se ao caráter repressor (CNI, 2012, p. 128).

Compatibilizar discursos de agentes sociais que costumam disputar judicialmente a efetividade da legislação trabalhista não é tarefa fácil. A importância e a justificativa deste trabalho – que apresenta os resultados da pesquisa realizada – consistem no aprofundamento da análise da efetividade do TAC como política pública adequada ou não ao Direito do Trabalho.⁵ A inédita extensão do estudo de casos mostra-se relevante para traçar um panorama real, em determinado período de tempo, do Ministério Público do Trabalho.

A pesquisa empírica abrangeu todos os termos de ajuste de conduta firmados no ano de 2013 pelo Ministério Público do Trabalho no Estado de São Paulo, envolvendo duas grandes procuradorias regionais do Trabalho (2ª região, com sede em São Paulo, e 15ª região, com sede em Campinas). Esta unidade da federação representava 19% de todos os membros do MPT, com diferentes tempos de serviço na carreira. Em São Paulo localiza-se parte das maiores e mais relevantes empresas do País, de todos os setores econômicos, envolvendo pequenos, médios e grandes empregadores, em municípios dos mais diferentes tamanhos. Além do mais, referidas procuradorias responderam por 15% de todos os TACs firmados no Brasil naquele ano, tendo por objeto a investigação de infrações de pequena, média ou grande complexidade. O universo⁶ paulista apresentou indicadores significativos de um padrão de atuação do Ministério Público do Trabalho e

5 O estudo de Rodrigues (2011, p. 235), por exemplo, envolveu a efetividade de 71 termos de ajuste de conduta (dentre 291, ao todo).

6 Trata-se de uma amostra em relação ao quantitativo total de termos de ajuste de conduta nacionais, mas, em relação às Procuradorias de São Paulo e de Campinas, corresponde ao universo.

dos seus investigados. O ano de 2013 foi selecionado porque permitiu um tempo razoável para que os termos de ajuste de conduta fossem fiscalizados, além do que as investigações do Ministério Público do Trabalho passaram a contar com documentos integralmente digitais desde setembro de 2014, permitindo que toda a documentação produzida nos inquéritos estivesse acessível no próprio sistema. Como se trata de uma amostra recente, evidencia o retrato mais atualizado do perfil do Ministério Público do Trabalho.

A política pública que privilegia o TAC mostra-se inadequada se não atinge, nos casos concretos, a finalidade de induzir as condutas almeçadas: é a probabilidade de aplicação efetiva da sanção (expectativa) que governa o comportamento do empregador. Nesse sentido, o TAC, como qualquer contrato,⁷ por si só, não garante o seu efetivo cumprimento, a não ser pela possibilidade de imposição coativa de seus termos. O argumento oficial de sucesso do ajuste de conduta é, *a priori*, incorreto porquanto contrapõe o que, na realidade, são etapas de um contínuo processo de imposição coercitiva da norma. A previsão de que o TAC, na ausência de um nível adequado de imposição coercitiva dependente da participação do Judiciário, tende a ser ineficaz foi, assim, um ponto de partida ou uma hipótese.

Diante desse quadro, aparecem várias questões: é possível efetivar a legislação e proteger os trabalhadores sem punir os infratores da legislação trabalhista? Há mecanismos jurídicos efetivos que não estejam lastreados na sanção? De acordo com doutrinas jurídicas que enxergam o Direito como coativista (BOBBIO, 2006), isto não é possível.

Este estudo pretende desvendar a interação entre o Ministério Público do Trabalho e os empregadores, em uma perspectiva crítica, tendo sido dividido em três capítulos.

O primeiro é uma discussão da bibliografia, onde foram esboçados o referencial normativo e literário, especificamente sobre os termos de ajuste de conduta, bem como o contexto fático e normativo em que a dinâmica do TAC está inserida, abordando, brevemente,

7 Contrato aqui não é utilizado no sentido técnico jurídico. Os contratos, em geral, são assinados antes da execução das relações jurídicas, ao passo que o termo de ajuste de conduta, enxergado como um contrato, estaria sendo aplicado após a violação à lei.

ainda conceitos como relação de emprego, função social do Direito, interesses e direitos metaindividuais, interesse público, dano moral coletivo e o papel resolutivo e demandista do Ministério Público do Trabalho. Foram explicitados, igualmente, os fundamentos utilizados para a aplicação dos termos de ajuste de conduta, passando-se à refutação destes argumentos, com base em princípios do próprio ordenamento jurídico e dos fenômenos rotineiros verificados na relação institucional entre o MPT e os infratores.

Em seguida, no capítulo 2, o TAC foi estudado sob a ótica da análise comportamental do Direito, apresentando sugestões para o aprimoramento da atuação institucional, revelando perspectiva que, em tese, serve para implementar um maior índice de efetividade dos TACs.

No capítulo 3, passou-se ao quadro fático, com enfoque sociológico, apresentando dados nacionais e regionais do MPT, para, enfim, serem abordados os TACs firmados em São Paulo no ano de 2013 com maior detalhamento da metodologia utilizada.

Capítulo 1 – Contexto fático e normativo

1.1 O termo de ajuste de conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho

A sociedade brasileira adota o regime de produção capitalista, que tem como características a busca pela maximização das riquezas e a formalização das relações de troca. O Estado brasileiro reconhece e legitima o capitalismo em sua Constituição, através de muitos dispositivos, tais como o art. 1º (ao tratar dos valores sociais da livre iniciativa), o *caput* do art. 5º (ao assegurar o direito de propriedade), e, especialmente, o art. 170, que trata da ordem econômica (GRAU, 2014, p. 70). Qualquer atividade econômica, entretanto, deve ser guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que se faz mais evidente na regulação da relação de emprego.

Mesmo no sistema capitalista, um padrão jurídico de direitos é assegurado aos trabalhadores, sendo os mais destacados um piso remuneratório através de salário mínimo, sistema previdenciário, normas de prevenção a acidentes de trabalho, direito a férias, entre outros. O Estado deve providenciar uma legislação que assegure aos trabalhadores salários compatíveis com a satisfação de suas necessidades, duração do trabalho adequada e disposições que resguardem o meio ambiente de trabalho, entre outras providências (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 150). A Constituição brasileira quer o capitalismo, mas também quer a redução da desigualdade entre classes (art. 3º III) e, para esta finalidade, a consagração de direitos sociais, entre eles, principalmente, os direitos fundamentais trabalhistas do art. 7º, é um dos meios mais contundentes para a justiça social. A finalidade do Direito do Trabalho, pois, seria aproximar a força de trabalho do princípio da dignidade humana, afastando-a do seu caráter de simples mercadoria.

Em sendo pressupostos do liberalismo econômico o direito de propriedade e a liberdade contratual, os contratos de trabalho devem ser respeitados não apenas por força de lei mas sim para o bom funcionamento e eficiência dos mercados, competindo ao Estado tutelar as instituições básicas do comércio jurídico (GRAU, 2011, p. 117). O Direito do

Trabalho, no Brasil, pode encontrar fundamento, portanto, na própria liberdade dos contratos, uma vez que, na realidade atual, nem mesmo o quanto acordado com os obreiros costuma ser respeitado.

Neste regime econômico, a relação de assalariamento assume papel fundamental, porque, sem esta relação sociojurídica, o capitalismo não consegue sobreviver enquanto sistema, ou seja, sem a separação entre os detentores dos meios de produção e os trabalhadores, competindo aos primeiros a gestão da mão de obra e do capital e conseqüente apropriação da riqueza, e aos últimos a prestação de serviços e percepção de parcela das riquezas, o regime do capital não se completa. O Direito do Trabalho busca solucionar conflitos coletivos e individuais de trabalho para que o sistema capitalista funcione com o menor risco de interrupção ou ruptura possível, uma vez que, apesar de a produção ser coletiva, a sua apropriação é privada e individual (MANDL, 2013, p. 35).

A relação de emprego ou assalariamento⁸ é uma relação jurídica disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entre outros textos legais esparsos. Caracteriza-se como um contrato ou acordo de vontades entre as partes, com a finalidade de prestação de serviços mediante remuneração. A relação jurídica que tem por forma de expressão o contrato tem um conteúdo, portanto, determinado pela própria relação econômica (GRAU, 2011, p. 62). É uma relação que contém dois sujeitos de direito, formalmente iguais, onde um vende sua força de trabalho para outro que a compra, recebendo, em troca, um salário (MANDL, 2013, p. 34). Sua peculiaridade decorre do fato de que o objeto do Direito do Trabalho e, por conseqüência, da relação de emprego é igualmente a pessoa humana, submetida a uma subordinação ou dependência em relação ao seu empregador (WERNECK VIANNA, 1951, p. 26 apud CARELLI, 2011, p. 41).

A legislação trabalhista incide sobre uma relação de natureza contratual estabelecida entre empregado e empregador que a ela se vinculam livremente;⁹ como os riscos do negócio correm por conta do empregador,

8 Aqui fazemos uma aproximação grosseira entre os conceitos, porque, como explica Filgueiras (2012, p. 76), nem todo trabalho assalariado possui as características do regime de emprego, sendo um fenômeno mais amplo.

9 Dadas as severas restrições de sobrevivência a que os locatários de mão de obra se submetem para reprodução.

a ordem jurídica lhe reconhece um poder diretivo e disciplinar que gera, para o empregado, um estado de subordinação jurídica que coincide, via de regra, com o seu estado de dependência econômica, tornando este vulnerável às imposições do patrão e acarretando a necessidade de estabelecimento de parâmetros – normas de ordem pública – que garantam a integridade física e mental do empregado, sua dignidade e a possibilidade de sua reprodução (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 54). Temos, portanto, como elementos da relação de emprego: subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, todos previstos na CLT.

É sobre relações de emprego que a atribuição do MPT, enquanto órgão de vigilância do Estado, incide prioritariamente, buscando aferir se os preceitos da legislação estão sendo respeitados pelos empregadores. Assim, quando direitos fundamentais do trabalhador são violados de forma intensa, transparece o dever de atuação do Ministério Público do Trabalho.

Trata-se, portanto, de uma interferência estatal autorizada pelas leis e pela Constituição, numa relação social preexistente entre particulares. Esta interferência estatal é diuturna, inclusive porque é “da natureza” do Direito do Trabalho, de nítido caráter distributivo, ser constantemente testado pelos agentes de produção (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 18), valendo frisar que, no aspecto coletivo, o Direito do Trabalho é ainda mais conflituoso por lidar com interesses transindividuais.

O meio mais rápido e fácil de baratear os custos de produção vem a ser a simples desobediência ao ordenamento jurídico. Conforme Krein e Biavaschi (2007, p. 13), violar a lei é flexibilizá-la na prática. Pressupondo, porém, que possuímos um arsenal jurídico suficiente de proteção aos trabalhadores, o que explica a evasão da legislação laboral no contexto do capitalismo brasileiro?

Se a punição é uma consequência possível pelo descumprimento da lei trabalhista, a inexistência de perdas pecuniárias significativas pelo Estado em face dos empregadores faltosos pode explicar a inefetividade das normas trabalhistas que hoje é sentida. Se o *quantum* punitivo é percebido como insuficiente pelos ofensores para desestimular o comportamento contrário ao Direito, a norma não concretiza a proteção dos sujeitos a que visa resguardar (ANTUNES, 2009, p. 181-182).

Uma vez identificada a causa dessa violação massiva ao normativo trabalhista, seria mais fácil para o operador do Direito construir políticas públicas eficazes. A atuação preferencial e preponderante do Ministério Público trabalhista para atingir sua meta social foi materializada no TAC (ASSIS, 2010, p. 188; CORREIA; SALVADOR, 2014, p. 334), instrumento que vem a ser “o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa mediante adequação de seu comportamento às exigências legais” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 4 apud FELIX TEIXEIRA, 2014). Segundo Britto Pereira (2016, p. 179), o termo de ajuste de conduta é importante mecanismo de resolução de conflitos para promover a defesa dos interesses¹⁰ que competem ao Ministério Público do Trabalho, com espaço para a participação dos interessados, suprindo deficiências do sistema tradicionalmente consagrado ou atuando de forma complementar.

Quanto à sua natureza jurídica, alguns enxergam no ajuste de conduta: um ato administrativo negocial com alto grau de especificidade (MAZZILLI, 2005), um negócio jurídico híbrido sujeito às normas de direito privado e público (CARNEIRO e CARVALHO FILHO),¹¹ um negócio jurídico declaratório (RODRIGUES, 2011, p. 131), ou mesmo um sucedâneo da sentença proferida em uma ação civil pública (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 184-186). Vitor Filgueiras (2012), em perspectiva sociológica, enxerga o termo de ajuste de conduta como uma conciliação com a infração.

O ajustamento de conduta diferencia-se, hierarquicamente, da ação civil pública porquanto esta possui assento constitucional, enquanto aquele está previsto na legislação ordinária (§ 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985). Outro texto legal que faz breve referência ao TAC é a CLT em seu art. 876, ressaltando seu atributo de título executivo extrajudicial.¹² Ao prever que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta

10 Tal como o autor, utilizaremos as expressões direitos e interesses sem distinções no âmbito da tutela coletiva.

11 Apud Rodrigues (2011, p. 123).

12 A Lei n. 8.069/1990 também o prevê em seu art. 211, bem como a Lei n. 8.884/1994 e, ainda, a Lei n. 9.605/1998.

às exigências legais mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, a Lei da Ação Civil Pública contemplou a possibilidade de os infratores adequarem a sua conduta. Com efeito, a mesma Lei n. 7.347/1985, que fixou, expressamente, a possibilidade de a coletividade ser moralmente indenizada em seu art. 1º, autorizou a tomada do compromisso do ajustamento de conduta às exigências legais, permitindo concluir que são obrigações legais compatíveis: o dever de indenizar a sociedade atingida coexiste com o dever do infrator de ajustar sua conduta.

Além da sua previsão legal já referida, o TAC está regulamentado pela Resolução de n. 69/2007 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho e pela Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, com redação semelhante, *in verbis*:

Art. 14. O Ministério Público do Trabalho poderá firmar termo de ajuste de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser reparados (CSMPT).

Como se percebe, a resolução em tela disciplina o alcance dos termos de ajuste de conduta utilizando-se de deveres cumulativos (e não alternativos) para o compromissário promover a adequação da sua conduta e, também, a reparação da lesão e compensação à sociedade prejudicada.¹³ Estes valores indenizatórios postulados administrativamente pelo MPT, por sua vez, não estão preestabelecidos em lei: são fixados de forma discricionária, ainda que levem em conta fatores como: a) gravidade da conduta (culpa ou dolo do ofensor¹⁴ e grau de reprovação social da prática), b) capacidade financeira do ofensor e da vítima, c) extensão ou repercussão da lesão (quantidade de trabalhadores prejudicados, lucro obtido com o ilícito, reiteração da conduta infratora, caráter distrital, regional ou nacional do ato lesivo), d) natureza do bem jurídico violado (bem jurídico pessoal

13 Neste quesito, as indenizações fixadas nos termos de ajuste de conduta diferenciam-se daquelas contempladas nos autos de infração do Ministério do Trabalho, uma vez que estas têm nítido propósito punitivo, pois os valores não revertem para os trabalhadores prejudicados nem para a sociedade moralmente atingida, mas sim aos cofres da União.

14 Elemento bastante mitigado na seara trabalhista.

e fundamental ou patrimonial), entre outros elementos (VENTURI, 2006, p. 10). O processo de negociação do ajuste permite, ainda, o conhecimento efetivo da situação a ser adequada, as causas que levaram ao ilícito, os óbices que o compromissário precisa superar para ajustar sua conduta, a urgência com que a adequação à lei deve ser feita, e os anseios da comunidade que se sente lesada pela transgressão da norma (RODRIGUES, 2011, p. 114).

1.2 O papel do Ministério Público do Trabalho: vigiar e punir

Segundo a Constituição de 1988 (art. 127), “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como se infere do texto constitucional, a utilização de conceitos juridicamente indeterminados permite que o rol de atribuições e alcance do *Parquet* trabalhista seja gigantesco, afinal o Brasil possui mais de 5 milhões de empresas e outras organizações e 3,6 milhões de empreendimentos com até 4 empregados (IBGE, 2014).¹⁵

O MPT, entretanto, atinge apenas cerca de 47 mil empresas anualmente (CNMP, 2016, p. 264),¹⁶ o que significa dizer que, do ponto de vista do conjunto do mercado de trabalho, a regulação do Direito do Trabalho pelo Estado é muito mais abrangente pelos efeitos indiretos alcançados do que pelos efeitos diretamente resultantes (FILGUEIRAS, 2012, p. 204; 222). Por esta razão, o MPT somente aborda infratores para tutelar interesses que possuam ampla repercussão social.

Trata-se do único ramo ministerial que não tem atribuição para promover ações penais (responsabilização criminal), focando-se, portanto, na responsabilização civil (patrimonial e extrapatrimonial). O Ministério Público do Trabalho surgiu como órgão oficiante junto à Justiça do Trabalho, pertencendo ao Poder Executivo até a Constituição

15 Vitor Filgueiras (2012) informa que são cerca de 3 milhões de empregadores com pelo menos um empregado, segundo dados do PNAD (2008).

16 Considerando que cada inquérito civil instaurado pelo MPT refere-se a um investigado diferente. Enquanto isso, a Inspeção do Trabalho abordou 350 mil empresas por ano (MTE, 2008 apud FILGUEIRAS, 2012).

de 1937, sendo que seu papel se restringia à seara processual, com a emissão de pareceres na Justiça do Trabalho até 1988. A partir da atual Constituição Federal, e especialmente com o surgimento das Leis n. 7.347/1985, 8.078/1990 e da Lei Complementar n. 75/1993, passou a ter atribuição para promover ações na Justiça do Trabalho em face de empregadores que descumpram a legislação trabalhista.

Por sua vez, de acordo com o próprio MPT, órgão que integra o Ministério Público da União, “Os procuradores do trabalho buscam dar proteção aos direitos fundamentais e sociais do cidadão diante de ilegalidades praticadas na seara trabalhista” (PGT, 2015). Definidas as metas prioritárias, buscou-se articulação interna na instituição para uma atuação coordenada, tendo sido criadas oito coordenadorias nacionais temáticas. São ligadas ao combate da exploração do trabalho da criança e do adolescente – COORDINFÂNCIA –, à erradicação do trabalho escravo – CONAETE –, à promoção da igualdade de oportunidades e eliminação da discriminação no trabalho – COORDIGUALDADE –, ao combate às fraudes nas relações de trabalho – CONAFRET –, ao combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública – CONAP –, à defesa do meio ambiente do trabalho – CODEMAT –, ao trabalho portuário e aquaviário – CONATPA –, e à liberdade sindical – CONALIS – (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 77), e têm por função, grosso modo, uniformizar a atuação dos procuradores do trabalho, discutir temas de interesse coletivo e desenvolver projetos nacionais (ARTUR, 2016, p. 176).

O plano de atuação do Ministério Público difere daquele que envolve demandas individuais dos trabalhadores: por força de normas constitucionais e legais, sua atuação ocorre quando há violação aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ou seja, quando se configuram lesões de ampla repercussão à ordem jurídica. Citam-se, como exemplos, as atuações em face de trabalho degradante, acidente de trabalho fatal ou exploração sexual comercial de crianças.

As investigações no âmbito do MPT são feitas através de procedimentos que podem ser classificados em inquéritos civis, que demandam um maior tempo para colheita de provas das infrações trabalhistas, ou procedimentos preparatórios, com menor duração temporal e utilizados para fiscalizações menos aprofundadas (BRITTO PEREIRA, 2016,

p. 173). O objetivo em qualquer caso é investigar a materialidade dos fatos, potenciais ou efetivamente lesivos a direitos transindividuais, identificando os responsáveis pela sua prática (RODRIGUES, 2011, p. 75). Essa investigação ministerial permite a notificação de testemunhas para oitiva, a convocação da empresa para apresentação de documentos, a requisição de documentos aos órgãos públicos, entre outros mecanismos inseridos no rol dos poderes investigativos do Ministério Público, constantes do art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993.

Diante de infrações comprovadas às normas trabalhistas, praticadas por empresas, associações ou órgãos públicos, institucionaliza-se o conflito social, e três possibilidades válidas e legais são apresentadas como forma de resolução ao MPT: a) ajuizamento de ação civil pública contra o infrator, b) assinatura de termo de ajuste de conduta, c) arquivamento do procedimento (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 177; SOARES, 2011, p. 340). Se a instituição concluir, porém, que tais infrações constituem uma lesão coletiva aos trabalhadores, apenas a via do ajuste de conduta ou da ação civil pública são admitidas (CARELLI, 2011, p. 161).¹⁷

Em que pese somente haver estas possibilidades, deve ser dito que nenhuma lei impõe que o procurador adote qualquer uma das três condutas, tratando-se de um agir discricionário. As normas legais que regem a matéria, entretanto, implicitamente,¹⁸ buscam evitar que os procuradores arquivem procedimentos de forma arbitrária, porque, nesta hipótese, o arquivamento será submetido ao aval da Câmara de Coordenação e Revisão (CCR), composta por outros três procuradores, com maior tempo na carreira em regra (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 76 e 177). A CCR é a defensora do princípio constitucional da unidade do Ministério Público, realizando a coordenação, a integração e a revisão do exercício funcional dos membros (art. 103 da Lei Complementar n. 75/1993). Além de resolver conflitos entre membros, realiza o chamado controle pela inação ou inércia dos procuradores, sendo responsável pela homologação das promoções de arquivamento em inquéritos e procedimentos investigatórios

17 O ajuizamento de ACP ou assinatura de TAC não demanda como condição para realização a instauração de inquérito civil (FILGUEIRAS, 2012, p. 196).

18 Neste sentido, temos a Lei n. 7.347/1985 e a Resolução n. 69/2007 do CSMPT.

(CARELLI, 2011, p. 148). O arquivamento do inquérito só deve ocorrer, pois, quando não se vislumbrem elementos para a adoção de nenhuma medida judicial ou extrajudicial, ou após a realização de medidas extrajudiciais (RODRIGUES, 2011, p. 78).

Individualmente, o procurador tem discricionariedade para agir ou não agir, justificando sua conduta com argumentos razoáveis: na sua atuação *funcional*, o membro do MP atua sem qualquer imposição superior, sem hierarquia funcional (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 71). O Ministério Público, entretanto, enquanto órgão estatal, deve agir para a proteção de direitos fundamentais na seara coletiva, conforme dispõe a Carta Política, definindo a fronteira entre o lícito e o ilícito no mercado de trabalho (FILGUEIRAS, 2012, p. 140). Como o constituinte não ofereceu à instituição a alternativa discricionária de promover o inquérito civil e a ação civil pública,¹⁹ em havendo violação a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a busca da responsabilização do infrator pela ação civil pública, ou por outro mecanismo alternativo, é medida que se impõe.

Como conciliar a missão constitucional do Ministério Público com a independência funcional dos seus membros?

No âmbito do Ministério Público do Trabalho, a resposta é simples: se o agir é discricionário no plano individual, o quadro jurídico não pode impor a determinado procurador uma atuação no caso concreto. No aspecto institucional, porém, esta atuação é vinculada, sob pena de adoção de entendimento constitucional equivocado, que enfraqueceria a própria atribuição do órgão. O interesse público será atendido e, por consequência, a missão constitucional do *Parquet* laboral será cumprida se for buscada a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores numa perspectiva coletiva, sem que seja necessário violar-se a consciência do procurador oficiante.²⁰

O grande diferencial da atuação ministerial é que ela permite a resolução de conflitos entre empregadores e empregados de forma coletiva (ou para situações especialmente graves ainda que individuais),

19 O constituinte foi claro quanto à estipulação do seu mister, utilizando o verbo “promover”.

20 Sucessivamente, outro procurador será designado para atuar no caso.

abrangendo uma gama de trabalhadores de determinada empresa ou de toda uma categoria. O MPT pode ser impulsionado a agir por terceiros (sindicatos, trabalhadores ou SRTE) ou por iniciativa própria (denúncia apresentada por procuradores ou servidores do quadro). A possibilidade de instauração de inquéritos por iniciativa própria permite ao Ministério Público do Trabalho um caráter mais proativo. Em seguida à denúncia, procede-se, via de regra, à distribuição mediante sorteio entre os procuradores com atribuição para investigar, com vistas a imprimir certo grau de imparcialidade ao agir ministerial.

O Ministério Público, órgão que possui legitimidade para negociar o ajuste de conduta, não titulariza os direitos transindividuais, mas age em nome da coletividade como uma outorga de poderes, competindo-lhe defender os interesses sociais sem que renuncie direitos indenizatórios personalíssimos da sociedade por lesões ao ordenamento jurídico trabalhista. Somente os titulares do direito material violado é que podem transacioná-lo (a renúncia é proibitiva), conforme arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e art. 103, parágrafos 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Medeiros Neto (2007, p. 107) esclarece que os denominados direitos coletivos *lato sensu* correspondem à modalidade dos interesses transindividuais, com a nota característica básica de se projetarem para além da esfera individual, posicionando-se na órbita coletiva, cuja titularização repousa em um grupo, uma classe, uma categoria de pessoas ou mesmo em toda a coletividade. Rodrigues (2011, p. 44-45) aponta que uma das fundamentais decorrências da transindividualidade é a regra da impossibilidade de disposição desses direitos no âmbito coletivo, concluindo que não se pode admitir a renúncia aos direitos transindividuais, muito menos a transação. A solução extrajudicial de conflitos deve obedecer, assim, a duas ordens: ausência de renúncia ou concessão do direito em jogo (indenização social e/ou direitos trabalhistas) e a observância da garantia de que a vontade manifestada pelo compromitente do ajuste coincide com os interesses dos titulares do direito (RODRIGUES, 2011, p. 44-45).

Os direitos metaindividuais, na seara trabalhista, são consequência direta da existência de normas trabalhistas, muitas delas com assento

constitucional. Dar efetividade a estes direitos metaindividuais laborais é o principal²¹ objeto de preocupação das instituições que defendem o Direito do Trabalho, como a Justiça do Trabalho, o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, inclusive porque o cumprimento de normas trabalhistas básicas atende não apenas ao interesse dos trabalhadores mas também ao interesse de todo o sistema capitalista, que, para manter-se íntegro, precisa contar com mecanismos de igualdade concorrencial.

O interesse público, categoria cujo conceito é juridicamente indeterminado, é a condição que desencadeia o agir ministerial, dependendo, porém, do caso concreto para análise da sua presença. No entanto, na seara trabalhista, grande parte desse conceito está previamente concebido no art. 7º da Constituição e na legislação complementar, que estabeleceu as hipóteses de atuação do Ministério Público além daquelas expressamente previstas no art. 129 da Constituição. O interesse público na efetividade das normas trabalhistas é evidente, uma vez que o cumprimento voluntário da legislação atende ao interesse de todos (trabalhadores, empregadores, Estado e sociedade) e não apenas ao interesse da categoria profissional protegida. Daí porque, quando estes interesses metaindividuais são violados, exsurge o dever de atuação ministerial. Se há violação a direitos ou interesses difusos (metaindividual), haverá dano moral coletivo (*damnum in res ipsa*); e se há dano moral coletivo, há interesse público a ser tutelado pelo Ministério Público do Trabalho.

Todo ato ilícito que engendra dano moral (extrapatrimonial) ou patrimonial enseja, *ipso facto*, para o ofendido, o direito a uma reparação sancionatória, silogismo que é válido não apenas para as hipóteses em que o ofendido é uma pessoa física, como um trabalhador, mas também quando este ofendido é uma coletividade de pessoas ou toda a sociedade (BITTAR FILHO, 1994, p. 54). Esta sanção decorre da necessidade de indenizar-se moralmente a coletividade prejudicada, sendo pacífico entre os juristas a possibilidade de indenização coletiva da sociedade atingida pelo prejuízo moral

21 Ministério do Trabalho e Justiça do Trabalho atendem demandas individuais dos obreiros, em larga escala, mas ainda assim é correto afirmar que violações a direitos metaindividuais costumam ser prioridade para estas instituições.

na esfera trabalhista, também intitulado de dano social (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 23).

O direito fundamental a uma indenização (sanção) pelo dano moral perpetrado tem suporte na Carta Política, ao determinar que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão cometida a direito (inciso XXXV, art. 5º, da CF), significando que a violação a um direito permite que uma ação seja promovida pelo seu titular, a fim de ver o seu pleito indenizatório atendido. A Constituição Federal permite, ainda, que todo dano seja indenizado, em especial, o dano moral, no art. 5º, inciso V, ao estabelecer que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. A responsabilização jurídica por danos é, assim, uma premissa do nosso sistema jurídico, o que é válido também para pessoas jurídicas e organismos sociais quando ofendidos.

Com efeito, no caso dos direitos tutelados pelo MPT, a proteção do interesse público não é discricionária, mas mandatária. Se é verdade que o Ministério Público é quem decide se há ou não interesse público a ser tutelado (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 120), não menos verdade é o fato de que, em havendo interesse público, a salvaguarda deste é obrigatória. Se agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade (ANAMATRA, 2007),²² a necessidade de reparações financeiras pelos ilícitos já praticados é um corolário lógico.

Caso esta reparação não seja postulada através de uma ação judicial ressarcitória, é possível que a indenização seja paga na esfera extrajudicial. O TAC pode, por certo, contemplar esta compensação do dano moral coletivo em suas cláusulas. Sem o dano, não há ilicitude civil, tampouco responsabilidade civil; mas, se existe dano transindividual, o ajuste de conduta, além de cumprir sua função

22 “4. ‘DUMPING SOCIAL’. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘dumping social’, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, ‘d’, e 832, § 1º, da CLT.”

tradicionalmente preventiva, deve prever a reparação deste de forma integral (RODRIGUES, 2011, p. 110).

Em sendo o Ministério Público o guardião da ordem jurídica, o dever de indenização (responsabilização) inerente ao sistema jurídico deve ser implementado, sob pena de não serem efetivados os dispositivos constitucionais referidos no art. 7º. Se a atuação do Ministério Público não tiver caráter pedagógico, o que no sistema capitalista é feito através de compensações pecuniárias, não haverá como se emprestar eficácia aos direitos sociais previstos na Carta Magna. Em outras palavras, a renúncia sistemática às indenizações por danos morais coletivos pode significar o distanciamento da efetividade dos direitos sociais.

Tornar-se responsável por determinada conduta antijurídica deve implicar sanção, isto é, na perda de um interesse juridicamente protegido. Teixeira (2012, p. 148) argumenta que, especificamente quanto à responsabilidade civil, isto significa a imposição judicial de restituição da vítima ao *status quo ante* ou, não sendo isto possível, do dever de indenizá-la. Direito, coação e Estado são, portanto, três elementos indissolúvelmente ligados (BOBBIO, 2006, p. 153).

A noção de responsabilidade é central, do mesmo modo, para o Direito do Trabalho, como se infere da conjugação dos arts. 2º e 157 da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” e “Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”. Verifica-se, portanto, que a assunção dos riscos por parte do empregador é a materialização da responsabilidade jurídica na seara trabalhista.

A responsabilidade civil clássica deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 37). Este entendimento se faz mais sensível na seara trabalhista, onde o Direito do Trabalho reconhece, *a priori*, a desigualdade entre empregador e empregado, sendo este considerado hipossuficiente na relação.

Pelo sistema de responsabilidade civil, que é consagrado pela Constituição, o termo de ajuste de conduta deve conter sanções pelos

ilícitos já comprovadamente cometidos. O MPT não deve, pois, ficar indiferente ao desrespeito consumado de direitos transindividuais trabalhistas, mesmo que o infrator adeque o seu comportamento no momento seguinte, porque isso configuraria verdadeira renúncia ao direito coletivo indenizatório em face dos danos sofridos.

Não se trata aqui de adotar uma visão maniqueísta de mundo, reduzindo à vala comum aqueles que desrespeitam alguma regra de interesse da coletividade, como se houvesse uma luta entre o bem e o mal (RODRIGUES, 2011, p. 116). Trata-se, ao contrário, de uma fuga ao casuísmo, e de uma busca pela responsabilização proporcional aos ilícitos praticados; por consequência, uma busca por justiça. Como o elemento subjetivo dos infratores não pode, por si só, inviabilizar a aplicação de sanções – nem tampouco ser genuinamente apurado –, ao operador do Direito do Trabalho compete exercer o seu mister na defesa da sociedade encarando este fator apenas como um agravante. A compreensão do fenômeno e o entendimento sobre suas causas são importantes para a atuação do Ministério Público, mas não podem neutralizar as repercussões da lei, cuja efetividade é de interesse social. Absolver condutas ilícitas de ampla repercussão social, por certo, não se insere no rol expresso das atribuições do Ministério Público.

São requisitos para a responsabilidade civil o ato ilícito, a culpa ou dolo, o dano e o nexo causal. Enquanto a responsabilidade civil subjetiva irá buscar elementos focados na intenção do agente, como o dolo ou a culpa para a sua caracterização, a responsabilidade civil objetiva dispensa tais elementos, perquirindo tão somente acerca do dano, do nexo de causalidade e da ilicitude da conduta, sendo que, via de regra, está fundada na atividade de risco exercida pelo agente que dá causa ao dano, conforme parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Outra distinção fundamental se dá entre a responsabilidade civil aquiliana e a responsabilidade civil contratual. No caso do contrato de trabalho, como entre as partes envolvidas (patrão e empregado) já existe uma norma jurídica contratual que as vincula, e o dano, via de regra, decorre do descumprimento da obrigação fixada neste contrato, está-se diante de uma responsabilidade civil cuja culpa é presumida (quando o contratante assumiu a obrigação de alcançar

um determinado resultado) ou até mesmo objetiva (quando a responsabilidade decorre do risco da atividade exercida pelo causador do dano). É o que se extrai da previsão do art. 2º da CLT (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 40-43).

Quando um empregador atrasa salários dos seus empregados, de forma reiterada, comete ato ilícito,²³ agindo com culpa presumida – tinha consciência de sua responsabilidade de quitar salários e ser precavido quanto a manter fluxo de caixa necessário para estes pagamentos – e causando prejuízos a uma coletividade de trabalhadores (imagine-se, por exemplo, que os trabalhadores têm despesas de aluguel e contas pessoais a pagar). O nexos causal, por sua vez, está presente no liame entre sua conduta omissiva e o prejuízo dos trabalhadores. Assim, todos os requisitos (ilícito, dano e nexos causal) estarão presentes para que o Ministério Público do Trabalho, alçado pelo constituinte como guardião do ordenamento jurídico que tutela os trabalhadores, promova a responsabilização do infrator através da ação civil pública ou do termo de ajuste de conduta.²⁴

Atuações estatais que visam ao cumprimento da lei, mas que renunciam sanções, tendem a ser incapazes de atingir suas finalidades. Absolver fatos do passado significa esvaziar o interesse da coletividade que tipificou condutas como ilícitas no intuito de sancioná-las em face da sua reprovação. Significa, ainda, anular o caráter jurídico de uma norma. No Direito do Trabalho, a absolvição de punições proporcionais aos danos mostrar-se-ia ainda mais grave, uma vez que a possibilidade de renúncia de direitos é vedada por princípios e regras inerentes a este ramo jurídico. O princípio da irrenunciabilidade, materializado no art. 9º da CLT, é válido tanto na esfera individual quanto na esfera coletiva, onde o titular do direito (indenizatório) é a sociedade. Há, porém, uma priorização do termo de ajuste de conduta sem perdas pecuniárias (reparação/compensação) que perpassa a atuação da quase totalidade dos membros do

23 CLT, art. 459: “§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”.

24 As sanções administrativas do Ministério do Trabalho têm outra natureza (punitiva, no sentido da classificação da responsabilidade civil), de forma que a falta de sanção (compensação/reparação) no agir do Ministério Público do Trabalho deixaria indene a sociedade, mesmo a empresa já tendo sido autuada pelo MT.

Ministério Público do Trabalho, de forma bastante homogênea, o que pode ser evidenciado não apenas por pesquisas empíricas mas também pela coletânea da doutrina consultada.

Este é, portanto, o panorama normativo e institucional do termo de ajuste de conduta e do *Parquet* trabalhista.

1.2.1 Contradição aparente entre Ministério Público resolutivo e demandista

Para que se entenda o atual perfil que o Ministério Público do Trabalho abraçou, é necessário que seja feito um breve registro histórico do comportamento da instituição, bem como que seja traçada a evolução dos demais ramos do Ministério Público nacional.

Um fato que parece consensual na literatura da sociologia jurídica do Ministério Público é a mudança do padrão da instituição, ocorrida após a Constituição de 1988, e, em especial, a partir da utilização de mecanismos de tutela coletiva, como a ação civil pública. Dentro de um panorama mais amplo, intitulado de judicialização da política,²⁵ o Ministério Público brasileiro passou a adotar um modelo de comportamento mais ativo, ainda que sujeito a inúmeras críticas, como aquelas apontadas por Rogério Arantes (1999). Para referido autor, o Ministério Público estaria expropriando papéis da sociedade civil e bloqueando o empoderamento social. Em relação ao Ministério Público do Trabalho, Vitor Filgueiras (2012) defende que o órgão estaria contribuindo para a precarização do trabalho, nas últimas décadas, principalmente, pelo modo operatório consensual de suas instituições de vigilância. A adoção da postura conciliadora com as infrações, e não com o capital, sem impôr perdas financeiras, não fez diminuir o desrespeito às normas no mercado de trabalho, rebaixando as condições de contratação da força de trabalho (FILGUEIRAS, 2012, p. 449).

Neste sentido, a despeito do consenso na alteração do paradigma institucional, os pesquisadores dividem-se entre os que enxergam essa mudança como corolário de fatores endógenos e egoísticos,

25 O que envolve ativismo judicial, utilização de procedimentos judiciais pela sociedade civil e por outros Poderes, em suas relações sociais (FREITAS, 2011, p. 244).

impactando numa incapacidade da sociedade de fazer representar-se por si mesma (ARANTES, 2002 apud CARELLI, 2011), desempenhando o Ministério Público um papel paternalista que considera o cidadão como um hipossuficiente, ao passo que outros defendem que esta mudança foi motivada por fatores exógenos e altruístas, repercutindo no incremento da cidadania (maior aceitação das demandas relativas aos direitos difusos e coletivos que envolvem políticas públicas), com participação ativa da sociedade civil através de denúncias, culminando no ajuizamento de ações civis públicas (SADEK, 2000; VIANNA; BURGOS, 2001 apud FREITAS, 2011, p. 252).²⁶ Assim é que, para Maciel (2006, p. 17 apud FREITAS, 2011, p. 255), o capital simbólico, político e social acumulado pelo Ministério Público, ao longo da redemocratização, permitiu que o órgão enfrentasse com sucesso oponentes entre setores da comunidade jurídica e política.

É neste quadro de diagnósticos contraditórios que surgem os conceitos de Ministério Público resolutivo ou demandista, cuja nomenclatura costuma ser mais aceita pelos estudiosos do Direito do que das Ciências Sociais. Referida distinção materializa uma ideologia institucional, a ponto de ser ensinada no curso de formação do Ministério Público do Trabalho (ESMPU, 2012),²⁷ elegendo o termo de ajuste de conduta como instrumento prioritário de uma atuação conciliadora.

Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Carta de Brasília, buscando o fomento à atuação resolutiva do MP brasileiro (CNMP, 2016), para implementação do sistema de acesso à justiça pela resolução consensual dos conflitos. Para o órgão, a legitimação social pode ser ampliada através de um maior investimento em um modelo de Ministério Público resolutivo.

Chamado a agir em novas áreas pela Constituição, o tipo novo de Ministério Público desgarrou-se do tradicional – que priorizava a ação penal, objetivando a tutela por adjudicação –, comprometendo-se com a justiça social e o cumprimento da lei (FREITAS, 2011, p. 257),

26 Soares (2011, p. 336) aponta que 75,6% das atuações do Ministério Público Federal, no Rio de Janeiro, em matéria ambiental, decorreram de denúncias encaminhadas por agentes externos.

27 O termo de ajuste de conduta foi abordado em 4 módulos, dentre um total de 71. Apenas dois módulos visavam a esclarecimentos sobre a tutela judicial.

desenvolvendo a experiência “fora do gabinete” com a solução de problemas coletivos sem o recurso usual ao Poder Judiciário, mas sim a partir de acordos entre as partes em litígio, tornando, por consequência, a instituição conhecida e valorizada (SADEK, 2000). Este *Parquet* seria generalista (em comparação com o especializado), preventivo/ativo (em contradição ao punitivo/reativo), e atuaria em articulação com organismos governamentais e não governamentais (CAVALCANTI, 2000).

O MP resolutivo caracterizar-se-ia como aquele que atua na solução de conflitos sociais no âmbito da própria instituição, em parceria com a sociedade (intermediando a pacificação social), sem recorrer ao Poder Judiciário (BARCELOS, 2009; RODRIGUES, 2011; MELO, 2004; GOMES, 2011).

A expressão Ministério Público resolutivo diferencia, portanto, o órgão ministerial que busca resolver diretamente os conflitos sociais, fruto de uma insatisfação generalizada com o resultado de ações propostas para a defesa de interesses transindividuais (CAVALCANTI, 2000; BRITTO PEREIRA, 2016, p. 181), em contraposição ao Ministério Público demandista (focado no conflito judicial).

Este padrão de atuação resolutivo, na seara trabalhista, seria, reconhecidamente, superior ao perfil demandista, porque envolve a busca de soluções conciliatórias, através da celebração de compromissos, alcançando alternativas que se ajustam à realidade e às condições da empresa empregadora, sem implicar no descumprimento da lei (GOMES, 2011).

O perfil demandista, ao seu turno, seguiria uma lógica binária, enquanto o resolutivo, por ser mais flexível, atentaria para a realidade do caso concreto; enquanto o primeiro seria tradicional, encontrando-se falido, o segundo seria inovador e superior, em termos de eficácia.

Mesmo aqueles que concluem positivamente pela atuação deste novo Ministério Público (RODRIGUES, 2011)²⁸ reconhecem que houve dificuldades e equívocos no exercício dessas atribuições constitucionais. A explicação mais corrente costuma atribuir esta imperfeição a um perfil individualista de muitos procuradores e promotores, parecendo haver uma tendência, na sociologia do Ministério Público,

28 Rodrigues (2011) analisou a efetividade de 71 TACs firmados pelo Ministério Público Federal.

a atribuir eventuais falhas na efetivação dos direitos constitucionais a este tipo solitário e burocrático dos membros do MP.

Para Otávio Brito Lopes (2010, p. 15), por exemplo, a cultura institucional gerou um membro do MPT isolado em seu gabinete, sem objetivos, metas ou planejamento, mais preocupado em prestar contas à Corregedoria, do que com o resultado final do seu trabalho. Mais recentemente, Karen Artur (2016, p. 182) concluiu que esta feição introvertida seria uma consequência da avaliação rígida da atuação dos procuradores pelo Conselho Nacional do Ministério Público, sem incentivos formais a uma atuação coordenada. José Luiz de Oliveira Soares (2011, p. 349), com base em depoimentos dos procuradores da república, credita este padrão ao excesso de demandas encaminhadas ao Ministério Público, frente a um número limitado de membros, resultando na ocupação de quase todo tempo com atividades isoladas, dentro do gabinete.

Identificado este viés de inefetividade na atuação dos membros do Ministério Público, seria possível realizarmos o enquadramento do Ministério Público do Trabalho em um perfil majoritariamente demandista ou resolutivo? Por sua vez, esta forma de atuação teve capacidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores?

Para que se enxergue o *Parquet* trabalhista como um órgão com atuação homogênea, seja ela resolutiva ou demandista, há que se indagar, anteriormente, se a independência funcional não poderia funcionar como um elemento impeditivo de alguma uniformização.

Isto porque a independência funcional, conceito equivalente à soberania do magistrado, deveria ser fator a recrudescer a heterogeneidade de atuação voluntarista dos procuradores do trabalho, adicionada às vantagens do sistema de mérito e do concurso público. O fato de os procuradores do trabalho serem lotados em procuradorias de menor porte situadas no interior do Brasil,²⁹ recém ingressos na carreira, distantes dos centros de poder (capitais do País onde

29 “A partir do ano de 2001, iniciou-se o processo de interiorização do Ministério Público do Trabalho, abrindo-se paulatinamente ofícios nas cidades mais importantes, totalizando atualmente 100 municípios onde foram instaladas Procuradorias do Trabalho, com no mínimo um procurador em cada um deles” (CARELLI, 2011, p. 149).

se situam as sedes das procuradorias regionais) – longe da corporação e de sua organização –, poderia fomentar virtudes individuais, construindo identidades para si mesmos, em uma composição plúrima (WERNECK VIANNA et al., 1997, p. 213). Este conjunto de fatores daria ensejo ao chamado voluntarismo político dos membros do Ministério Público, tido como também responsável pela transformação do órgão após a Constituição de 1988.

Acreditamos que o elogiado fenômeno do voluntarismo político, realçado pelos pesquisadores da sociologia jurídica, não se verifica comumente no Ministério Público do Trabalho. Ao contrário, há um padrão de não imposição de perdas pecuniárias muito evidente (FILGUEIRAS, 2012). Tampouco creditamos o insucesso na efetivação de direitos coletivos ao perfil solitário dos seus membros, pois, em realidade, a questão diz respeito muito mais a uma política institucional. Os expoentes da instituição parecem exercer alguma espécie de orientação firme no sentido de imprimir um caráter uniformemente conciliador na atuação ministerial, o que explicaria, a nosso ver, esta falha em sua missão. No caso do MPT, a frágil hierarquia não impediu uma política institucional unificada e uma alta previsibilidade de atuação (KERCHE, 2014).

Como as pesquisas anteriores têm evidenciado (SOUZA, 2013, 2014d; FILGUEIRAS, 2012), a despeito da independência funcional, o MPT não age como arquipélago: a unidade de sua atuação reflete-se na ausência de punições aos transgressores, sendo uma atitude quase monolítica (POULANTZAS, 2015, p. 157).³⁰ Neste aspecto, discordamos, também, do magistério de Rodrigo Carelli (2011, p. 58) e das conclusões de Otávio Lopes (2010, p. 18), pois a heterogeneidade, se existente nos anos iniciais da carreira, acaba sendo sugada pela cultura “conciliacionista”³¹. Existe um predomínio muito grande, quando não total, da defesa da postura conciliatória (FILGUEIRAS, 2012, p. 38), cujo padrão comportamental pode ser evidenciado pe-

30 Em sua obra, o autor ressalta a inexistência de caracterização do pessoal do Estado como um bloco monolítico de poder, pois há fissuras e ideologias internas contraditórias dentro do aparelho estatal. Não discordamos desta premissa, porque ela se compatibiliza perfeitamente com um padrão homogêneo de atuação, no caso do MPT, quase monolítico, o que não impede a existência de comportamentos destoantes minoritários.

31 Na expressão de Filgueiras (2012).

las estatísticas da instituição, pela coletânea dos artigos acadêmicos dos seus doutrinadores e pelas entrevistas realizadas com agentes do Ministério Público do Trabalho pelos cientistas sociais.

Ainda que sob ponto de vista diverso do nosso, para Maciel (2002 apud SOARES, 2011, p. 350), as instâncias superiores do MP exerceram um controle efetivo sobre seus membros, capaz de disciplinar a heterogeneidade de percepções e de ações, tendo por resultado a contenção de iniciativas inovadoras e a “rotinização” das ações e decisões, acrescido a uma tendência de imitação do modo de agir (passivo e reativo a demandas individuais) típico do Poder Judiciário, o que explicaria este padrão uniforme para o Ministério Público do Trabalho.

Discordamos também, neste sentido, dos procuradores entrevistados por Artur (2016, p. 171-172; 177). Segundo estes, o perfil predominante focar-se-ia em denúncias individuais, seguindo parâmetros estritamente legais no *Parquet* trabalhista. A autora sugere, ainda, que as coordenadorias temáticas tentaram impingir um padrão uniforme no MPT (com projetos nacionais), no sentido de expansão de direitos e de efetividade. Como veremos, sequer os parâmetros legais (repetidos nos ajustes) estão sendo observados pelo MPT, ficando a padronização conciliatória, por outro lado, evidente.³² Na instituição, porém, ainda acredita-se que não há um modo de agir semelhante entre os procuradores.

Esta conciliação, que anistia sanções com vistas a uma futura adequação, pende apenas para um lado, uma “conciliação pelo alto” no dizer de Marilena Chauí (2013), que vem a ser benéfica ao infrator, mas que, raramente, é vantajosa para a coletividade prejudicada. O alto grau de discricionariedade com que contam os procuradores não veio associado com mecanismos de controle social externo (*accountability*) (KERCHE, 2014), ensejando atuações homogêneas na seara trabalhista. Esta atuação é fruto de uma hegemonia ideológica que “não troca o certo pelo duvidoso”, ou seja, não troca algum direito social certo, ainda que entregue de forma parcial e com atraso, mas obtido pela via consensual, pelo direito trabalhista integral e tempestivo, acrescido

32 Talvez a autora esteja correta quanto à uniformização do modo operatório, no entanto, pelos dados coletados, esta expansão de direitos – empiricamente não demonstrada – não pode ser facilmente imputada à atuação do MPT.

da indenização devida, que seria obtido através de disputa judicial. Ao proceder desta forma, o MPT não se dá conta de que esta conduta precariza, em larga escala, as relações trabalhistas e contamina as posturas de todos os demais empregadores.

Referida ideologia, propagada internamente na instituição, foi responsável por essa uniformização de pensamentos e, por consequência, de comportamentos. Para a difusão desta “nova” forma de agir (resolutiva), a distinção entre os perfis institucionais deve vir carregada de elementos valorativos para ser considerada legítima. Deve, também, ser difundida por procuradores mais experientes, repassando este conhecimento para recém-ingressos, o que não impede, entretanto, que membros novatos também já ingressem na carreira pensando assim.

Como se observa, muito se fala entre o caráter contraditório existente entre estes diferentes perfis de Ministério Público. Na própria nomenclatura utilizada fica implícito o juízo de valor dos doutrinadores: a composição extrajudicial “resolve” ao passo que a atuação judicial “demanda”, não havendo nada de neutro ou científico nesta terminologia (FILGUEIRAS, 2012, p. 42).

Em verdade, porém, os mecanismos alternativos e os tradicionais de resolução de conflitos não são antagônicos: eles subsistem e interagem para um desenvolvimento recíproco (BRITTO PEREIRA, 2012, p. 54; CARELLI, 2011, p. 145). Todo o argumento de que o Ministério Público do Trabalho deve ser resolutivo encaixa-se no perfil intitulado de demandista, não havendo, em essência, qualquer dicotomia.

Inicia-se pela afirmação de que o Ministério Público resolutivo utiliza a ferramenta do diálogo social (ARTUR, 2016, p. 182). Significa dizer que, para a solução da lide, os procuradores dialogam com os infratores, com as vítimas, com os demais agentes sociais, tudo com vistas a melhor entender o conflito e a encontrar a solução mais adequada ao caso concreto. Ora, a democratização dos instrumentos de articulação social não é um aspecto inerente ao procedimento extrajudicial, podendo ser também – e usualmente o é – efetivada quando os conflitos são judicializados.

O diálogo social – envolvendo a participação de diversos atores sociais no processo de tomada de decisões pelo MPT – e o empoderamento

da sociedade – através do fomento e qualificação de trabalhadores e suas representações – podem ser buscados mediante uma ação civil pública ou de um termo de ajuste de conduta.

Quando se fala no incremento da cidadania trazido pela experiência resolutiva – por meio de audiências públicas para debate de questões que geram amplas consequências sociais – ou da conscientização dos deveres sociais – através do convencimento dos infratores e da tomada de compromisso –, observa-se que tais expedientes são largamente utilizados concomitantemente às ações coletivas judiciais.

Deve ser dito, ainda, que a resolução dos conflitos de forma célere, com brevidade de adequação à lei, e a respectiva divulgação midiática de direitos e obrigações sociais são instrumentos usuais tanto da atuação administrativa quanto da judicial.

Mesmo quanto ao aspecto central de distinção – resolução dos conflitos coletivos –, primeiro deve ser dito que se trata de premissa não evidenciada empiricamente. Não se pode confundir o desejo sincero dos operadores do Direito de que a atuação do órgão ministerial seja resolutiva com aquilo que se verifica na prática.

Segundo Brito Pereira (2016, p. 161), a ação civil pública, mediante cominação de multa e indenização, também costuma ser importante instrumento para impedir a renúncia de direitos trabalhistas, não sendo este um privilégio exclusivo da atuação extrajudicial.

A *class action* da Lei n. 7.347/1985 possui vantagens peculiares no sentido de estimular o empregador a cumprir a legislação trabalhista. A primeira delas é a perda pecuniária decorrente da contratação de honorários advocatícios para efetivação da defesa do transgressor que, na seara coletiva, não costumam ser módicos, levando em conta o tamanho da condenação requerida, o porte da empresa acionada, e a quantidade de atos praticados pelos advogados.

Filgueiras (2012) demonstra que a ação civil pública, por si só, já estimula o infrator, que tem interesse em ganhar a ação, a praticar comportamentos socialmente desejados. Com o ajuizamento de uma ação civil pública que contém pedido de condenação em obrigações de fazer ou não fazer, é comum o advogado do réu recomendar ao acionado que adote todas as providências necessárias a fim de sanar

as irregularidades apontadas, demonstrando boa vontade em colaborar com a Justiça. Filgueiras relata, ainda, em seu estudo, vários casos empíricos (empresa petroquímica e empreendimento rural) em que a conduta dos infratores foi ajustada tão logo a ação foi ajuizada, mesmo sem pedido de antecipação de tutela.

A antecipação da tutela, por sua vez, permite uma efetividade instantânea dos direitos fundamentais dos trabalhadores, seja ela concedida através do deferimento da tutela de urgência, seja como obrigação de fazer constante da sentença de primeiro grau, uma vez que, no processo do trabalho, é admitida a execução provisória desta decisão, consoante art. 899 da CLT.³³ A resolutividade do Ministério Público na esfera judicial pode ser obtida, assim, com a simples propositura da demanda, com o deferimento da tutela antecipada, ou com a execução provisória da sentença.

Filgueiras (2012) acrescenta, também, que o “promotor de gabinete”, que ajuiza ações, não é incompatível com aquele “promotor dos fatos”,³⁴ podendo o Ministério Público realizar inspeções enquanto a ação judicial tramita, como autoriza a legislação.

Em caso de vitória em primeira instância, a interposição de recursos na Justiça do Trabalho impõe, via de regra, o pagamento de custas no montante de 2% sobre o valor da condenação prevista na sentença, além do depósito recursal que, para o recurso ordinário é R\$ 8.959,63 e, para o recurso de revista, no valor cumulativo de R\$ 17.919,26,³⁵ constituindo assim outro estímulo à resolução das lides. Embora a condenação possa demorar anos para ser efetivamente cumprida, isso já ocasiona responsabilização imediata.

O ajuizamento de uma ação civil pública tem forte caráter pedagógico para os demais empregadores, posto que a notícia do seu ajuizamento, quando veiculada nos meios de comunicação social, já funciona como constrangimento para o empresariado em geral, gerando maior atenção ao cumprimento das normas trabalhistas. No

33 No que tange às obrigações de fazer e não fazer, especificamente, mais do que execução provisória, estas possuem cunho mandamental.

34 A que se refere Maciel (2006 apud FREITAS, 2011).

35 Consoante Ato SEGJUD.GP n. 326/2016 do Tribunal Superior do Trabalho.

que tange ao próprio acionado, sua imagem pode ser arranhada publicamente pelo simples ajuizamento da ação (RODRIGUES, 2011, p. 116), incrementando as chances de resolução do conflito coletivo. Fato é que o ingresso, na qualidade de réu, em uma ação coletiva, não representa qualquer benefício ao empregador faltoso.

Todas as medidas acima explicitadas implicam possíveis resultados mais benéficos à sociedade, de forma mais célere, pelo receio de perdas pecuniárias, que a atuação resolutiva comumente não oferece. Não estamos aqui promovendo o louvor da via judicial – que também tem seus deméritos, por certo –, mas sim realçando que esta também possui importantes mecanismos resolutivos.

A informação de que a Justiça do Trabalho é extremamente conservadora e que as ações demoram para serem julgadas (SOARES, 2011, p. 346), utilizada como fatalismo para a opção pelo termo de ajuste de conduta, não é baseada em dados estatísticos, significando, quando muito, expressão do senso comum, extraída de experiências particulares que não podem ser generalizadas. O congestionamento do Poder Judiciário trabalhista não parece tão evidente, ao menos em relação às ações coletivas.

Em realidade, como veremos no capítulo 3, a via judicial nunca foi testada com intensidade pelo Ministério Público do Trabalho. Segundo a Associação dos Magistrados do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, na prática, a instituição ministerial acionou timidamente o Judiciário, com uma média trienal (2013, 2014 e 2015) de pouco mais de 40 ações civis públicas em todo o Rio Grande do Norte (AMATRA 21, 2015).³⁶

De acordo com pesquisa realizada no Estado do Amazonas, envolvendo todas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho no ano de 2013, 80% das liminares requeridas foram concedidas pelo Poder Judiciário: dentre 56 ações coletivas em que houve tal pedido, em 47 delas houve deferimento da antecipação da tutela pelo Poder Judiciário (SOUZA, 2015). Dentre as sentenças proferidas naquele estado – com ou sem exame do mérito –, 87% das ações foram

36 Disponível em: <<http://blogdobg.com.br/amatra-21-emite-nota-sobre-declaracoes-do-chefe-do-mpt-rn-em-entrevista/#ixzz4QTTqQ9B>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

julgadas total ou parcialmente de maneira favorável às teses do MPT, índice este que chegou a 97% quando foram examinadas apenas as sentenças que aprofundaram o exame do mérito da ação.

A alegação de que as ações civis públicas têm uma tramitação morosa também não possui evidência empírica, sendo que, no Amazonas, para um total de 65 ações coletivas ajuizadas em 2013, observou-se que em 55 hipóteses houve algum resultado conclusivo até 2015, fosse este uma sentença (julgando o mérito ou não), ou um acordo judicial obtido pelo consenso entre as partes (84% dos casos) (SOUZA, 2015).

Carelli, Casagrande e Perissé (2007), por sua vez, verificaram que o tempo de duração para que uma ação civil pública trabalhista no Rio de Janeiro terminasse o rito ordinário (1º e 2º graus) era de 3 anos e 15 dias, em larga pesquisa envolvendo 416 ações ajuizadas entre 1992 e 2003, apontando, igualmente, que 78,7% das sentenças proferidas era total ou parcialmente favorável às teses do MPT, quando analisado o mérito da demanda.

Segundo o documento “Justiça em números” (CNJ, 2016, p. 11), o tempo médio de prolação da sentença de conhecimento em 1º grau na Justiça do Trabalho é de 7 meses; em segundo grau, o recurso leva em média 4 meses para ser analisado; e, no Tribunal Superior do Trabalho, havendo recurso de revista, a duração é de cerca de 1 ano. Se não houver pagamento espontâneo da condenação judicial por parte do devedor, o prazo de conclusão é de 3 anos e 7 meses,³⁷ intervalo temporal que, no nosso sentir, não chega a ser aversivo, especialmente quando comparado ao tempo necessário para a celebração de um termo de ajuste de conduta – e sua respectiva fiscalização.

Existem centenas de ações civis públicas com decisões judiciais favoráveis, bastando uma consulta diária aos sítios da internet da Procuradoria-Geral do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, para termos evidências de que as ações civis públicas são julgadas favoravelmente ao MPT e chegam ao fim.

Ainda que fosse demonstrável a afirmação de que as ações civis públicas têm um rito vagaroso no Poder Judiciário, tomamos por

37 Sem prejuízo do pagamento prévio do depósito recursal, das custas processuais, dos honorários advocatícios, da publicidade negativa, entre outros fatores de aversão empresarial.

premissa o fato de que todo processo demanda um tempo razoável para chegar ao seu final, inserindo-se este tempo de espera no risco da atividade institucional do MPT. Quando se observa a existência de procedimentos de investigação do Ministério Público do Trabalho com duração de uma década, sem qualquer tipo de efetivação de direitos, percebe-se que a preocupação com o tempo de duração do processo judicial não se aplica igualmente para a esfera extrajudicial.

Mais importante do que isso, o julgamento célere dessas ações depende, em grande medida, do comportamento proativo dos membros do Ministério Público do Trabalho, pois o monitoramento constante da ação, a cobrança de realização de atos processuais pelas secretarias das varas do trabalho, a conversa com juízes solicitando o atendimento de tutelas de urgência, a interposição de recursos sistemáticos contra decisões desfavoráveis, são medidas simples e amplamente adotadas por advogados, e que potencializam o encurtamento da marcha processual e as chances de vitória nas causas coletivas. Em outras palavras, é também papel de uma instituição mudar o comportamento de outras instituições com quem se relaciona e depende, se isto gera impactos em sua missão constitucional. Sendo o Poder Judiciário uma instituição que tem o poder de impor condutas, independentemente da vontade da parte, a defesa da sociedade implementada pelo Ministério Público deve ser feita perante este Poder, em maior ou menor grau. Para atingir resultados mais favoráveis, é razoável que o MPT tente modificar posturas e interpretações da magistratura do trabalho, para que faça menos conciliações prejudiciais aos trabalhadores, fazendo parte do jogo democrático estas tensões decorrentes de um embate respeitoso, fruto de concepções distintas do ordenamento jurídico (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 80).

Cabe lembrar, afinal, que as ações coletivas, por força de lei, têm um trânsito em julgado diferenciado (art. 103 da Lei n. 8.078/1990), de forma que, havendo total improcedência da demanda, isto não prejudica o direito dos trabalhadores individualmente considerados, tampouco prejudica o direito dos demais legitimados coletivos – como sindicatos, Defensoria Pública e outros entes públicos – de também proporem demandas coletivas, se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, mesmo adentrando no mérito da

causa. Nem o próprio ente coletivo que ajuizou a ação fica impedido de agir, podendo reingressar com a demanda se tiver novas provas, o que não é difícil de ocorrer numa relação jurídica de trato sucessivo, como é a relação de emprego,³⁸ tudo a evidenciar como é frágil o argumento de que não se deve judicializar demandas para evitar precedentes desfavoráveis dos tribunais.

Aliás, precedentes negativos já foram comprovadamente modificados pela Justiça do Trabalho, especialmente com relação à Corte Superior, modificando a rejeição inicial ao fenômeno da tutela coletiva (ARAÚJO; CASAGRANDE; BRITTO PEREIRA, 2006, p. 59). Cabe lembrarmos a mudança do posicionamento jurisprudencial em matérias como a legitimidade do MPT para o ajuizamento da ação civil pública, a possibilidade de indenização por dano moral coletivo, a competência da Justiça do Trabalho local para julgar a ACP (Orientação Jurisprudencial n. 130), ocorridas na década de 90. Houve resistência do Poder Judiciário trabalhista, em um primeiro momento, às ações civis públicas, mas, passado algum tempo, foram aceitas as ações ajuizadas (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 59, 229 e 234), admitindo o Tribunal Superior do Trabalho, hoje em dia, a legitimidade do MPT até mesmo para a defesa de interesses individuais homogêneos, como a percepção do adicional de periculosidade dos trabalhadores ou de direitos trabalhistas rescisórios.

Como se vê, o MPT, por si só, é incapaz de impor obrigações aos infratores. A instituição depende da vontade do infrator não apenas para formalizar o ajuste mas também para contar com o seu cumprimento. Se a resolução extrajudicial depende do consentimento empresarial para a modificação das condições de trabalho, o TAC, em si mesmo, é um documento que nada resolve, porque representa apenas uma promessa de adequação futura, dependente de uma nova

38 Isto ocorreu, por exemplo, com o notório episódio envolvendo a empresa Arcos Dourados (razão social da marca Mc'Donalds no Brasil). A empresa investigada, antes de formalizar acordo judicial, havia logrado êxito em duas ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público do Trabalho no Rio Grande do Sul, que foram sentenciadas de forma desfavorável ao *Parquet* trabalhista, tendo por objeto a jornada variável. Em uma ação civil coletiva posterior, foi realizada uma conciliação, ficando acertada a extinção da jornada móvel naquele empreendimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-22/acordo-poe-fim-jornada-movel-variavel-mcdonalds-estipula-indenizacao>>. Acesso em: 15 set. 2016.

aferição do seu cumprimento. Descumprido o ajuste, somente resta ao Ministério Público do Trabalho a propositura da ação de execução, cuja dificuldade de satisfação plena das obrigações aparenta ser notória (RODRIGUES, 2006, p. 117-119 apud SANTOS NETO, 2012). Com efeito, não há como fugir do Judiciário, já que o TAC descumprido será executado na mesma Justiça do Trabalho que se pretende evitar. Se a execução judicial do TAC enfrentará percalços nas Varas do Trabalho, então o caminho mais racional talvez seja mudar a postura do Judiciário para que seja menos refratário.

Mesmo com a evidente fragilidade da dinâmica dos termos de ajuste de conduta, alguns autores como Otávio Lopes (2010, p. 18) entendem que a finalidade do MPT tem sido atingida, por entender que nos últimos anos o MPT se saiu muito bem, ampliando sua atuação como órgão agente. Rodrigo Carelli (2011, p. 217), em perspectiva também otimista, através de estudo de casos, evidenciou que o Ministério Público do Trabalho atua fundamentalmente sob a ótica da defesa dos direitos humanos.

Vitor Filgueiras (2012), entretanto, entende que a tímida atuação ministerial parte da premissa de que o Estado não deve se impor, para evitar prejudicar os próprios trabalhadores. Souto Maior, Mendes e Severo (2012, p. 91) advertem que a legitimidade conferida ao Ministério Público do Trabalho não tem sido satisfatória para a correção da realidade nos casos de reparação social. Também enxergamos, na instituição, muito mais a existência de um componente de *checks and balances*, como mediadora de conflitos, ao invés do exercício de uma função de instância de substituição da sociedade civil, contribuindo, neste aspecto, para a flexibilização da legislação e para uma baixa efetividade das suas ações (SOARES, 2011, p. 352-353).

Feita esta tentativa de afastar ideias preconcebidas do “novo” Ministério Público, através da qual os argumentos foram trazidos um pouco mais para a realidade – o MPT resolutivo não tem conseguido implementar a transformação social –, iremos analisar criticamente os fundamentos que justificam a priorização dos termos de ajuste de conduta.

1.3 Crítica aos argumentos favoráveis aos termos de ajuste de conduta

Nos últimos anos, a tentativa de modificar as condições de trabalho no Brasil foi buscada através dos termos de ajuste de conduta, instrumento amplamente justificado pelo Ministério Público do Trabalho resolutivo para uma regulação do trabalho eficaz.

O *modus operandi* da instituição que resulta na conclusão do TAC pode ser, grosso modo, analiticamente descrito. As irregularidades trabalhistas chegam ao conhecimento do MPT através de uma denúncia do trabalhador, do sindicato profissional, ou de autos de infração do Ministério do Trabalho. Uma vez comprovadas as irregularidades, o MPT convoca o infrator para realizar uma audiência administrativa, a fim de propor-lhe um termo de ajuste de conduta, como sucedâneo de uma ação civil pública. Se há recusa expressa do empregador ou se este demora para apresentar uma resposta, o MPT solicita novas investigações, o que acaba por prorrogar o inquérito civil.³⁹ Mesmo com a recusa do infrator em oficializar o TAC, a ação civil pública raramente é proposta. O mais comum é que os empregadores concordem com a assinatura do ajuste, uma vez que os TACs não contemplam perdas financeiras imediatas nem perdas significativas futuras. Se o TAC é firmado, requisita-se uma nova fiscalização a fim de verificar se o investigado está cumprindo o ajuste. Se em qualquer fase da investigação, com ou sem ajuste, houver provas da correção das irregularidades, arquivam-se o procedimento,⁴⁰ o que é autorizado pelo Precedente de n. 12 do CSMPT. A tendência maior é que o compromissário viole o TAC. Verificado o seu descumprimento, a cobrança das multas decorrentes costuma ser flexibilizada.

Na literatura jurídica especializada, porém, tem-se adotado um discurso que valoriza o termo de ajuste de conduta, reivindicando a

39 Em 2013, aproximadamente 13 mil inquéritos continuaram tramitando nesta condição. Mais de 50 mil inquéritos foram instaurados em 2013, culminando em mais de 12 mil TACs para um total de cerca de 3 mil ações judiciais. Em 2013, houve mais de 22 mil arquivamentos (CNMP, 2014).

40 O que se chama de arquivamento resolutivo (CNMP, 2016b). Aduz a norma do Precedente n. 12 do CSMPT que “nos casos de procedimentos investigatórios onde restar comprovada a correção ou a inexistência das irregularidades denunciadas, atestadas pelo Procurador Oficiante, poderá o Conselheiro relator homologar, por despacho, a promoção de arquivamento, devolvendo os autos à origem”.

defesa dos interesses dos trabalhadores e do cumprimento da lei como motivação para esta atuação ministerial.

Porém, a retórica em prol do TAC tem desconsiderado as premissas que norteiam a dinâmica do sistema capitalista. Conforme José Roberto Freire Pimenta (2004, p. 341), se a ótica empresarial é movida essencialmente por considerações de natureza econômica (maximização do custo-benefício), os operadores do Direito incidirão em erro quando nada fizerem para inverter essa equação, tornando-a desvantajosa na prática, mediante a rigorosa aplicação de todas as sanções legalmente previstas.

As empresas – mais do que os sujeitos individualmente considerados – são agentes racionais maximizadores de suas vantagens, e minimizadores dos seus custos. Para Cardoso e Lage (2007, p. 71-72), do ponto de vista da gestão do negócio, cumprir ou não a legislação trabalhista é uma decisão racional: se o empregador considera que os custos trabalhistas são muito altos, ele pode decidir correr o risco de não os pagar, risco este que é uma probabilidade de ser apanhado burlando a lei e da sanção em que incorrerá. A estrutura de oportunidades do empregador pode ser apreendida no quadro a seguir.⁴¹ Na linha, encontra-se o risco de ser apanhado burlando a lei e o de ser efetivamente sancionado (risco alto ou baixo), enquanto na coluna tem-se o montante relativo (custos de não se cumprir a lei) da pena que lhe será aplicada (alto ou baixo também):

Estrutura de oportunidades de cumprimento da legislação trabalhista			
	Montante relativo da sanção	Alto	Baixo
Risco de ser apanhado e sofrer sanção	Alto	1. Cumprir	3. Não cumprir
	Baixo	2. Não cumprir	4. Não cumprir

A estratégia dominante é o não cumprimento da legislação, pois empresários racionais, defrontados com custos do trabalho considerados altos, tenderão a não assumi-los, a menos que as sanções sejam maiores do que esse custo e que a probabilidade de ser pego e sancionado seja suficientemente elevada: qualquer outra combinação de

⁴¹ Quadro adaptado.

fatores será um incentivo ao não cumprimento da lei (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 71-72) – ou seja, cabe ao Ministério Público do Trabalho estimular os empregadores ao cumprimento da legislação através de prováveis sanções aversivas.

O foco da visão da doutrina favorável ao TAC inicia por apontar sua característica de possibilitar a correção do ilícito (FERREIRA, 2011, p. 192; CAMARGO, 2014, p. 139). Raimundo Simão de Melo (2004, p. 56) ressalta que, com o TAC, objetivo mais nobre do inquérito civil trabalhista, obtém-se a tutela jurisdicional de forma imediata. O mais importante é a realização de um compromisso para adequação de condutas, porque se resolve o conflito, consoante depoimento de procurador entrevistado por Filgueiras (2012, p. 413).

A assinatura do termo de ajuste de conduta traria vantagens para a coletividade trabalhista (CAMARGO, 2014, p. 139). A composição extrajudicial seria mais benéfica para os trabalhadores – mais que uma ação civil pública, que nenhum benefício imediato traria –, porque o compromissário, de forma deliberada, já passaria, imediatamente, a ajustar sua conduta em prol dos empregados. Este instrumento desafogaria o Poder Judiciário, reduzindo suas lides individuais, em face da resolução administrativa do conflito trabalhista (CAMARGO, 2014, p. 139; RODRIGUES, 2011, p. 103; FERREIRA, 2011, p. 109). Neste ponto, as desvantagens da ação judicial são realçadas, como o longo tempo de espera para a sua efetivação (PINHO; CABRAL, 2011, p. 92; FARIAS; PINHO, 2009, p. 32) e o risco de decisões judiciais desfavoráveis, advogando-se a fuga do Judiciário, com a solução extrajudicial das pendências trabalhistas. O acordo administrativo aliviaria o funcionamento das estruturas de acesso à justiça, conforme prognóstico de Luís Fabiano Pereira (2010, p. 323). A judicialização de demandas coletivas em tempos recentes não teve boa receptividade por parte do Poder Judiciário (o grau de confiança das respostas oficiais desgastou-se), gerando frustração no Ministério Público que, diante disso, enxergou no TAC uma alternativa para a efetividade das leis, tornando o Judiciário desnecessário (ou marginalmente utilizado), com a tentativa de resolução das macrolesões diretamente com os infratores (CAMARGO, 2014, p. 138).

Com efeito, houve influência do pensamento de autores alienígenas, tais como Capelleti e Garth (1988, p. 51), que desde a década de 70 já diagnosticavam a crise do Poder Judiciário. Diante de uma evidente crise de efetividade de direitos fundamentais e de acesso à justiça (terceira onda) no Brasil, culminando em um sentimento de impotência ministerial, um dos mecanismos utilizados pelo Ministério Público como alternativa ao Judiciário foi o termo de ajuste de conduta. O TAC ocuparia uma posição central no ordenamento jurídico e deveria ser priorizado em detrimento da ação judicial porque a ação governamental não foi bem-sucedida neste desiderato (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 86; CAMARGO, 2014, p. 138; RIBEIRO JR., 2011, p. 137). Diante desse panorama pessimista, o ajuizamento da ação coletiva pelo Ministério Público do Trabalho não seria aconselhável, mas sim um ato discricionário, cujos custos e benefícios devem ser sopesados, especialmente em face de empresas menores, como ensina o Manual de Atuação da Aprendizagem Profissional do MPT (ESMPU, 2010):

Por sua vez, quando se trata de empresas menores, ou quando há alguma dúvida sobre a viabilidade de aprendizagem no caso concreto, dever-se-á estudar a conveniência de formular pedido de tutela antecipada e de indenização por dano moral.

[...]

Evidenciado, porém, que não está sendo observado o mínimo legal, prosseguir-se-á no procedimento ministerial visando ao adimplemento dos parâmetros de contratação fixados na Lei de Aprendizagem, sugerindo-se, sucessivamente, as seguintes condutas:

- 1) Solução do litígio por meio de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta;
- 1) Preposição de ação civil pública para imposição de tutela específica de contratação de aprendizes cumulada com tutela ressarcitória por dano moral coletivo.

A Carta de Brasília (CNMP, 2016b, p. 10; 12), por sua vez, orienta os membros do Ministério Público a utilizar o Poder Judiciário de forma racional, devendo os procuradores analisar se, realmente, a judicialização é o caminho mais adequado e eficiente para o caso, com o esgotamento das alternativas de resolução extrajudicial dos conflitos.

Em tese, é possível a imposição de uma punição no próprio termo de ajuste de conduta, através de uma indenização a ser paga pelo infrator, por infrações cometidas (dano moral coletivo). A indenização do dano moral coletivo não se confunde com as multas pecuniárias previstas nos TACs, intituladas de astreintes, porquanto aquela somente se impõe pelas irregularidades já praticadas (sanção imediata), ao passo que estas incidem em caso de resistência do compromissário em obedecer ao ajuste (promessa de punição) (FERREIRA, 2011, p. 329; SANTOS NETO, 2012, p. 23). Os TACs não demandam, porém, indenização por danos morais coletivos se as infrações cometidas não tiverem ampla repercussão, ou seja, não violarem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Se a adequação futura da conduta for obtida, a punição pode ser deixada de lado, pois o que interessa à sociedade é a fruição dos direitos trabalhistas, e não que a empresa seja penalizada, e o direito não seja fruído (CARELLI, 2007, p. 124).

Outra vantagem inerente à realização dos termos de ajuste de conduta seria a formação de um título executivo extrajudicial, dispensando um longo processo judicial, cheio de revezes, encurtando o caminho entre as fases administrativa e jurisdicional (SILVA, 2004, p. 53-54; PEREIRA, 2010, p. 323). Verificada a violação do ajuste, após a sua fiscalização, cabe a execução imediata de suas obrigações de fazer e das multas, o que seria mais vantajoso para a efetividade das normas trabalhistas. Para tanto, a doutrina afirma o imperativo de fiscalização constante dos TACs após sua assinatura como pré-requisito para esta eventual execução forçada (LIMA, 2004, p. 69; ARTUR, 2016, p. 181).

Quem advoga em favor do ajuste de conduta reconhece que não se trata de política pública ideal na seara trabalhista, mas seria a melhor política pública possível. Como afirmam os procuradores entrevistados por Vitor Filgueiras (2012, p. 417) ou por José Luiz de Oliveira Soares (2011, p. 347): “Não é o ideal, mas é muito bom porque eu posso perder tudo na sentença”. A realização do compromisso extrajudicial só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais (RODRIGUES, 2011, p. 100).

Para Luís Antônio Camargo, o consenso do infrator, decorrente de uma aproximação natural entre as partes – de forma pacífica e com

menor desgaste psicológico –, seria outro elemento a favorecer o cumprimento da legislação (2014, p. 145). O Ministério Público deve complementar o conteúdo do interesse coletivo, compatibilizando-o com as condições materiais do investigado e valorizando a espontaneidade daquele que se compromete com um ajuste de conduta (PEREIRA, 2010, p. 322). Para Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 115), o sucesso da justiça consensual depende do grau de participação do compromissário na formação da decisão: seu ponto de vista deve ser considerado, o que pode ser fundamental para que não viole o acordo extrajudicial. O elemento subjetivo do infrator deve ser analisado porque permite a indução de condutas adequadas (BONFANTE, 2013, p. 320), devendo o procurador ter percepção acurada para prever se o compromissário vai respeitar (ou não) a ordem jurídica (ARTUR, 2016, p. 179).

Para situações de menor potencial ofensivo, o termo de ajuste de conduta teria um caráter pedagógico mais efetivo, apresentando-se como meio adequado para a solução extrajudicial de conflitos cuja repercussão não seja tão grave (BONFANTE, 2013, p. 320). As situações apresentadas no curso dos inquéritos civis devem ser analisadas pelos membros do MPT de forma casuística (CAMARGO, 2014, p. 142), preferindo a busca de soluções alternativas que se ajustem à realidade e às condições dos empregadores (GOMES, 2011, p. 280). Desta forma, as infrações à ordem jurídica podem ser mais bem solucionadas sem a necessidade de acionamento judicial, de forma espontânea, rápida, econômica e justa (SAVAGET, 2000, p. 124; RODRIGUES, 2006 apud SANTOS NETO, 2012, p. 117-118).

Não apenas vozes do Ministério Público do Trabalho defendem o termo de ajuste de conduta mas também uma das maiores entidades patronais do País, como a Confederação Nacional da Indústria (2012, p. 128):

O objetivo dos instrumentos de compromisso é o de adequar a empresa à legislação vigente. Ao prestigiar a negociação e estimular a regularização da infração, ganha a empresa, que cumpre suas obrigações legais e sociais gerando emprego e boas condições de trabalho; ganham os empregados, que têm seus direitos respeitados e garantidos; e ganha o próprio Estado, que diminui os custos com a fiscalização. O caráter educativo deve se sobrepor ao caráter repressor do Estado.

Com efeito, o compromisso mostra-se válido para situações em que o empregador desconhece a lei, ou não tem condições de cumpri-la, ou, ainda, quando a infringe de boa-fé (PEREIRA, 2010, p. 322); afinal, acredita-se que os infratores querem cumprir a lei, e se não o fazem, é por ignorância, impossibilidade material ou descuido.

Em síntese, estes são os argumentos apresentados pela doutrina para justificar a priorização dos termos de ajuste de conduta nas últimas décadas.

Devemos ressaltar, inicialmente, que, do ponto de vista legal, somente haverá resolução integral se o TAC se voltar para o passado (retroação de direitos e compensação pecuniária) e para o futuro (prevenção de ilícitos). A tutela ressarcitória só restará atendida se a atuação administrativa restaurar e reintegrar os direitos violados.

Imagine-se, por exemplo, que uma grande empresa está inadimplente com os salários dos seus empregados: restaurar o *status quo ante* consiste em assegurar o pagamento dos salários dos obreiros e, cumulativamente, compensar os danos morais causados à coletividade de trabalhadores. O ajuste será considerado resolutivo se promover a efetiva responsabilização da empresa, impondo-lhe o dever de pagar os salários em atraso, além de uma indenização social. Mas, para que isto aconteça, é necessário dispêndio de recursos extraordinários por parte do infrator, exigência que não costuma ser aceita pelo empresariado.

A tutela inibitória, por sua vez, de cunho eminentemente preventivo, destina-se a impedir a prática de um ilícito, sua continuação ou repetição (MARINONI, 1999, p. 112-114). A tutela inibitória restará atendida se o TAC impuser ao compromissário o dever de não mais atrasar os salários dos seus funcionários, sob pena de imposição de multas em valores suficientemente aversivos à empresa. Como os termos de ajuste de conduta apenas costumam prever deveres inibitórios, a correção do ilícito está sendo claramente incompleta.

Ademais, falar em resolução extrajudicial (preventiva), sem dados empíricos que demonstrem o cumprimento das obrigações inibitórias dos TACs, é algo temerário. No máximo, o que se pode afirmar é que a política pública consubstanciada no TAC consiste em uma promessa de resolução.

O equívoco dos membros do Ministério Público do Trabalho consiste em confundir a celebração do ajuste de conduta (um documento formal) com o próprio ajuste de conduta (prática de atos materiais em conformidade com a lei pelo compromissário): considera-se que o instrumento equivale à obrigação nele imposta.

Conforme pesquisas anteriores, estes acordos vêm sendo descumpridos, não se podendo falar em resolução sequer neste sentido. Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 261 e 262), por exemplo, indica que, dentre 71 TACs firmados pelo Ministério Público Federal, 24 deles foram cumpridos; 35 ainda estavam sendo monitorados; e 12 ajustes haviam sido violados, de forma que 66% dos ajustes ou não haviam sido fiscalizados, ou haviam sido desrespeitados.⁴² No Estado do Amazonas, 78% dos TACs firmados com empresas do setor da construção civil restaram violados (SOUZA, 2014d). O estudo analisou 43 inquéritos civis instaurados entre 1996 e 2012, e 17 termos de ajuste de conduta; dentre estes, 12 ajustes foram violados. Na Bahia, 80% dos ajustes formalizados foram descumpridos neste setor econômico, sem a cobrança das multas devidas (SOUZA, 2014d). Esta pesquisa investigou 73 inquéritos instaurados entre 2005 e 2013, culminando em 17 TACs celebrados com empreiteiras, sendo que, dentre 10 acordos monitorados, 8 foram descumpridos. Pesquisa realizada por Vitor Filgueiras (2012, p. 315), sem discriminar a atividade empresarial, apontou que 100% dos TACs fiscalizados foram formalmente desrespeitados (18 ajustes) em setores econômicos diversos; estudo de casos empreendido no setor sucroalcooleiro, em Sergipe e na Bahia, também evidenciou o descumprimento dos TACs ali assinados (RIBEIRO JR.; FILGUEIRAS, 2015).

Mesmo num plano teórico, não se pode afirmar que o termo de ajuste de conduta traz vantagens para o coletivo de trabalhadores. Quando há violação reiterada à legislação trabalhista, os principais prejudicados são, indubitavelmente, os trabalhadores da empresa. Mas, eventualmente, toda a categoria profissional é atingida. O Estado, também, por vezes, tem que arcar com os custos decorrentes

42 Como a autora considerou que a falta de fiscalização do ajuste significava o mesmo que o seu cumprimento, o percentual de efetividade encontrado foi alto, de 83% (59 dentre 71). Dos 12 ajustes descumpridos, 3 deles não ensejaram a adoção de medida judicial, ao passo que os demais motivaram ação civil pública ou execução (2011, p. 265).

do ilícito (acidentes de trabalho, flagrantes de trabalho análogo ao de escravo ou reclamações trabalhistas implicam gastos estatais), tais como pensões previdenciárias, auxílios-doença, parcelas de seguro-desemprego e custos processuais. Eventuais empregadores cumpridores da lei também sofrem repercussões, pela diminuição de suas margens de lucro frente à concorrência desleal. A própria sociedade pode sentir impactos extrapatrimoniais, pela desonra que determinadas condutas ilícitas impõem ao corpo social. De logo, percebe-se que não há vantagens para o conjunto da sociedade se o termo de ajuste de conduta disser respeito exclusivamente aos trabalhadores prejudicados, sendo que a categoria profissional sequer costuma ser consultada para esta finalidade, muito menos os demais atingidos. Nem mesmo há evidências concretas de que os trabalhadores da empresa compromissária estão sendo beneficiados pelos TACs, tratando-se de premissa não comprovada e que pode significar, quando muito, mitigação de prejuízos mais nefastos, pois os TACs não costumam exigir restauração ao *status quo ante* com retroação dos direitos.

A presumida satisfação imediata da legislação pode ser alcançada, sem o consenso do infrator, pelo instituto da tutela de urgência, presente no direito processual brasileiro desde 1994 no CPC, e amplamente aceita na Justiça do Trabalho. No caso da ação civil pública, os arts. 4º e 12º da Lei n. 7.347/1985 já previam, desde então, a possibilidade de ação cautelar, de cunho nitidamente inibitório, e de concessão de medida liminar.

A resistência da Justiça do Trabalho, em tempos atuais ou recentes, às teses do Ministério Público do Trabalho, por sua vez, é afirmação que não possui lastro fático. Tal argumento, ao menos nos Estados do Amazonas e do Rio de Janeiro, já foi por nós confrontado e afastado empiricamente, na seção anterior. Pelo que se percebe, a razão pela qual o MPT opta por fugir do Poder Judiciário é a mesma razão que leva os trabalhadores a renunciarem direitos em reclamações trabalhistas. Diante da demora e incerteza dos processos judiciais, a expectativa de condenação é baixa, o que faz com que o Ministério Público ingresse num palco de barganhas com o infrator, negociando um acordo extrajudicial amplamente desfavorável (sem perdas

pecuniárias, com suspensão da vigência de direitos fundamentais e com renúncia aos direitos trabalhistas).

Não apenas a atuação extrajudicial desafoga o Poder Judiciário. A finalidade dos instrumentos de tutela coletiva, entre eles a ação civil pública, foi justamente permitir a concentração da defesa dos interesses transindividuais em uma só demanda, sem a necessidade de multiplicação de dissídios individuais, permitindo uma solução coletiva.

Como se percebe, nos moldes atuais, o que se chama de resolução extrajudicial é a assinatura de um compromisso que depende do consenso do infrator. O investigado decide sobre o ajuizamento da ação – se assina o TAC, a ação não é ajuizada –; se irá pagar alguma indenização; e, ao fim, se irá cumprir as obrigações estabelecidas.

Diante de um Ministério Público que, por força de lei, não tem o poder de impor condutas e diante de um Poder Judiciário que tem essa prerrogativa, mas frequentemente não a exerce, tem-se o ambiente propício para o macroilícito trabalhista no Brasil. Se o ato ilícito deve gerar uma sanção, a aplicação dessa sanção – e a consequente efetividade do Direito do Trabalho – tendencialmente não será atingida com o consentimento do infrator (BOBBIO, 2006, p. 152).

A promessa de regularização da infração pela empresa compromissária exige um preço, ou seja, tem um custo social. Isto porque para que este compromisso seja assinado, o Ministério Público deve abdicar de algum interesse próprio. A reparação de danos, de nítido viés repressivo, seria, em muitos casos, inviável, como afirma Rodrigues (2011, p. 101). Este *payback* para a adesão dos infratores é a renúncia ao direito de indenização pelos ilícitos cometidos, uma vez que, se esta compensação for exigida, dificilmente haverá concordância dos infratores aos termos do compromisso, perdendo-se a chance de condenação (pela via judicial) pela promessa da adequação (na via extrajudicial) (PINHO; CABRAL, 2011, p. 77).

Se é verossímil a tese de que o TAC melhor se ajusta às situações de pequeno potencial ofensivo, a circunstância de o Ministério Público do Trabalho ter priorizado o termo de ajuste de conduta, nas últimas décadas, significa dizer que a instituição elegeu atuar,

preferencialmente, em questões de pequena repercussão. Porém, os casos considerados *a priori* como menos relevantes, sem lesão a direitos fundamentais, não deveriam sequer exigir a atuação ministerial (SOARES, 2011, p. 344). Esta ação do Ministério Público deveria ser seletiva, competindo aos procuradores a identificação do interesse público em todas as questões relevantes, com alguma margem para analisar a conveniência e oportunidade (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 118, 179). Neste sentido, o Precedente n. 17 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho também realça a necessidade de análise da conveniência social (ou inconveniência) no momento da instauração dos inquéritos.⁴³

Em realidade, o privilégio na utilização dos TACs não se deu para questões de menor repercussão social, pois o acordo extrajudicial foi utilizado para todo tipo de conflito coletivo trabalhista, mesmo os mais graves. As maiores empreiteiras do País possuem termos de ajuste de conduta firmados com o MPT, versando sobre as obrigações trabalhistas mais básicas, conforme sítio eletrônico do Portal da Transparência (PGT, 2015).⁴⁴ Por outro lado, a tramitação de inquéritos contendo infrações menos graves (envolvendo pequenos empregadores) não é um fenômeno comum, uma vez que estes procedimentos costumam ser sumariamente arquivados. Em 2015, por exemplo, o MPT arquivou mais de 40 mil procedimentos, e, no ano de 2014, arquivou mais de 10 mil procedimentos (CNMP, 2016 a, 2015), sendo plausível supor que a maior parte destes arquivamentos se deu em questões sem repercussão social (direitos patrimoniais individualizados). Aliás, a hipótese do microempresário que comete pequenas infrações não costuma ser objeto de atenção estatal (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 93).

43 “VIOLAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – DISCRICIONARIEDADE DO PROCURADOR OFICIANTE. DJ-18/10/2005, Aprovado na 129ª Seção I, PÁG. 671. Extraordinária do CSMP, em Sessão 11/10/2005. Mantém-se, por despacho, o arquivamento da Representação quando a repercussão social da lesão não for significativamente suficiente para caracterizar uma conduta com consequências que reclamem a atuação do Ministério Público do Trabalho em defesa de direitos individuais homogêneos. A atuação do Ministério Público deve ser orientada pela “conveniência social”. Ressalvados os casos de defesa judicial dos direitos e interesses de incapazes e população indígena.”

44 Apenas dez obrigações trabalhistas correspondem a cerca de 80% de todas as infrações trabalhistas detectadas pelo Ministério do Trabalho no período de 1996 a 2008 (FILGUEIRAS, 2012, p. 179); a maioria das reclamações trabalhistas não envolve questões complexas (SOUTO MAIOR, 2007).

A despeito da possibilidade legal de fixação de indenização por dano moral coletivo no termo de ajuste de conduta, os dados colhidos mostram o contrário, ou seja, a regra é que os TACs não contenham qualquer valor indenizatório. Em 90% dos TACs firmados no sul da Bahia, no setor da construção civil, não houve qualquer previsão de indenização coletiva (SOUZA, 2014d). No Amazonas, identicamente neste setor, em 100% dos casos não houve previsão de pagamento prévio de valores (SOUZA, 2013). Em pesquisa abrangente, realizada por Vitor Filgueiras (2012), abarcando 517 acordos extrajudiciais de todo o Brasil, constatou-se que apenas 13 deles previam indenização do dano moral coletivo prévio, o que correspondeu a 2,5% das hipóteses.

A falta de punição imediata nos compromissos extrajudiciais não estimula outros empregadores a respeitarem a legislação trabalhista. Para o compromissário, esta conciliação é vantajosa pois cancela ou suspende penalidades. Mas a sociedade não se beneficia com este *modus operandi* pois o termo de ajuste não concede, em contrapartida, vantagens sociais. O termo de ajuste de conduta poderia conviver com a imposição de penalidades pelos ilícitos já cometidos, sem prejuízo da assunção de compromissos obrigacionais futuros, sob pena de novas multas, após um monitoramento sistemático do acordo extrajudicial. No entanto, esta não é uma prática corrente: o costume é permutar-se a indenização em troca de uma promessa de ajuste, flexibilizando-se direitos trabalhistas.

O TAC sem indenização (punição imediata) gera consequências maléficas (estímulos negativos) para os demais destinatários da atuação ministerial. Há uma tendência de preservação da conduta infratora por parte das demais empresas até a convocação do *Parquet* para adequação da sua conduta, o que, por si só, já é extremamente grave. A ausência de responsabilização de empregadores que violaram as normas trabalhistas afrontaria o sistema normativo que impõe a responsabilidade jurídica dos infratores, como já vimos anteriormente, além de retirar a possibilidade de futura adequação da norma trabalhista através de um efeito-demonstração, seja pelo empregador investigado (que irá esperar a convocação estatal para outras obrigações não contempladas no TAC), seja por terceiros empregadores, em relação a qualquer ilícito.

Se o Direito do Trabalho não admite a disposição de direitos individuais, a redução de direitos transindividuais (indenização social) deveria ser ainda mais proibitiva. Mas se inverte a lógica para admitir-se que os interesses difusos possam ser objeto de transação, quando o Direito Trabalho, no bojo da relação de emprego, em seu aspecto individual, não permite negociação. Para que o TAC, enquanto instrumento de política pública, tenha alguma pretensão de eficácia, a sua visão deve ser tanto prospectiva quanto retrospectiva, contemplando sanções pelos ilícitos cometidos e que, necessariamente, já reduziram custos para o ofensor. O Ministério Público do Trabalho não pode ficar restrito a uma atuação focada, exclusivamente, na tutela inibitória.

Pode-se imaginar que os termos de ajuste de conduta contemplam astreintes vultosas, com maior capacidade de forçar o agente infrator a adequar a sua conduta. Com efeito, inobstante o MPT abra mão da reparação integral dos danos sociais, a imposição de penalidades mais elevadas representaria uma condição mais vantajosa para a atuação ministerial. A pesquisa realizada por Vitor Filgueiras (2012, p. 253), entretanto, aponta que os valores estipulados nos termos de ajuste de conduta costumam ser baixos, levemente superiores aos valores das multas do Ministério do Trabalho, previstas em lei. Conforme a Portaria do MTE n. 290/1997, as multas administrativas deste órgão, desatualizadas há quase 20 anos, possuem valores entre R\$ 7,56 e 7.565,00 – com exceção das multas por fraude ao seguro-desemprego, falta de comunicação da RAIS e não contratação de pessoas com deficiência, cujo valor gira em torno de R\$ 40.000,00 –, não servindo de mecanismo de incentivo para os infratores (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 76).⁴⁵

Além de as multas para violações futuras serem baixas, existe autorização interna do Ministério Público do Trabalho permitindo a anistia destas penalidades. A Orientação n. 8 da CCR dispõe que é faculdade do procurador aceitar proposta de redução ou isenção da multa.⁴⁶ Por sua vez, o Precedente n. 20 do Conselho Superior

45 Somente em casos gravíssimos, e para empresas de grande porte, a multa por descumprir normas de segurança do trabalho poderá atingir o valor de R\$ 7.000,00; se não conceder o repouso semanal remunerado, por outro lado, a multa será de R\$ 0,004 (CARELLI, 2011, p. 95).

46 “EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA – MULTA – Dispõe o Órgão Oficiante da faculdade de, a seu critério e com motivação lançada, aceitar proposta de redução ou até mesmo de isenção da multa, quando essa revisão revelar-se justificada, oportuna e for reclamada pelo interesse público primário, além de compatível com a efetividade das metas do Ministério Público do Trabalho.”

do MPT autoriza que as multas sejam dispensadas, parcial ou integralmente, quando o interesse público assim o exigir.⁴⁷ A anistia de multas, autorizada pelo precedente acima, possui ampla aplicação prática, fator que só aumenta a pressão dos investigados sobre o MPT para que esta flexibilização aconteça.⁴⁸ Assim, é incorreto afirmar que eventual pedagogia do TAC é consequência de vultosas multas nele previstas, quando em verdade tais cominações não são aversivas e, no mais das vezes, não são cobradas. Os infratores e seus advogados, lidando frequentemente com o MPT, adquirem de antemão o conhecimento de que o descumprimento dos TACs não enseja o pagamento integral das multas decorrentes, tampouco o pagamento de indenizações sociais. Essa informação é crucial para a decisão empresarial de firmar ou não um termo de ajuste de conduta, e de cumpri-lo ou não.

Um informativo colhido da internet corrobora o quanto dito acima. Em Natal, uma empresa terceirizada devia os salários dos seus empregados. Aberto o inquérito, firmou-se termo de ajuste de conduta com o MPT, no ano de 2013, comprometendo-se a investigada a corrigir a situação, sob pena de multa de R\$ 20.000,00. Ao fiscalizar o ajuste, verificou-se que o acordo extrajudicial estava sendo violado, ensejando a execução judicial do TAC. No curso da demanda processual, em 2015, o Ministério Público do Trabalho firmou acordo na Justiça do Trabalho, reduzindo e parcelando o valor das multas devidas. A empresa violou também o acordo judicial, atrasou novamente os salários dos empregados e deixou de quitar as multas negociadas, dando causa a novo pedido de execução e, também, de responsabilização solidária das empresas contratantes (Processo n. 000148425.2014.5.21.0010) (MPT, 2013).

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (investigado que ocupa a primeira posição no MPT como empresa mais denunciada)

47 "INVIABILIDADE DE EXECUÇÃO DE TAC – COMPROMETIMENTO FINANCEIRO DA DENUNCIADA. No processo de execução de TAC ou ACP o Procurador oficiante poderá renegociar prazos e condições de cumprimento das obrigações principais, bem como o valor da multa respectiva, inclusive para dispensá-la parcial ou integralmente, quando o interesse público assim o exigir e a medida se revelar oportuna e compatível com as metas do Ministério Público do Trabalho,"

48 Na Inspeção do Trabalho, ao contrário, se o auditor-fiscal do trabalho deixar de lavrar um auto de infração estará cometendo, em tese, o crime de prevaricação. Não há mecanismos legais ou infralegais no Ministério do Trabalho que autorizem o auditor a absolver a empresa de uma penalidade diante de uma infração constatada.

assinou TAC no ano de 2007 (n. 38/2007) com o órgão, de âmbito nacional, no Procedimento Preparatório n. 000422.2001, em trâmite na Procuradoria Regional da 10ª Região. Após diversos descumprimentos de prazos para adequação e sucessivos termos aditivos ao TAC para alargar estes prazos, permitiu-se aos Correios a adequação do meio ambiente do trabalho (ergonomia) até dezembro de 2017 – ou seja, mais de 10 anos após a celebração do acordo.

Os casos apresentados são emblemáticos porque contemplam todos os elementos que estamos analisando nesta pesquisa: violações reiteradas às normas trabalhistas engendram um TAC sem perdas financeiras; ao contrário do que se imagina, a empresa, ao invés de adequar a sua conduta, permanece praticando delitos; o Ministério Público do Trabalho deixa de cobrar o valor integral das multas devidas, flexibilizando valores e permitindo o parcelamento da dívida; o compromissário, confiante em seu novo acordo, insiste em violar as obrigações. A tolerância do MPT acaba por incentivar a perpetuação dos ilícitos.

Nesta interação entre empresas infratoras e Ministério Público do Trabalho, há tantos estímulos para a delinquência que a decisão pela não adesão à regra estatal deixa de ser consequência de convicções individuais para tornar-se uma emanção quase automática de mecanismos estruturais (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 22). Dentro das leis que regem o sistema econômico capitalista, a ausência de penalidades financeiras mais custosas do que a redução de custos perpetrada pelas violações legais estimula, objetivamente, o comportamento delitivo, tornando-se uma conduta previsível.

Se os TACs contivessem cláusulas com um padrão de direitos superior àqueles previstos na lei, justificariam, teoricamente, a ausência de punições, mas, pelas pesquisas realizadas, estes instrumentos têm se mostrado pouco úteis para inovações jurídicas: suas cláusulas costumam repetir deveres legais, não criando obrigações *praeter legem*. Sobre esse tema, Edson Braz (2000, p. 15) entende inútil celebrar um TAC através do qual o compromissário obriga-se tão somente a cumprir a lei, porque a lei já é autoaplicável.

O MPT deve buscar, prioritariamente, a indução a um comportamento que seja consentâneo com a lei por parte da totalidade das

empresas que demandam mão de obra. Isto deve estar mais em jogo do que a justiça ou efetividade da sua atuação em um caso concreto, afinal, as regras do Direito do Trabalho estão inseridas num sistema complexo de relações econômicas. Marcus Barberino Mendes (2007, p. 124), de maneira análoga, observou este fenômeno da miopia quanto aos impactos de uma atuação casuística que não leva em conta as externalidades presentes. A atuação do MPT, enquanto instituição, tem buscado individualizar e pessoalizar comportamentos, caracterizá-los como pontuais, eventuais, inofensivos ou excepcionais, quando, em verdade, trata-se de um padrão de atuação do empresariado infrator, dentro de uma lógica própria e com larga repercussão para os trabalhadores.

Caso haja recusa do compromissário em atender as obrigações de fazer estipuladas e as multas daí decorrentes, o MPT não possui mecanismos próprios para coagir o infrator a cumprir com os deveres ajustados. A execução forçada do ajuste de conduta só pode ocorrer em sede judicial. Em outras palavras, o momento mais crucial do TAC (inadimplência) depende da participação do Poder Judiciário.

Pelas premissas apresentadas, o TAC tem apenas uma chance de dar certo: se ele for integralmente cumprido pelo infrator. Qualquer desvio no comportamento do compromissário, ou seja, total ou parcial descumprimento do ajuste, fará com que se retroceda ao momento indesejado de sujeição às decisões da Justiça do Trabalho. A fuga dos mecanismos judiciais mostra-se sem razão, portanto, quando se verifica que eventual descumprimento dos TACs ensejará, de igual modo, a cobrança de multas no mesmo Poder Judiciário considerado moroso, conservador e caro.

Para que um título executivo seja objeto de ação executória, deve ser comprovado, previamente, o descumprimento do termo de ajuste de conduta, o que demanda vontade, tempo e gasto público. Ocorre que, não raro, o TAC é celebrado, mas a consequente fiscalização de suas cláusulas não ocorre, ensejando o arquivamento precoce da investigação. Como Souza (2014d, 2013), Filgueiras (2012), e Rodrigues (2011, p. 261)⁴⁹ apontaram, a falta de fiscalização dos ajustes é um fato comum. De qualquer sorte, não há nenhuma evi-

49 Segundo sua pesquisa, 35 ajustes, dentre 71, ainda não haviam sido inspecionados.

dência empírica de uma fiscalização sistemática dos TACs (ARTUR, 2016, p. 181).⁵⁰ A falta de uma rotina de trabalho que priorize a garantia do cumprimento do TAC – verificada no MPF por Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 275) – também pode ser estendida ao MPT, comprometendo a tutela dos direitos transindividuais.

Quando o monitoramento dos acordos extrajudiciais ocorre, as fiscalizações requisitadas à Inspeção do Trabalho costumam ser superficiais, já que o Ministério do Trabalho está mais preocupado com o número de empresas (FILGUEIRAS, 2012, p. 147, 236, 239).⁵¹ A concessão de prazos às empresas fiscalizadas, diante de irregularidades constatadas, em substituição à lavratura dos autos de infração, é outro fator que impede a comprovação de violação ao ajuste. Em muitas ocasiões, a comprovação da efetividade do ajuste não é sequer algo desejado pelo Ministério Público do Trabalho, tratando-se de uma prática rotineira o encerramento da investigação sem aferição do cumprimento do ajuste.

O ato estatal de fiscalizar (busca ativa de irregularidades) pode equiparar-se à falta de denúncia de irregularidades (omissão de comunicação de ilícitos), transferindo aos obreiros, ou ao sindicato profissional, o encargo de denunciar violações ao órgão ministerial. Com esta interpretação, comprovar o cumprimento do TAC vira sinônimo de não comprovar o seu descumprimento.

O inquérito civil que tramita no Ministério Público do Trabalho, por sua vez, está sujeito a um rito próprio, com observância de prazos, princípios constitucionais e direitos do investigado, demandando tempo e cuidado do procurador para que a prova da violação do ajuste seja considerada válida para servir de fundamento a uma execução judicial do termo de ajuste de conduta. Como se vê, a instrução probatória apta a ensejar a execução das multas decorrentes dos acordos extrajudiciais está sujeita a diversos contratempos.

Ressaltamos, ainda, que não há comprovação empírica de que o consenso do transgressor aumenta as chances de adequação da

50 Os membros do MPT entrevistados por Artur (2016, p. 181) afirmaram fiscalizar sistematicamente os ajustes, mas reconhecem que o conjunto dos procuradores não se submete a uma política institucional semelhante.

51 O autor aponta que, entre 1998 e 2008, mais de 70% das empresas alvo da Inspeção do Trabalho tinham até 30 empregados, atuando nos setores do comércio, indústria e construção civil.

sua conduta. Temos insistido justamente no contrário: o consentimento do infrator, mantida a sua propensão em maximizar vantagens, potencializa o descumprimento do ajuste se, para a assinatura deste, o Ministério Público do Trabalho deve abdicar da reparação ou compensação do ilícito. Como adverte Júlia Caiuby Antunes (2009, p. 180), os valores despendidos com um passivo trabalhista fazem parte dos custos de produção de qualquer empresa, ou seja, os empregadores já sabem quanto economizam ao violar a lei e quanto podem gastar se forem flagrados desrespeitando-a. Um TAC será vantajoso se representar uma perda pecuniária inferior àquela necessária para a correção do ilícito.

Se o ofensor conhece, antecipadamente, o limite da sanção estatal a que pode ser submetido, poderá avaliar os custos e concluir que vale mais a pena infringir a lei do que modificar seu comportamento (ANTUNES, 2009, p. 180). Com uma previsão aproximada destes custos, o consenso do compromissário pode representar, em muitos casos, uma estratégia deliberada de continuidade na evasão à lei, ao invés de um consentimento para cumpri-la.

Aliado a este fator, quando o investigado identifica a determinação do Ministério Público do Trabalho em regularizar condutas (mais do que impor punições), com nítido caráter inibitório, tendencialmente irá desrespeitar o acordo, porque tem a expectativa de que sua violação futura não ensejará punição suficiente, diante da ansiedade ministerial em resolver o conflito.

Ademais, o consenso do infrator só costuma surgir quando o MPT abre mão de interesses transindividuais, porque, sem conceder ao compromissário vantagens, o instituto do TAC torna-se absolutamente impraticável (PINHO; CABRAL, 2011, p. 77). Com efeito, o TAC é ofertado enquanto moeda de troca, já que ele significa o não ajuizamento de ação em face do infrator, uma garantia ao compromissário de que não será acionado (FERREIRA, 2011, p. 109), ou de que não terá qualquer perda financeira imediata. Entretanto, se o percentual de ajuizamento de ACPs for muito baixo, não haverá qualquer estímulo para o infrator vir a firmar o TAC, pois não haverá elemento de negociação. Assim, só há possibilidade de firmatura de TAC com o infrator se houver um risco mínimo de este ser acionado judicialmente e, por

conta disto, dispende recursos financeiros,⁵² o que pode explicar, por exemplo, o grau crescente de dificuldade que os procuradores do trabalho vêm enfrentando na firmatura de termos de ajuste de conduta. Exemplificativamente, foram ouvidos 10 subprocuradores do trabalho por Karen Artur que afirmaram que a assinatura dos TACS pelas empresas não tem ocorrido com facilidade (ARTUR, 2016, p. 181), o que pode sugerir, em muitos casos, que a taxa de litigiosidade judicial já não é suficientemente alta a ponto de influenciar a adesão dos investigados aos acordos extrajudiciais.

Neste sentido, o consenso do infrator não costuma ser espontâneo (é um consentimento guiado pelo procurador), nem decorre de um convencimento através do diálogo, mas sim da potencialidade de uma ação judicial em causar prejuízos. Não é um arrependimento empresarial sincero – uma tentativa de corrigir um erro –, mas uma decisão racional do infrator, por que supõe que, ao consentir, evitará um mal maior.

Mesmo que o agente estatal não queira impor perda financeira ao empregador, está sempre dada a previsão da sanção quando há esta abordagem (FILGUEIRAS, 2012, p. 221). No mais das vezes, este consentimento parece estar acompanhado de uma reserva mental, pois os compromissários não têm respeitado as cláusulas dos ajustes, como as pesquisas empíricas têm demonstrado. É um consenso que só se revela após a renúncia à indenização social ou diante de multas de baixo valor, como forma de suspender o incômodo decorrente de uma investigação ou o risco financeiro de uma condenação em ação civil pública.

Partindo-se da premissa de que os infratores da legislação querem adequar a sua conduta espontaneamente, seria desnecessário um instrumento extrajudicial formalizando esta manifestação de vontade. O MPT pode estar ensinando aos infratores que a lei somente deve ser respeitada se for assinado um termo de ajuste de conduta. A regulação eficaz de condutas patronais, do ponto de vista estritamente

52 Estas reflexões dizem respeito a infrações trabalhistas detectadas em empreendimentos capitalistas, que correspondem à grande maioria dos casos que são objeto de atenção do Ministério Público do Trabalho. Partimos da premissa de que as empresas violam a legislação trabalhista pelo fato de que o cumprimento desta implica custos para o empregador. Assim, a causa das infrações legais para outras modalidades de agentes investigados (sindicatos, entes da Administração Pública, entidades filantrópicas) não necessariamente se submete à lógica da maximização de lucros, que é intrínseca para a quase totalidade dos casos investigados pelo MPT.

jurídico, não exigiria um termo de ajuste de conduta, porque a lei já é um instrumento de ajuste de conduta socialmente institucionalizado.

O TAC convencional evidenciaria, assim, a debilidade do sistema jurídico trabalhista, incapaz de impor condutas pela prescrição pessoal e abstrata de regras. Na seara trabalhista, o Estado diz que é preciso ir além, convocando os infratores para que sejam advertidos formalmente diante de uma autoridade pública, editando regras específicas para cada um dos destinatários da norma, concretizando e individualizando a lei ao caso concreto.

O argumento de que o empregador faltoso descumpra a lei, mas não o faz de modo intencional – uma interpretação supostamente mais compreensiva da cultura do empresariado –, é desprovido de fundamento jurídico, não resistindo a uma leitura do art. 2º da CLT, que reconhece a responsabilidade objetiva (e contratual) do empregador quanto ao cumprimento das normas trabalhistas. O foco sequer deveria estar na consciência da ilicitude (dolo) da conduta do ofensor (empregador), mas sim no prejuízo objetivo da vítima (coletivo de trabalhadores). O Direito do Trabalho diferencia-se do Direito Penal, entre outros aspectos, por conta da aferição necessária do elemento subjetivo do infrator (dolo ou culpa grave) para a imposição da sanção criminal (SOUTO MAIOR et al., 2012, p. 51). Consoante Vitor Filgueiras (2012, p. 175), o desconhecimento da lei pelo contraventor não corresponde, igualmente, à realidade fática, porque as normas trabalhistas descumpridas costumam ser as mais básicas, como pagamento dos salários em dia, registro em CTPS, limite de horas extras diárias, ou uso dos EPIs. Dentro do levantamento realizado pelo autor, frente aos termos de ajuste de conduta celebrados, observou-se que 67,4% dos TACs analisados contemplavam apenas um dentre seis possíveis aspectos da relação de emprego, e um total de 71,2% dos TACs continha, no máximo, quatro cláusulas, o que sugere o pouco detalhamento e aprofundamento das obrigações. Além disso, grandes corporações – que contam em seu quadro de pessoal com advogados trabalhistas, médicos e engenheiros do trabalho, além de setor especializado em recursos humanos – são flagradas cometendo infrações trabalhistas básicas, como noticiam diariamente os sítios eletrônicos do Ministério Público do Trabalho. Pequenos, médios e grandes empregadores, em regra, conhecem a

legislação trabalhista básica, que vem a ser o conteúdo mais comum dos termos de ajuste de conduta.

Se o empregador desconhece a legislação – o que é muito raro –, a pergunta que caberia ser feita é se deveria conhecê-la. Em muitas hipóteses, o empregador ignora a legislação porque não tem interesse em conhecê-la, na certeza de que o seu descumprimento não irá gerar sanções. A impunidade complementa a ignorância da legislação, e o empregador, confiante na ausência de punições, permanece indiferente a uma *soft law*. Ademais, todas as regras de proteção ao trabalho estão materializadas em documentos públicos, bastando que o empregador tenha interesse em consultá-las, em caso de dúvidas (FILGUEIRAS, 2012, p. 183). Para o operador do Direito, conhecer ou não a lei não exime o infrator de suas sanções, pois a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 3º, dispõe que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Para concluir este capítulo, devemos enfatizar que a efetividade dos TACs não possui comprovação empírica. O descumprimento dos TACs tem sido um assunto cada vez mais comentado na fala dos procuradores (MARQUES, 2010, PEREIRA, 2010, RIBEIRO JR; CARDOSO, 2014) e noticiado nas páginas oficiais da instituição (PGT, 2016).⁵³ Uma reflexão sobre as comprovadas taxas de inadimplemento dos TACs é importante mecanismo para se alcançar a efetividade dos direitos trabalhistas, através da imposição de mecanismos dissuasórios.

A finalidade do empreendimento capitalista é atingir o máximo de lucro, no menor tempo possível, com o máximo de segurança e o mínimo de riscos (FARIA, 2007, p. 18 apud ANTUNES, 2009, p. 181). Se o TAC não contempla qualquer tipo de sanção pecuniária imediata, serve de verdadeiro estímulo para o desrespeito ao Direito do Trabalho. Na tensão entre cumprir uma lei que gera gastos ou maximizar os lucros, a tendência é que a segunda hipótese seja

53 *MPT pede multa por descumprimento de TAC*. Disponível em: <<[74](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/ce6a661b-ac5b-4566-aaab-b43cab046c35!/ut/p/z0/jYzLDoIwFAV_BRcsm1uglDUSQ5AQdYfdmNuKWIVSoPHx9-IPGJdzMmdAQA3C4EO36PRgsFv4KPgpyCkr1jta5uU-oekhqDZFHozQZTVAL4rewFPRtHEUKQg3GNS8HdW-dt2fs0Ds3nu7t1JgZfbrMnhmcVhpn6qGI-eBJKHiSVjMOUFESSSLFERKuIribz2cqxxqQVh0V6LNZYD6r6u9C_l-pqsPe3KP_w!!/>. Acesso em: 24 out. 2016</p></div><div data-bbox=)

privilegiada, razão pela qual somente a imposição coativa, com a fixação de um montante sancionatório superior àquele economizado pela evasão à lei, permitirá o cumprimento destas obrigações trabalhistas. Em outras palavras, os direitos trabalhistas somente serão observados quando a conduta estatal tornar essa violação especialmente desvantajosa, porque, sem esse *plus* pecuniário, a efetividade das normas trabalhistas dificilmente será atingida com o consentimento do infrator.

A despeito da crescente regularização dos vínculos de emprego após os procedimentos da fiscalização do Ministério do Trabalho e do incremento de políticas de combate do trabalho infantil e escravo, o nível de descumprimento da legislação ainda é muito alto, inclusive com um contingente expressivo de trabalhadores sem registro em carteira e de contratações que burlam a legislação vigente, tais como estágio, contrato temporário, cooperativas de mão de obra e “pejotização” (BALTAR; MORETTO; KREIN, 2006, p. 31). Vitor Filgueiras (2012, p. 55; 149) anota que, apesar do crescimento sucessivo da formalização dos contratos, na segunda metade dos anos 2000, as taxas de formalização do mercado de trabalho permaneciam inferiores às encontradas em 1990; ainda não chegamos a um patamar em que a ampla maioria dos contratos é formalizada, com relações de emprego de longa duração, e garantia dos direitos trabalhistas previstos na legislação. A legislação laboral é amplamente descumprida, consoante dados do Ministério do Trabalho (MTPS, 2015),⁵⁴ fazendo supor que a estratégia adotada, de priorização do TAC sem perdas financeiras, está alterando muito pouco a realidade fática e a regulação do mercado de trabalho.

Como ensina Robert Cooter (2007, p. 6), obedecer a uma norma representa um custo: estes custos podem ser um valor financeiro,

54 “Entre janeiro e junho deste ano [2015], 138,8 mil empresas foram fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Dessas, 47,2 mil foram autuadas, resultando em R\$ 102,64 milhões recolhidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Segundo o MTE, o valor total ainda deve aumentar, já que foram lavradas, desde janeiro, 10.113 notificações, que somam mais de R\$ 1,1 bilhão em multas. O balanço com os resultados das ações promovidas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) revelam que, nesse primeiro semestre, os Auditores Fiscais do Trabalho (AFTs) alcançaram mais de 17,5 milhões de trabalhadores em todo o País. Ainda de acordo com o balanço, 5.148 crianças e adolescentes foram afastados de situações irregulares de trabalho. Além disso, 137.264 trabalhadores passaram a estar oficialmente registrados, tendo seus direitos garantidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).” Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/08/fiscalizacao-do-trabalho-recolheu-mais-de-rs-102-milhoes-em-2015>>. Acesso em: 3 maio 2016.

tempo perdido, esforço, inconveniência ou risco. O custo de respeitar as normas trabalhistas deve ser, assim, inferior ao custo de descumpri-la. Não é preciso ser economista para entender esta lógica: se os TACs forem desestimulantes do ponto de vista financeiro, induzirão a comportamentos socialmente desejáveis, ou seja, ao amplo respeito à legislação trabalhista. O comportamento delinquente, se punido, tende a diminuir de frequência. *A contrario sensu*, o comportamento ilícito, não punido, tende a ser reproduzido. Quando nos vemos diante de um alto índice de evasão aos TACs, observamos que a burocracia ministerial não tem logrado a efetividade pretendida, sendo plausível supor que ainda há mais vantagens na evasão à lei do que na sua adequação: a inoperância do Estado regulador age, assim, em favor das classes empresariais infratoras (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 106) e continuará sendo um bom negócio não observar direitos trabalhistas se não houver uma coerção efetiva por parte do Estado (SOUTO MAIOR et al., 2012, p. 58).

Vimos até aqui uma perspectiva jurídica, com fundamentos da teoria econômica e breves exemplos empíricos da sociologia jurídica. No próximo capítulo, teremos uma perspectiva comportamental, a fim de verificar se a utilização do ajuste de conduta é a estratégia mais eficaz para a efetividade da legislação trabalhista.

Capítulo 2 – TACs sob a ótica da análise comportamental do Direito: uma alternativa à inefetividade

Neste capítulo, será visto em que medida o Ministério Público do Trabalho reforça comportamentos e em que medida penaliza condutas que desaprova.

Segundo Skinner, a diferenciação do sistema jurídico é resultado da maior estabilidade e previsibilidade que as normas jurídicas – uma espécie do gênero regras – dão ao controle governamental do comportamento dos cidadãos por meio de sanções, em sua maioria, de caráter punitivo (SKINNER, 1953, 1976 apud AGUIAR, 2013, p. 13). Assim, a prescrição de sanções – enquanto consequências reforçadoras (recompensadoras) ou, mais comumente, punidoras de determinada conduta – é tema central de todo o discurso jurídico.

Relações sociais prolongadamente conflituosas, como as relações de trabalho, estão no centro das atenções do Ministério Público do Trabalho. Conhecer as contingências de reforço e punição que governam os conflitos sociais trabalhistas pode ajudar a solucionar, de forma eficaz, estas disputas. Nesta perspectiva, a análise comportamental do Direito é uma proposta de aplicação dos conceitos, princípios e estratégias de pesquisa da ciência do comportamento humano ao estudo do Direito, valendo-se de contribuições oriundas de várias disciplinas semelhantes, especialmente as que mais diretamente tratam dos processos de controle social (AGUIAR, 2006).

Segundo Júlio César Aguiar, as contingências sociais podem ser conceituadas como redes de relações ou trocas sociais conexas, em que cada atividade desenvolvida por um dos indivíduos participante da rede só pode ser compreendida se confrontada com as atividades dos demais participantes (AGUIAR, 2006, p. 175). Trata-se, portanto, de uma regra que especifica as consequências que um comportamento pode gerar para o indivíduo atuante (WEINGARTE; MERCHNER, 1966, p. 447 apud AGUIAR, 2006, p. 68). Com efeito, as regras do Direito podem ser enquadradas como contingências sociais normativas.

O Direito, visto como uma tecnologia social de controle do comportamento humano, funda-se na inserção da norma jurídica em uma norma prática mais abrangente, constituída por três elementos: a meta social, as regularidades comportamentais empiricamente válidas e a contingência social normativa. Skinner estipulou o conceito de comportamento operante (aprendizagem), enfatizando um tipo de padrão comportamental que opera no ambiente de tal modo que, conforme suas consequências (alterações ambientais resultantes dessa operação), o respectivo padrão se mantém, se altera ou se extingue. Envolve, assim, um contexto, um comportamento, e uma consequência, intitulados de tríplexes contingências (AGUIAR, 2006, p. 84, 121-122). As principais regularidades empíricas são as seleções operantes, materializadas no reforço, na punição, ou na extinção.⁵⁵ O Direito, seus procedimentos e instituições passam a ser um campo de aprendizagem (modelagem social) para o civismo (FREITAS, 2011, p. 250).

Segundo Júlio César Aguiar, a regra caracteriza-se como um padrão comportamental que descreve uma contingência comportamental, podendo ser expressada na seguinte frase: “se você fizer tal coisa, em tal contexto, seguir-se-á tal reforçador”. Por sua vez, quando um determinado estímulo é tornado contingente a muitos outros reforçadores, ele torna-se um reforçador generalizado, sendo o dinheiro o mais evidente para o comportamento humano, porque estaria associado a reforçadores primários, como a aquisição de bens úteis ou que representam *status*, o conforto material (saúde, higiene, alimentação), ou o potencial de gerar mais lucros etc. (AGUIAR, 2006, p. 124).

A eficácia de uma norma jurídica não seria apenas a sua efetiva aplicação, mas sim a relação causal entre a imposição de uma contingência social normativa e a obtenção da meta social vinculada a esta, implícita ou explicitamente (AGUIAR, 2006, p. 99; 101). A efetividade da legislação trabalhista, por exemplo, seria medida pelo vínculo existente entre as contingências sociais normativas e a meta social que serve de parâmetro para as instituições de vigilância do trabalho.

No âmbito do Ministério Público do Trabalho, ao interagir com os infratores das normas trabalhistas, o padrão comportamental tem

55 Na extinção, a relação contingente é desfeita.

consistido na formalização de um termo de ajuste de conduta diante da constatação de irregularidades. O protocolo de intenções materializado no TAC não chegaria a representar uma punição, porque, como vimos, não costuma contemplar perdas pecuniárias para os infratores. Em certa medida, dado o contexto econômico em que está inserido, ou seja, em um ambiente capitalista onde a busca do lucro tende a ser maximizada, poderia ser enquadrado como reforço comportamental, pois a evasão ao Direito do Trabalho – desconsiderada pelos TACs – permitiria a economia de recursos por parte do empregador.

Sobre este ponto, devemos reiterar que toda empresa capitalista busca o lucro, não havendo qualquer juízo de valor nesta afirmação. Conforme Florestan Fernandes (2008, p. 80), o afã de ganho do empresário é uma mera constatação. Doutrinadores de escol não têm dúvida quanto à finalidade da empresa capitalista, entendimento este que é unânime tanto em Adam Smith quanto em Karl Marx. Os gastos decorrentes da contratação da força de trabalho são vistos pelo empregador como um custo essencial a ser suportado para que a atividade econômica gere lucros. As empresas tenderão a respeitar a legislação trabalhista se esta decisão for racional do seu ponto de vista econômico; o quadro jurídico trabalhista será observado se a expectativa de prejuízo decorrente do seu descumprimento for maior do que seu respeito. Como a transgressão às normas laborais não causa perda financeira imediata, implicando redução de custos e ampliação das margens de lucro, o instrumento estatal utilizado pelo MPT (TAC) deve ser tipificado como verdadeiro reforçador de condutas. Este é, portanto, o contexto onde a dinâmica dos ajustes de conduta está inserida, em outras palavras, o ambiente onde as contingências sociais normativas são introduzidas.

Estas despesas do empregador para o cumprimento da legislação funcionam como uma regularidade comportamental que deve nortear a vinculação entre a contingência social normativa, representada pela norma trabalhista, e a obtenção da meta social pelo MPT. A maximização de vantagens econômicas pelas empresas apresenta-se como uma variável independente (um pressuposto empírico), podendo ser detalhada da seguinte maneira: a) as perdas financeiras têm poder reforçador; b) os capitalistas adotam um padrão comportamental coletivo, trabalhando sob a premissa de incremento de lucros (AGUIAR, 2006, p. 168).

Quando a norma jurídica estabelece deveres aos empregadores (contingências sociais normativas), está sinalizando que a evasão das obrigações laborais é danosa à sociedade, ou seja, o respeito aos contratos trabalhistas é a meta social. Neste sentido, a imposição de um desestímulo financeiro (um reforçador punitivo) para quem economizou ao violar a lei revela-se fundamental para a proteção jurídica dos trabalhadores, enfim, para a obtenção da meta social. Este reforçador punitivo pode ser visualizado, por exemplo, no comando do art. 927 do Código Civil (quem causa dano, fica obrigado a repará-lo).

Os termos de ajuste de conduta convencionais, no entanto, abstraem o fato de que a legislação é descumprida porque amplia as margens de lucro. Neste sentido, há uma tendência de os TACs serem inefetivos porquanto desconsideram a natureza do assalariamento presente nas relações de emprego. Por sua vez, como a fixação de regras pelo Direito do Trabalho cria um entrave à atividade econômica maximizadora de vantagens, a resistência empresarial será uma atitude previsível.

O trabalho degradante, por exemplo, é uma conduta reprovável, com tipo jurídico previsto no art. 149 do Código Penal. Evitar este comportamento humano (unidade de análise utilizada pelo Direito e Sociologia) é a meta social a ser buscada, em larga escala e por um longo período de tempo, pelo Ministério Público do Trabalho. Para o empregador que não pratica trabalho análogo ao de escravo, nenhum comportamento operante se impõe (reforçador ou punidor). O comportamento empresarial de explorar mão de obra em condição análoga à de escravo traz reforços positivos para o empregador, tais como a diminuição de gastos, apresentando-se, via de regra, como um padrão comportamental estendido no tempo. Para o escravocrata, a punição decorrente de sua conduta ilícita é algo que pode ocorrer ou não,⁵⁶ em face de inúmeros fatores. Diante de uma conduta socialmente reprovável, o MPT pode impor determinadas contingências normativas, tais como uma punição pecuniária ou, em sentido contrário, um reforço (concessão de prazos para correção do ilícito) ao comportamento

⁵⁶ Se nenhuma consequência reforçadora ou punitiva se impõe, tem-se que inexistente um operante, uma relação funcional (de meio e fim) entre as atividades.

indesejado (inibição do ilícito). Mesmo se imposta a punição, o comportamento do transgressor pode ser ajustado ou não. Mas, sem essa penalidade, a tendência é de perpetuação da conduta indesejada.

A punição equivale à contingência social normativa (variável independente), envolvendo não apenas os reforçadores mas a forma como estes se dão (esquema de reforço). Se estas contingências forem estáveis (se a imposição de punições for consistente), elas podem ser úteis para uma modelação bem-sucedida, incluindo a aprendizagem dos empregadores faltosos (AGUIAR, 2006, p. 191). Por sua vez, a variável dependente para o cumprimento da meta social, neste caso, seria a adequação da conduta pelo conjunto do mercado de trabalho, ou seja, o comportamento esperado.

A variável dependente deve sofrer a alteração esperada (o ajustamento da conduta). Mas esta variação deve ser atribuída à imposição da contingência e não a outros fatores. Nos moldes atuais, dado o comportamento reprovável (descumprimento da legislação), não há imposição estável de contingências punitivas. Ao contrário, o padrão atual tende a fixar contingências sociais neutras (nem aversivas, nem reforçadoras) ou reforçadoras da conduta indesejada (termos de ajuste de conduta concedendo prazos ou flexibilizando direitos trabalhistas).

Esta interação entre o Ministério Público do Trabalho e o empregador é objeto de interesse da teoria da troca social, por se tratar de uma interação entre dois indivíduos em forma de sistema retroalimentativo, representada como uma troca. A troca social visualiza a utilização do tempo como uma variável básica para medir o comportamento, permitindo a comparação entre condutas distintas (AGUIAR, 2006, p. 130; 133; 151).

Cada interação do MPT com infratores não precisa ser necessariamente punitiva do comportamento delinquente, desde que a taxa de reforço seja suficientemente firme para impelir o conjunto de empregadores à conduta adequada.

Dada a diluição no tempo, nesta interação social, chegamos ao plano normativo, que podemos chamar de estratégico, em consonância com a distinção que se costuma fazer entre normas, que são

as contingências de reforço e punição vigentes em um determinado âmbito social, e estratégias, que são os padrões comportamentais desenvolvidos pelas pessoas em resposta a essas contingências, de modo a obter o reforço e a evitar, ou fugir, à punição (WEINGARTEN; MECHNER, 1966 apud AGUIAR, 2006, p. 205). Na seara trabalhista, mesmo diante de um padrão de imposição de punições aos empregadores faltosos, a meta social pode não ser atingida, por exemplo, se os infratores, ao invés de ajustarem a conduta, optarem pela evasão à lei, associada a uma ocultação bem-sucedida dos ilícitos. Neste caso, há uma estratégia de adaptação à norma agindo de modo diferente à prescrição, como forma de escapar à punição e obter, ao mesmo tempo, o reforçador (redução de gastos).

Vamos explicitar, detalhadamente, como ocorre essa estratégia de desrespeito da lei pelos infratores em relação ao comportamento do MPT, ou seja, como os conceitos vistos acima manifestam-se através de um exemplo anedótico.

Em determinada localidade existem dois empregadores que competem entre si (Alfa e Beta), atuando em igual ramo de atividade econômica, com o fim de obtenção de lucro. Ambos são contumazes descumpridores da lei, praticando irregularidades como falta de registro de empregados e atraso salarial. Alfa foi denunciado por um dos seus empregados, tendo sido investigado em inquérito civil que tramitou no Ministério Público do Trabalho. Para escapar de qualquer prejuízo financeiro, o investigado Alfa simula, perante o procurador que atuava no caso, que a assinatura de um termo de ajuste de conduta representava uma dura punição (com previsão de multas de “alto” valor, obrigações “difíceis” de implementar, e prazos “curtíssimos”), quando, em realidade, não se tratava de punição alguma (o TAC não previa indenização social).

A cada rodada de negociação do ajuste, entretanto, o procurador sai com a sensação de ter sido muito rigoroso com o infrator, aumentando a flexibilidade de sua atuação (prazos foram elasticados, houve previsão de menos cláusulas e multas menores), sendo que esta negociação, ao final, resulta na celebração de um termo de ajuste de conduta sem punição (indenização do dano moral coletivo). Vamos

considerar que o ajuste foi fiscalizado e cumprido, o que representaria a conduta esperada pelo MPT.

Beta, seu concorrente, é também descumpridor contumaz da legislação trabalhista. Ao tomar ciência do que ocorreu em relação ao seu concorrente, percebe que, se for investigado pelo Ministério Público do Trabalho, terá que assinar um compromisso, após um período razoável de investigação e negociação. Se não for investigado pelo MPT, nada terá que fazer, perpetuando sua conduta ilícita. Como o termo de ajuste de conduta firmado por seu concorrente não criou para este qualquer punição, mas apenas um contrato com vigência futura, Beta não se sente incentivado a adequar espontaneamente a sua conduta, afinal, não é mau negócio esperar a convocação do Ministério Público para, tão somente após o término da investigação, adequar a sua conduta à lei sem ônus adicional.

A economia de recursos, e conseqüente incorporação ao patrimônio do infrator, constitui um reforço positivo para o mesmo, ao não cumprir a lei, como se deu no caso de Alfa, mas esta circunstância não é considerada pelo MPT. Assim, o TAC sem perdas financeiras engendra não só a falta de responsabilização (não houve contingência social normativa) mas também um efeito pedagógico inverso para outros infratores. O caráter pouco persuasivo dos termos de ajuste de conduta é verificado através do exemplo real abaixo citado:

Os Auditores-Fiscais verificaram, ainda, que não se tratava do primeiro acidente fatal causado pelos elevadores distribuídos pela empresa. Já existia um amplo histórico de notificações, autuações e interdições individuais de elevadores por parte da SRTE/RS, além de dois Termos de Ajustamento de Conduta - TAC firmados pelo Ministério Público do Trabalho - MPT.

Uma vez que as ações anteriores não surtiram efeito para coibir a continuidade da distribuição de elevadores inseguros e para que a empresa realizasse efetiva manutenção nos aparelhos, os Auditores-Fiscais decidiram pela interdição do grupo Prestomax. (Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/site/noticiaView/11289/rs-auditores-fiscais-interditam-distribuidora-de-elevadores-em-porto-alegre>>).

Conicionados por este *modus operandi* do MPT, os empregadores ficam à espera da notificação do órgão para que, quando flagrados (e

se flagrados) desrespeitando direitos trabalhistas, assinem um TAC, após um período de tempo de investigação, que dificilmente será fiscalizado no futuro. Cardoso e Lage visualizaram estas contingências (2007, p. 136), pois perceberam que os custos decorrentes do desrespeito à legislação dependem de duas ordens: a) chance de o ofensor ser flagrado burlando a lei; b) chance de ser penalizado.

Retomando para o exemplo anedótico, somente a partir de então, com a assinatura do TAC, é que o *status* jurídico e econômico de Beta iguala-se ao do seu concorrente. Enquanto isso não ocorrer, se agir racionalmente, Beta continuará a infringir a legislação trabalhista, sope-sando o reforço positivo que o aumento da margem de lucros lhe proporciona com a ausência de contingência social normativa (punição).

O exemplo citado acima é correto quando se analisa o comportamento de dois empregadores, igualmente infratores da legislação. Porém, quando se compara o comportamento destes transgressores com um terceiro empregador que cumpre a lei, a necessidade de imposição de punições aos infratores torna-se ainda mais evidente. A situação se torna mais clara quando comparamos os empregadores faltosos com um terceiro empregador (Gama), do mesmo ramo de atividade econômica, que sempre cumpriu a lei, apesar do custo que isto representava para o seu empreendimento. Como empregador exemplar, necessariamente, teve uma margem de lucro menor que dos demais concorrentes ao longo dos anos, uma vez que o cumprimento da legislação trabalhista gerou gastos adicionais.

Ao tomar ciência de que seus concorrentes foram notificados pelo MPT, imagina, a princípio, que valeu a pena ter cumprido rigorosamente a legislação nos últimos anos, por não ter o risco de ser importunado pelos órgãos de fiscalização estatal (acréscimo de irregularidades aumenta a chance de denúncias), acreditando que os notórios infratores serão devidamente sancionados. Mas Gama se surpreende quando sabe que seus concorrentes firmaram um termo de ajuste de conduta, com obrigações futuras (tutela inibitória), sem previsão de perdas financeiras. O resultado da investigação contra seus rivais leva-o a acreditar que a evasão à legislação é recompensadora, uma vez que sua infração não implica punição. Todo o período

de tempo em que seus competidores infringiram as normas trabalhistas representou uma margem de ganhos superior à sua.

Sentindo-se prejudicado pelo órgão estatal, Gama pensa em desrespeitar a legislação por um tempo, até mesmo em caráter experimental. Somente a partir do momento em que for convocado pelos órgãos de vigilância do trabalho – o que pode demorar anos –, é que irá adequar sua conduta à legislação trabalhista. O TAC convencional estimula, assim, comportamentos de evasão à legislação a todos os concorrentes, inclusive aqueles que não praticam ilícitos originariamente.

Este fenômeno pode já estar ocorrendo na realidade brasileira. Em 10 anos, o índice de regularização das empresas pelo Ministério do Trabalho no Brasil aumentou em mais de 20% (CARELLI, 2011, p. 101), ou seja, quando as empresas foram abordadas pelos auditores-fiscais, corrigiram mais itens da legislação após a notificação. Isto poderia significar, a princípio, uma maior colaboração empresarial com a ação estatal. Porém, a análise do mesmo Sistema Federal de Inspeção do Trabalho (banco de dados vinculado ao Ministério do Trabalho) indica que, entre 1996 e 2008, o número de irregularidades teve um incremento de 200%, ultrapassando 900 mil infrações, em face de um aumento de apenas 50% no total de empresas fiscalizadas (FILGUEIRAS, 2012).

Houve, sim, maior colaboração das empresas, mas, em contrapartida, explodiu o número de ilícitos encontrados. Se o número de infrações aumentou em proporção muito maior do que o incremento de regularizações, é possível concluir que grande parte dos empregadores está cumprindo a legislação somente após a chegada da fiscalização – ou seja, o percentual de empregadores violando a lei, e que não estão sendo abordados pela ação estatal, aumentou.

A *contrario sensu*, imaginemos agora a situação em que o primeiro empregador Alfa teve contra si ajuizada uma ação civil pública com pedido de danos morais coletivos, ou que pagou uma quantia a título de indenização por danos morais coletivos em um termo de ajuste de conduta. Neste quadro, os demais concorrentes enfrentarão o seguinte dilema: não cumprir a legislação possivelmente acarretará sanções; por outro lado, cumprir, a partir daquele momento, os ditames da legislação, tende a não acarretar (ou reduzir) punições, porque a

adequação voluntária evitaria o flagrante estatal. A primeira hipótese (não ajustar-se espontaneamente) não é interessante do ponto de vista econômico, porque seria⁵⁷ menos dispendioso o cumprimento automático da legislação. A segunda hipótese provavelmente seria selecionada pelos empregadores, o que se mostra especialmente verdadeiro para aqueles empresários que têm aversão ao risco financeiro.

Haverá um erro grosseiro de estratégia se o Ministério Público do Trabalho não perceber qual é o ponto sensível dos infratores da legislação e qual a sua motivação para agir. O MPT tem seus objetivos, mas em regra atua em aspectos que não são sensíveis às empresas. Para os procuradores do trabalho, as punições podem ser de diversas espécies, mas não costumam ser econômicas: constrangimentos variados podem ser impostos (perda de tempo em audiências, contratação de advogados, pressão psicológica, publicidade negativa) desde que não contemplem perdas pecuniárias expressivas. Para os empregadores, estas reações estatais representam um dissabor, mas não são suficientemente aversivas, pois não impactam expressivamente nos seus custos. Neste jogo de estratégias, o infrator avança, ocupa posições e testa os limites da ação estatal. O desgaste dos transgressores diz respeito a aspectos periféricos aos propósitos empresariais, porém, quase nunca há punições no aspecto central do sistema capitalista (perda de dinheiro). Conforme Vitor Filgueiras (2012, p. 280), onde não impera a busca do lucro, a sensibilização emocional ou educativa do agente pode ser plausível, mas não no tipo de relação alvo da atuação do MPT.⁵⁸ Associar o cumprimento da lei ao decréscimo da margem de lucro é fundamental para a efetivação do Direito do Trabalho.

Ainda que restasse provado que os TACs são muito efetivos, ainda assim, a política pública do TAC convencional não seria eficiente para o conjunto da população patronal, porque este comportamento estimularia outros empregadores a esperar a convocação do Ministério Público para adequação da conduta, gerando um efeito pedagógico às

57 Isto dependerá ainda do valor que for cobrado do investigado. Se a indenização cobrada for inferior aos lucros obtidos pelo descumprimento da lei, a tendência ainda será de insistência na violação da legislação.

58 Por este motivo, a premissa da Carta de Brasília (CNMP, 2016b) está equivocada em relação à atuação do Ministério Público do Trabalho.

avessas. Um efeito *ex post* visado positivamente pelo ordenamento jurídico, atingindo o seu desiderato original – adequação da conduta –, não alcançaria a finalidade maior de estimular o cumprimento espontâneo da lei, verdadeira meta social do Ministério Público do Trabalho.

O MPT pode estar condicionando o comportamento dos infratores em um sentido contrário à efetividade das normas trabalhistas, ao firmar termos de ajuste de conduta sem perdas financeiras. Se não há sanção, os infratores podem estar interpretando que não há ilícito. Se o TAC não vier a contemplar uma indenização suficiente (punição), ainda que o investigado venha a cumpri-lo no futuro, uma desvantagem concorrencial surgirá para os empregadores diligentes. Por outro lado, se o *quantum* indenizatório na seara trabalhista não se mostrar apto a desestimular comportamentos lesivos, a finalidade que a norma procurava proteger se esvai na disputa pela obtenção dos maiores lucros econômicos possíveis (ANTUNES, 2009, p. 180). Desta forma, para o comportamento individual, o termo de ajuste de conduta pode ser relativamente eficaz, mas para o comportamento social, o efeito *ex ante* pode ser acentuadamente deletério.

A sobrevivência do Ministério Público do Trabalho, enquanto organização social depende, então, da manutenção dessa capacidade de reforçar ou punir o comportamento de terceiros, no caso, os infratores da legislação trabalhista, razão pela qual sugerimos algumas diretrizes para o incremento da efetividade da legislação trabalhista, no que tange à atuação deste órgão.

2.1 Sugestões para incremento da efetividade dos termos de ajuste de conduta

Como visto, violar a legislação trabalhista engendra vantagens econômicas para o empregador, mas esta consequência precisa ser sobreposta pela contingência jurídica consistente na imposição de penalidades quando a infração é cometida. Compreendemos que a assinatura do TAC, sem perdas financeiras, não tem condicionado positivamente o comportamento empresarial, a partir de um processo de aprendizagem. Em sentido contrário, sugerimos que a perda pecuniária – cujo valor não pode ser dado a *priori* – é um fundamental

reforçador condicionado. Veremos a seguir diretrizes que podem potencializar a eficácia da atuação do Ministério Público do Trabalho.

2.1.1 Toda violação à legislação laboral deve contemplar uma punição pecuniariamente superior ao montante economizado pela sua evasão: todo TAC deve contemplar uma indenização social

A expectativa dos empregadores de que o descumprimento da lei irá gerar sanções costuma ser mais eficaz do que a previsão de punições imoderadas, com poucas chances de serem impostas. Caso o Ministério Público do Trabalho pretenda incrementar o seu *enforcement*, deve criar uma cultura de responsabilização dos transgressores da lei. Conforme Vitor Filgueiras (2012, p. 280), qualquer forma de regulação estatal, mesmo aquelas estritamente coercitivas, engendra um aprendizado aos agentes que dela são objeto; o empresariado apreende e aprende as mensagens de acordo com sua natureza, contribuindo para formar seu campo de expectativas, e, por conseguinte, guiar suas ações.

Se o empregador percebe que descumprir a legislação não acarreta sanções, não terá qualquer estímulo para que adeque voluntariamente a sua conduta.⁵⁹ O infrator irá testar os limites do MPT até identificar a ocasião em que a punição será pecuniariamente superior aos ganhos decorrentes da evasão à lei. Se esse empregador faltoso, considerado por muitos como um teimoso ou um malvado – quando, na verdade, é apenas um ente que tem expectativas com base em comportamentos institucionais –, volta a reincidir no comportamento delituoso e nada lhe acontece, a instrução que lhe é transmitida é para que volte a descumprir a lei.

O custo de cumprir as regras trabalhistas pelo patrão deve ser inferior ao custo de ser responsabilizado pelo Ministério Público do Trabalho. A celebração de um TAC com perdas pecuniárias, além de sancionar pelas perdas havidas, tem aptidão de evitar a reincidência futura. Neste sentido, considerando a experiência progressa – vivida

59 Não estamos negando a possibilidade de freios morais (contingências punitivas outras que condicionassem o comportamento na mesma direção do Direito); no entanto, o próprio fato de haver sanções jurídicas para tal comportamento indica que, na opinião do legislador, tais freios morais não são suficientes, em face da lógica econômica preponderante.

ou observada – dos agentes, e que eles conhecem plenamente o atual modelo e as regras que regem este jogo com o MPT, tem-se que o risco financeiro para o investigado, pelos padrões atuais, é reduzido, pelo montante que ele ganha com a sonegação dos direitos fundamentais dos trabalhadores (SANTOS, 2003, p. 13) – ou seja, descumprir o TAC torna-se uma conduta bastante provável, em face da pouca probabilidade de o empregador incorrer em sanções.

O debate que está posto não gira em torno da distinção entre Ministério Público resolutivo ou demandista, muito menos do Ministério Público repressor ou orientador. A dicotomia real está entre responsabilização ou impunidade dos infratores da legislação trabalhista. São duas, portanto, as hipóteses para o Ministério Público do Trabalho: orientar os infratores sem impor perdas financeiras pelas ilegalidades cometidas, ou divulgar as normas com imposição concomitante de perda financeira (FILGUEIRAS, 2012, p. 222). A crise de efetividade ministerial tenderá a ser solucionada quando a celebração do TAC for concomitante à responsabilização do infrator, deixando de operar-se uma separação entre o instrumento extrajudicial e a punição.

Outro fator que impede a efetividade dos termos de ajuste de conduta são as condições fáticas onde estes se inserem. As obrigações de fazer contempladas nos termos de ajuste de conduta costumam incidir sobre relações jurídicas de trato sucessivo (relação de emprego), relações estas cujo monitoramento deve ser constante. Ocorre que, diante da renovação frequente destas obrigações jurídicas, haverá uma forte propensão à sua violação futura e conseqüente ocultação, pelo fato de que a regulação estatal não costuma ser suficientemente ágil para a fiscalização desta dinâmica entre patrão e empregados.

Se o MPT direciona sua energia tão somente para obrigações vindouras (tutela inibitória), pode estar implementando uma política destinada ao malogro, porque dependente de prova cabal de infrações futuras (as pregressas já estão provadas no inquérito), através de múltiplas e dificultosas fiscalizações. Seria mais racional se as atenções do Ministério Público fossem voltadas para as infrações já comprovadas nas investigações, permitindo a imposição de sanções pelos ilícitos já praticados. Controlar o cumprimento desses ajustes não é tarefa fácil,

diante da fragilidade da máquina estatal e da possibilidade de dissimulação de provas pelos compromissários, exigindo tempo e recursos das instituições de vigilância do trabalho. Neste aspecto, a imposição do pagamento da indenização do dano moral coletivo, enquanto dever jurídico único e instantâneo, permite estimular o infrator ao cumprimento futuro das obrigações de fazer inerentes à legislação trabalhista, pelo receio de não ser novamente penalizado. Com uma só punição aversiva, o infrator pode se sentir impelido a respeitar os dispositivos da lei a partir da assinatura do ajuste, ao invés do cancelamento da punição em troca de um monitoramento estatal imperfeito.

Como se vê, no caso da celebração do TAC, há a substituição da punição pela promessa de se ajustar. Se o empresário celebra o TAC, ele afasta a punição. Então, celebrar o TAC é um comportamento que é reforçado⁶⁰ pela retirada de uma punição decorrente da ação judicial a ser intentada pelo MPT. Em outras palavras, significa dizer que, sem flexibilização do TAC, dificilmente ele seria firmado, como, inclusive, argumenta Alexander Andrade (2014).⁶¹ Por sua vez, como o TAC não funciona efetivamente como punição ao descumprimento da legislação trabalhista – mas simples promessa de punição –,⁶² o nível de descumprimento permanece alto, ao mesmo tempo em que cresce o número de TACs, tornando ainda mais ineficaz o controle do cumprimento destes.

A imposição de punição no TAC reforçaria a conduta socialmente desejável: os infratores interpretam a assinatura do ajuste como algo negativo (a conduta reprovável gera sanção), o que tornaria menos frequente o comportamento ilícito, incrementando, assim, teoricamente, um alto índice de respeito às normas trabalhistas. Toda vez que o Estado sanciona o ilícito, está, direta ou indiretamente, interferindo no comportamento dos cidadãos (criando contingências jurídicas) e tornando o comportamento antecedente menos frequente. Em sentido contrário, quando o Estado não pune, pode estar

60 Negativamente, pela retirada de um mal.

61 Em perspectiva diversa da nossa, o autor defende a ampla flexibilização dos TACs. Mas, concordamos no sentido de que, nos moldes atuais, sem renúncia a direitos, os ajustes não seriam firmados.

62 Deparamo-nos, assim, com uma dupla promessa: uma de punir, por parte do MPT, e outra de ajustar-se, por parte do compromissário.

incentivando comportamentos vedados por lei. Não punir é, assim, uma sanção premial para o infrator trabalhista.

2.1.2 As punições aos infratores devem ser publicizadas

Num momento inicial – antes de qualquer investigação –, é interessante para o empregador inadimplir os direitos trabalhistas, economizando recursos financeiros. O papel do Estado é fundamental para reverter essa lógica, mas as irregularidades somente chegarão ao conhecimento do Ministério Público do Trabalho se houver denúncia dos ilícitos trabalhistas. Com ou sem punição imediata, os termos de ajuste de conduta terão mais efetividade se forem amplamente divulgados. Quanto mais pessoas tiverem conhecimento do conteúdo dos TACs, maior a eficácia de monitoramento destes.

Considerando que a chance de uma empresa ser inspecionada é diretamente proporcional à propensão dos trabalhadores denunciarem as irregularidades (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 97), a divulgação generalizada dos ajustes de conduta através dos sítios oficiais do MPT na internet⁶³ e/ou remessa dos TACs aos sindicatos profissionais (não apenas nos murais dos estabelecimentos empresariais) tende a torná-los mais eficazes.

Toda fiscalização ou investigação estatal incide apenas sobre uma parcela da população, ou seja, sobre um determinado universo de pessoas, razão pela qual é imprescindível que a amostragem objeto de intervenção do Ministério Público do Trabalho tenha efeito exemplar para os demais membros da sociedade. Neste sentido, publicar as punições buscadas pelo MPT constrange os potenciais infratores da legislação a se adequar. O perfil combativo da instituição deve ser reforçado na mídia, e não apenas a publicidade que demonstra a existência do órgão: a adesão dos infratores deve ser à legislação, e não apenas à liturgia e respeito formal aos procuradores (FILGUEIRAS, 2012). Desta forma, a divulgação do resultado de condenações em ações civis públicas ou indenizações contempladas

63 O Ato n. 3/2003 do CGMP, de 17 de dezembro de 2003, do Ministério Público de São Paulo já trata desta possibilidade (BRITTO PEREIRA, 2016, p. 192).

em TACs pode também extrair um efeito pedagógico (uma externalidade positiva) para outros empregadores.

2.1.3 As multas pelo eventual descumprimento do ajuste devem ser suficientemente aversivas: descumprir o TAC deve custar mais caro do que cumpri-lo

Mesmo após a celebração do TAC, o empresário pode voltar a deliberar sobre a conveniência de respeitar ou não as normas trabalhistas, porque descumprir a lei (repetida no ajuste) pode ser uma conduta reforçada positivamente pelo lucro extra. Para contrabalançar, deve o compromissário sentir o temor da punição, o que será conseguido se o custo de cumprir as regras trabalhistas for inferior ao custo de violação do compromisso. Uma multa de baixo valor representa uma contingência punitiva insuficiente que, combinada com a contingência reforçadora (lucro maior ou custo menor), causa a ocorrência do descumprimento.

Dado que o TAC é um “contrato” ou uma promessa de comportamento futuro, segundo a análise comportamental, em pleno acordo aqui com a análise econômica do Direito, o seu cumprimento só ocorrerá se for mais reforçador do que seu descumprimento, o que, por sua vez, depende, nas condições atuais, da probabilidade de o descumprimento acarretar uma punição efetiva e suficiente, levando em conta, sempre, o reforço positivo decorrente do barateamento dos custos que o desrespeito à legislação trabalhista engendra. Neste sentido, as multas devem ser escalonadas de acordo com o porte do infrator, da repercussão da lesão, e do potencial de lucros decorrente da evasão à lei.

Se o empregador, ao deixar de registrar um trabalhador, economiza 102% sobre o salário efetivamente pago (PASTORE, 1996 apud PORTELA; FIRPO et al., 2012, p. 6), qualquer multa⁶⁴ relativa à obrigação de registro de empregados, prevista em um TAC, que seja inferior a este percentual sobre o salário do empregado, tende a ser ineficaz – ou seja, a violação será reforçada pelo lucro excedente mesmo quando já descontado o valor da sanção.

Em sendo a empresa governada pelas contingências de reforço e punição que vigem em seu contexto, haverá sempre uma oposição

64 Mensal e *per capita*.

intrínseca entre respeitar a lei trabalhista ou o TAC – que lhe é aversivo por diminuir o lucro – e não os respeitar, aumentando sua margem de lucro. O TAC, como uma modalidade de contrato, deve servir como uma nova contingência de reforço para o cumprimento da legislação trabalhista – que costuma ser repetida no ajuste – por meio das multas cominadas em caso de descumprimento de suas cláusulas. A quebra do compromisso pode ser a conduta mais provável se as multas cobradas forem inferiores aos benefícios econômicos inerentes à sua violação.

O sucesso dos TACs depende, assim, fundamentalmente, da previsão de multas em valores significativamente superiores aos ganhos obtidos pelo compromissário na hipótese do seu descumprimento. Segundo José Roberto Freire Pimenta (2000, p. 38), é esperado que os empregadores que já demonstraram predisposição ao descumprimento da lei contabilizem detalhadamente seus custos e benefícios, fazendo projeções futuras, determinando qual o valor máximo a ser despendido com o cumprimento total do ajuste, em relação aos montantes gastos pelas multas decorrentes da sua violação. Se o valor da punição é inferior ao custo necessário para cumprir as obrigações do TAC, esta conduta de desrespeito ao ajuste – que é objeto de anterior consideração pela empresa que firmou o ajuste – será tendencialmente previsível, uma vez que este comportamento anticontratual gera redução de gastos financeiros.

2.1.4 Os TACs não podem estabelecer prazos para o cumprimento de obrigações que são repetições da lei

É proibitiva a fixação de prazos para cumprimento de obrigações legais porque este expediente importa em transação de direitos trabalhistas transindividuais.⁶⁵ A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange também os direitos fundamentais do art. 7º da Constituição, mostrando-se incoerente a utilização de instrumentos que suspendam a eficácia de direitos humanos trabalhistas, tais como redução dos riscos inerentes ao trabalho, duração da jornada, ou a contratação de pessoas com deficiência. Quando isto ocorre, a incidência dos direitos fundamentais não se efetiva por chancela minis-

⁶⁵ No MPT, as obrigações do ajuste repetem a legislação: flexibilizar tempo, lugar e modo, na seara trabalhista, implica, quase sempre, renúncia de direitos fundamentais.

terial, concedendo prazo ao investigado para adequação, afastando a regra do parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição.

O Ministério Público, diante de lesões comprovadas a interesses transindividuais, ao renunciar indenizações e suspender a eficácia de direitos fundamentais dos trabalhadores, pode estar contribuindo para deslegitimar o Direito do Trabalho.

Na perspectiva da análise comportamental do Direito, por sua vez, fixar prazos de vigência para o cumprimento de deveres legais e contratuais significa o deferimento de uma vantagem ao compromissário que não é concedida aos empregadores diligentes. Uma nova oportunidade de cumprir a regra, diante do flagrante do ilícito, caracteriza-se como uma utilidade para o infrator, de acordo com a Microeconomia, porque ficar postergando o cumprimento das obrigações é uma vantagem concorrencial. O estabelecimento de prazos no termo de ajuste de conduta incita nos demais empregadores o desejo de serem investigados pelo Ministério Público do Trabalho, como forma de obtenção de uma prorrogação temporal do cumprimento de seus deveres legais, esquivando-se, por exemplo, de multas administrativas aplicadas pelo Ministério do Trabalho ou reclamações trabalhistas na Justiça do Trabalho, gerando um efeito exógeno deletério.

Da mesma forma que a chance de perdas gera aversão, a chance de ganhos caracteriza-se como um reforço comportamental. A concessão de prazos representa uma chance para o investigado, uma vantagem concorrencial instrumentalizada nos termos de ajuste de conduta. Se o ilícito não tem como contingência a punição, mas um prêmio consistente em nova oportunidade de adequação, o compromissário, teoricamente, se sentirá estimulado a reincidir pela expectativa de que um novo ilícito ocasionará uma nova chance. O efeito é mais prejudicial quando o mesmo empregador percebe que esta lógica é válida para outras irregularidades trabalhistas (ainda não comprovadas na investigação), não contempladas no TAC original,⁶⁶ acarretando um efeito endógeno deletério.

66 Neste sentido, um TAC que conceda um prazo para a formalização do registro de empregados pode estimular o compromissário a não recolher o passivo do FGTS dos seus empregados, uma vez que a probabilidade maior é a de que, se isto for constatado, o Ministério Público do Trabalho assinará um novo compromisso para ajustar sua conduta.

A concessão de prazos nos termos de ajuste de conduta incentivada, assim, o compromissário a insistir no desrespeito à lei diante de outros atributos da legislação, bem como estimula outros empregadores a aguardarem a convocação ministerial para terem a mesma oportunidade de assinar um acordo fixando prazos para vigência inicial dos deveres trabalhistas.

2.1.5 Termos de ajuste de conduta com indenizações relevantes somente serão assinados se ações civis públicas forem uma estratégia comumente utilizada pelo Ministério Público do Trabalho

Conforme Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 140-105 apud SOARES, 2011, p. 348), o poder de pressão do Ministério Público advém da ameaça potencial de submissão da disputa aos procedimentos judiciais. Isto é, quanto menos ações civis públicas forem ajuizadas, menores chances de TACs serem firmados, pois o infrator não será impulsionado a celebrar um termo de ajuste se não tiver a expectativa de ser acionado pelo *Parquet*.

Só há potencial de assinatura de termos de ajuste de conduta se houver um quantitativo suficiente de ações civis públicas ajuizadas, com chances de condenação do infrator. Quanto mais frequentes e maiores as condenações indenizatórias na Justiça do Trabalho, por sua vez, maiores as chances de previsão de indenizações sociais nos termos de ajustes de conduta.

A assinatura do TAC pelo infrator está sendo reforçada negativamente pela não submissão ao processo judicial, que vem a ser um estímulo aversivo (risco de perdas pecuniárias). Então, assinar o TAC é a consequência tendencial por tornar menos provável o evento aversivo que é ser processado judicialmente, o que explica o número crescente de termos de ajuste de conduta firmados nos últimos anos.

Atualmente, as chances de o infrator ser acionado judicialmente pelo MPT são baixas, quando comparadas com a quantidade de termos de ajuste de conduta firmados, de procedimentos instaurados e de procuradores do trabalho: a política de ajuizamento de ações é, ainda hoje, marginalizada. Diante do baixo índice de judicialização dos conflitos pelo MPT, a expectativa empresarial

de ausência de punições é incrementada, e o ato de não colaborar com o Ministério Público do Trabalho generaliza-se, explicando a recusa crescente em assinar ajustes.

Para Karen Artur (2016), esta recusa dos infratores em aderir aos compromissos seria um resultado do aumento dos valores propostos por danos morais coletivos, dentro de uma estratégia de postergar o cumprimento de obrigações. Discordamos da autora, neste ponto, pois, pelos dados coletados, a litigiosidade judicial do Ministério Público do Trabalho nunca foi priorizada,⁶⁷ fenômeno que é observado por muitos empregadores pouco colaborativos. Com a certeza de que a recusa em assinar o compromisso não acarretará o ajuizamento da ação, o postergamento do cumprimento das obrigações fica garantido. Mais vantajoso do que assinar um TAC ainda é a recusa em assiná-lo, com alta probabilidade de não ajuizamento de ACP. Neste caso, o empregador faltoso não tem que desembolsar numerário em ação civil pública, nem tem que pagar qualquer multa contratual adicional por um futuro descumprimento do ajuste. Ao convencer o procurador de que adequou sua conduta tempestivamente, poderá ter êxito no arquivamento da investigação.

No que diz respeito à palavra empenhada pelo Ministério Público e ao seu grau de confiança, se o procurador do trabalho oferece o termo de ajuste de conduta como elemento de negociação, em substituição a uma ação civil pública, mas não ingressa automaticamente com a ação coletiva diante da recusa empresarial, as promessas de punição podem ser interpretadas como vazias pelo investigado, estimulando a violação generalizada dos deveres legais. Neste sentido, havendo recusa do investigado em assinar o ajuste, o Ministério Público do Trabalho deve ingressar, automaticamente, com a ação civil pública.

2.1.6 Os termos de ajuste de conduta devem ser fiscalizados com profundidade e frequência razoáveis

Se não houver uma razoável probabilidade de que o descumprimento do TAC possa ser flagrado pelo MPT, o reforço negativo da conduta do empregador não será contrabalançado pela ameaça

⁶⁷ Vide CNMP, 2013, 2014, 2015, 2016a.

de punição. Como advertem Cardoso e Lage (2007, p. 96), no pólo da informalidade, que envolve empresas de qualquer porte que não têm registro empresarial nem formalizam a relação de trabalho, as chances de que sejam fiscalizadas são muito remotas; um empresário que desrespeite a lei terá tanto mais chances de ser apanhado quanto maior for sua empresa.⁶⁸ Tomando-se o baixo número de fiscais, próximo a 2500 atualmente, para inspecionar quase três milhões de empresas, aplicando, eventualmente, multas com valores irrisórios, verifica-se que há fortes incentivos para o desrespeito à lei e ao TAC.

Se não há expectativa do compromissário de que os órgãos estatais irão fiscalizar o ajuste firmado – e de que eventuais fiscalizações não serão superficiais e formais –, dificilmente os infratores se sentirão impelidos a ajustar a sua conduta. Se o empregador perceber, por exemplo, que as chances de arquivamento do inquérito são altas, diante da simples assinatura do compromisso, a inefetividade do TAC será potencial.

As atividades do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho são complementares. Dito isto, a rede de proteção social dos trabalhadores será fortalecida com uma maior aproximação entre essas instituições (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 59). Com efeito, mais e melhores ações fiscais incrementam as chances de o empregador faltoso adequar-se à legislação e, por consequência, ao termo de ajuste de conduta.

2.1.7 Todo TAC violado deve ter suas multas cobradas

A esperança de adequação da conduta do investigado inspira o Ministério Público do Trabalho, o que justifica o afastamento de punições imediatas na celebração dos termos de ajuste de conduta. Além disto, esta firme esperança de que o ilícito será inibido também justifica a prática do TAC aditivo, que vem a ser a renovação do compromisso diante de uma nova falta do empregador. No mesmo sentido, a expectativa de futura correção das irregularidades também dá causa à falta de cobrança das multas decorrentes violação do ajuste, porque são comportamentos que se ajustam à máxima de que “o ajuste da conduta é algo mais positivo que a mera cobrança da multa”.

⁶⁸ Como vimos anteriormente, Vitor Filgueiras (2012), com base em banco de dados empíricos mais amplo, chega a conclusão diversa, no sentido de que o foco da Inspeção do Trabalho são as pequenas e médias empresas, com até 30 empregados.

Quando há o flagrante de descumprimento do TAC, a absolvição das multas decorrentes afasta um mal para o compromissário, que é a punição, funcionando como um reforço negativo ao descumprimento generalizado da legislação, que se soma ao lucro adicional (barateamento dos custos do empreendimento pela violação à lei trabalhista), verdadeiro reforço positivo da conduta empresarial.

Ocorre que os silogismos apresentados pelo MPT, para justificar a prática do TAC convencional e a anistia das multas devidas, não são sustentáveis de um ponto de vista comportamental. A anistia quanto às multas estimula o comportamento infrator de violação do ajuste e desacredita o discurso do Ministério Público do Trabalho. Quando os investigados assinam termos de ajustes com o MPT, crêem que o desrespeito ao compromisso ocasiona a cobrança de multas. No entanto, se os compromissários percebem que a promessa do *Parquet* não é verossímil, não haverá estímulos para a promoção efetiva do ajuste de conduta. Caso difundida a expectativa de que as multas pelo descumprimento do ajuste serão perdoadas, os demais compromissários também serão impelidos a desrespeitarem o ajuste. Diferentemente do que se pode imaginar, o indulto quanto às multas não inspira nos infratores um sentimento de empatia em favor do Ministério Público. Ao contrário, o órgão é visto como uma instituição frágil, cuja palavra não pode ser empenhada.

Esta atitude de cobrança intransigente das multas devidas – de forma proporcional ao desrespeito ao ajuste de conduta – insere-se na busca pela criação desta cultura de responsabilização em que temos insistido. Somente após a mudança das expectativas dos infratores (dada a infração impõe-se a sanção), é que os ajustes poderão ter um efeito expansivo de efetividade da legislação.

Não há, em contrapartida, instrumentos internos no MPT que obriguem o procurador a efetuar a cobrança das multas dos TACs. Ao contrário, há instrumentos que autorizam a não cobrança, como as orientações da CCR e do CSMPT.⁶⁹ Os infratores, cientes destas súmulas institucionais, pleiteam a sua aplicação nas investigações a todo tempo, como vivenciamos em nosso cotidiano profissional. Tais

⁶⁹ Vimos acima as orientações de n. 8 da CCR e de n. 20 do CSMPT.

orientações enfraquecem a atuação institucional como um todo. A regra deveria ser a cobrança de multas, ao passo que as exceções, caso justificadas, não precisariam de norma explícita para efetivação.

2.1.8 Envolver mais atores sociais aumenta a efetividade do ajuste

Há um consenso de que o diálogo social estimula o cumprimento da lei, configurando como um compartilhamento de responsabilidades (WERNECK VIANNA; BURGOS 2002, p. 443-444 apud SOARES, 2011, p. 347). Ocorre que este diálogo deveria ser ampliado para abranger não apenas os infratores mas também outros agentes da sociedade, como os sindicatos profissionais, órgãos públicos de fiscalização ou assistência aos trabalhadores, organismos internacionais, entre outros.

Atualmente, os valores das indenizações ou multas não revertem para os próprios trabalhadores prejudicados⁷⁰ ou suas associações de classe, o que explicaria a frágil pressão que estes exercem sobre o Ministério Público do Trabalho. O aumento de medidas que beneficiassem diretamente os empregados prejudicados tenderia a incrementar a pressão dos órgãos profissionais em face dos membros do Ministério Público do Trabalho, o que seria positivo para a eficácia do ordenamento jurídico.

Este controle por parte da sociedade é fundamental. Se esse controle social não fosse um fator relevante, o MPT atuaria muito mais de ofício, independentemente de provocação de terceiros. Hoje em dia, porém, as notícias de fato (denúncias) apresentadas por trabalhadores sindicatos ou órgãos de fiscalização ainda pautam a atuação do Ministério Público do Trabalho, o que evidencia a força desta provocação externa.

A troca social entre Ministério Público do Trabalho e os infratores caracteriza-se como uma troca social produtiva, que beneficia um terceiro (AGUIAR, 2006, p. 156). A destinação das multas por descumprimento do TAC aos trabalhadores que integram o quadro funcional das empresas investigadas, vinculando estes beneficiários e a interação, estimularia a efetividade dos ajustes e o seu aprimoramento.

70 As ações civis públicas e TACs com indenizações prévias destinam valores a fundos institucionais, entes públicos ou entidades filantrópicas.

O instituto da intervenção através do *amicus curiae*, presente nos processos constitucionais de competência do Supremo Tribunal Federal, poderia ser trazido para os procedimentos de investigação ministerial, autorizando que, diante da iminência do eventual arquivamento do inquérito ou absolvição das multas, os sindicatos profissionais, as comissões internas de prevenção de acidentes de trabalho das empresas (CIPAs), a Inspeção do Trabalho, ou mesmo entidades filantrópicas (eventualmente beneficiadas com multas), fossem previamente consultados. Este mecanismo permitiria maior democratização e transparência nas decisões do Ministério Público do Trabalho, legitimando, por consequência, sua atuação. Iniciativas neste sentido evidenciariam uma real intenção de promover um diálogo com a sociedade.

Para Geisa Rodrigues (2011, p. 21), estas medidas de democratização podem ser implementadas através da coleta de opinião, debate público, audiência pública, provocação do inquérito civil por cidadãos, ou atuação do Ministério Público em colegiados públicos. A deliberação de celebrar o ajuste, bem como a definição de seu conteúdo, devem ser decisões as mais democráticas possíveis, publicizando-se, inclusive, a minuta do ajuste, especialmente para lesões a direitos individuais homogêneos, e convocando-se o denunciante e entidades sociais para que sejam testemunhas do compromisso no momento de sua assinatura (RODRIGUES, 2011, p. 119 e 121).

A rede de comunicação social também deve ser utilizada da forma mais ampla possível; os órgãos públicos de proteção dos direitos transindividuais devem divulgar seus atos, para que possam ser controlados, como inclusive já sinaliza o CNMP (2016b) através da Carta de Brasília. Segundo José Luiz de Oliveira Soares (2011, p. 351), a troca de informações com membros da comunidade científica deve, da mesma forma, ser favorecida para subsidiar as investigações do Ministério Público. A atuação em parceria com outros órgãos do Ministério Público (MPF e Ministérios Públicos estaduais) estimularia uma oxigenação interna, permitindo uma mudança na visão institucional.

Como se vê, todos os mecanismos acima são impulsionadores de uma maior efetivação dos termos de ajuste de conduta e da legislação trabalhista em geral.

2.1.9 A responsabilização dos infratores deve ser estimulada internamente pelo Ministério Público do Trabalho

Deixamos claro, até aqui, de acordo com a análise comportamental do Direito, que só haverá adequação futura se houver punição. Sem a mudança no padrão de atuação do Ministério Público do Trabalho, a efetividade das normas trabalhistas dificilmente será alcançada. No entanto, sugerir uma mudança de rumo institucional não é tarefa fácil, ademais quando os agentes públicos adotam modelos de conduta sedimentados há décadas (LOPES, 2010, p. 18; BRITTO PEREIRA, 2016, p. 66-67).

A independência funcional é, de fato, importante mecanismo que assegura isenção de consciência do procurador e que serve de justificativa jurídica para a adoção de quaisquer providências na sua atividade fim. No entanto, pelas nossas pesquisas, estas providências têm consistido em não impor punições, o que não impede que, eventualmente, a lei seja efetivada, embora com um índice muito baixo de adesão.

É fundamental descobrirmos que contingências são responsáveis pela modelagem e manutenção do comportamento dos agentes do Ministério Público do Trabalho, encarregados da imposição das normas trabalhistas. Cabe-nos, assim, investigar, ainda que brevemente, que estímulos estariam por trás da conduta dos procuradores do trabalho.

Fato é que, com a assinatura do TAC, o Ministério Público do Trabalho não investiga mais, o que representa uma vantagem imediata para os procuradores. Há redução de atos administrativos como despachos, notificações e audiências. Afasta-se, ainda, a laboriosa e áspera ação civil pública, que demanda tempo e esforço intelectual para ser minutada. Paralelamente, cria-se a possibilidade de o inquérito ser arquivado, com ou sem fiscalização do ajuste.

Neste sentido, verifica-se que o discurso que afirma a efetividade dos termos de ajuste de conduta mostra-se útil para o MPT, como forma de justificar decisões que dão causa à suspensão ou encerramento das investigações.

Em comparação com uma ação civil pública, cuja duração temporal não é controlada pelo procurador, o TAC oferece uma grande

vantagem.⁷¹ Esta incerteza procedimental e de resultados inerente à ação civil pública – fator decisivo para a opção pelos acordos extrajudiciais – pode ser um dos principais fatores explicativos da conduta ministerial. Uma autoridade pública (com ou sem aversão ao risco do resultado judicial) que tem a opção de tentar resolver, internamente, um conflito,⁷² usando para tanto de suas atribuições funcionais, possivelmente escolherá este caminho ao invés de ingressar em um litígio cuja conclusão depende, primordialmente, de outro órgão, do comportamento do réu, e de outros aspectos.

Se os membros do MPT preferem um procedimento inteiramente controlado, como forma de não se exporem aos meios e resultados de uma ação judicial, a tendência é de fuga dos mecanismos processuais.

Ao analisar a atuação do Ministério Público Federal, José Luiz de Oliveira Soares (2011, p. 351) observou que os procuradores tratam o uso do TAC como uma relação estratégica entre conveniência e oportunidade, buscando ajustar a conduta dos infratores (a oportunidade é a viabilidade legal de resolver o problema), evitando os custos de uma ação civil pública (a conveniência consiste em evitar um litígio que pode se estender por anos). Se considerada conveniente a proposta dos investigados, os acordos serão firmados pelos procuradores mesmo à revelia da viabilidade legal (oportunidade). Assim, transferindo este raciocínio para nosso objeto de estudo, sob a ótica dos membros do MPT, as contingências que governam a conduta de celebrar o TAC seriam as seguintes:

SE [arquivamento sistemático]; ENTÃO [reprovação pelos pares];

SE [TAC]; ENTÃO [incremento da chance de arquivamento] e [admiração pelos pares];⁷³

71 A ação civil pública, com resultado bom ou ruim para a coletividade, exige redação de petição inicial, audiência (s), réplica, eventual produção de provas periciais e inspeções, e/ou recursos. Quem controla estes prazos processuais não é o procurador, tal como se dá com o TAC, mas o Poder Judiciário. Discordamos, assim, frontalmente, de Rodrigues (2011, p. 116), para quem a ação civil pública é o caminho mais fácil. O tempo e o modo do processo de negociação do ajuste são inteiramente controlados pelo Ministério Público, ao passo que a ação civil é totalmente controlada pelo Poder Judiciário, com seus ritos e prazos próprios. Procurador entrevistado por Vitor Filgueiras (2012, p. 418-419), por exemplo, afirma que “dá muito trabalho fazer ação civil pública”.

72 Definindo dia e hora das audiências, das inspeções ministeriais, do tempo necessário para que provas sejam produzidas.

73 Como vimos pela coletânea de artigos consultados.

SE [sanções imediatas previstas no TAC]; ENTÃO [pouca probabilidade de o TAC ser assinado pelo infrator];

SE [insucesso na celebração do TAC]; ENTÃO [ação civil pública] ou [prorrogação da investigação];

SE [ação civil pública]; ENTÃO [maior carga de trabalho e descontrole quanto ao resultado e tempo de duração].

De acordo com a primeira contingência apresentada, observa-se que o custo moral⁷⁴ para um procurador arquivar muitas investigações (arquivamento sistemático) é alto: somente autoriza-se o arquivamento do inquérito quando há convicção de que o problema foi corrigido. O arquivamento ordinário enseja controle revisional pela Câmara de Coordenação e Revisão e, eventualmente,⁷⁵ por outro procurador, que irá aferir a prudência na atuação do seu colega de trabalho que deu causa ao arquivamento. Assim, a despeito de a opção pelo arquivamento sistemático reduzir bastante o gasto de energia, traz consigo o risco de constrangimento, o que permite explicar porque esta atitude não se expande (apesar da sua utilidade), diante de infrações comprovadas a direitos transindividuais. O TAC, por sua vez, não é objeto de revisão por nenhum outro procurador, sendo desnecessária a sua homologação por órgão de hierarquia superior.

Verifica-se, de acordo com a segunda contingência comportamental, que, se o TAC é assinado, a chance de arquivamento do inquérito pela correção das irregularidades aumenta exponencialmente, acrescida do fato de tratar-se de uma dinâmica elogiada pela instituição.

No entanto, se o TAC contemplar punições financeiras imediatas, isto tornará menos provável a chance de o infrator firmá-lo, tornando mais previsível a oferta do TAC na moldura convencional (sem indenização social).

Por um lado, o termo de ajuste de conduta pode fazer com que o caminho que leva à extinção da investigação seja encurtado, pela

74 Entendemos aqui por custo moral o constrangimento decorrente do fato de o procurador ter que se justificar perante seus pares, sindicatos ou trabalhadores denunciantes, pelo arquivamento dos inquéritos diante de denúncias trabalhistas.

75 Caso o arquivamento não seja homologado pelo órgão superior.

possibilidade de regularização, sem necessidade de acesso à Justiça.⁷⁶ Por outro lado, se nenhum TAC é celebrado, a necessidade de ajuizamento de ação civil pública mostra-se como provável desfecho, considerado aversivo pelo MPT pela suposta incerteza no resultado da ação e por maior demanda de energia para um efetivo monitoramento da lide. Outra possibilidade, diante da recusa na assinatura do TAC, é a prorrogação do inquérito, o que acaba por gerar mais despachos, mais audiências e mais notificações.

Dada a infração, o Ministério Público do Trabalho apresenta duas contingências normativas possíveis e concorrentes: o termo de ajuste de conduta ou a ação civil pública, cada qual com seus reforçadores particulares. Diante dessas opções apresentadas, a escolha racional do investigado selecionará a alternativa que contém menor punição (porque possuem taxas de reforço diferenciadas), comportamento este que tende a se tornar estável e generalizado para a maior parte dos empregadores faltosos.

O padrão comportamental esperado, quanto ao MPT, vem a ser a celebração de TAC sem sanções imediatas, porque, de um lado, evitaria a censura moral que adviria do simples arquivamento, bem como evitaria uma maior carga de trabalho e/ou falta de controle quanto ao acompanhamento de uma ação processual. A diminuição do gasto de energia é reforçada pela possibilidade de encurtamento da distância até o final do procedimento investigatório, o que pode representar uma vantagem para os agentes públicos. O padrão de priorização do TAC, como fruto da cultura institucional, pode ser justificado como um mecanismo de aumento da produtividade dos membros do MPT, facilitando o cumprimento de prazos dos inquéritos, por implicar em economia de tempo, dando aos procuradores a sensação de solucionar mais conflitos em menor intervalo temporal, bem como por transformar parte do seu tempo de trabalho em tempo ocioso (POSNER, 2009, p. 134-135).⁷⁷

76 Procedimento largamente utilizado e autorizado pelos órgãos de cúpula, conforme Enunciado n. 12 do CSMPT.

77 Ócio aqui enxergado não apenas como uma aversão ao trabalho muito árduo mas também como uma aversão a qualquer tipo de “briga” (POSNER, 2009, p. 132). O ócio poderia ser enquadrado como um viés na conduta dos procuradores (AGUIAR, 2006, p. 140).

Desse modo, estas são as contingências que governam os membros do Ministério Público do Trabalho. Para reverter este quadro, a judicialização dos conflitos deve ser o primeiro passo para a responsabilização dos infratores e, para tanto, a instituição poderia estimular o ajuizamento das ações civis públicas, por exemplo, atribuindo pontuação diferenciada (maior) na distribuição dos feitos para aqueles que tivessem mais procedimentos judiciais em seus escritórios, ao tempo em que os procedimentos envolvendo a celebração dos termos de ajuste de conduta poderiam ser submetidos a um número mínimo de fiscalizações (por exemplo, três aferições de controle) após a sua formalização, antes de permitir o arquivamento da investigação. O litígio judicial seria compensado com uma menor carga de trabalho futura, ao passo que a celebração do TAC engendraria uma maior quantidade de atos procedimentais por parte do procurador oficiante.

Além disso, um rol de temas – debatidos coletivamente e considerados graves pelo Ministério Público do Trabalho – poderia ensejar a formalização de ajustes com indenizações sociais obrigatórias, sob pena de necessidade de homologação por instâncias revisoras. O que atualmente é feito através de orientações das coordenadorias temáticas, sugerindo a reparação coletiva em casos de trabalho infantil e trabalho análogo ao de escravo, poderia ser feito através de precedentes normativos emanados do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho com caráter vinculante.

Hoje em dia, eventual absolvição quanto às multas ou falta de cobrança de indenizações sociais nos ajustes é uma decisão discricionária do procurador, mas poderia ser um comportamento desautorizado ou, pelo menos, submetido a alguma espécie de controle institucional. No nosso sentir, a criação de dispositivos de revisão nos casos de arquivamento, anistia de multas, concessão de prazos e absolvição de indenizações sociais (incentivos *pro societatis*) tenderia a fortalecer os termos de ajuste de conduta e, por consequência, a instituição, sem mitigar o princípio da independência funcional.⁷⁸

O MPT está sujeito a pressões políticas de advogados, empresários e juízes, no sentido de flexibilizar o cumprimento de normas e cobrança

78 O procurador discordante não poderia ser coagido a adotar quaisquer destes expedientes.

de multas, como forma de diminuir a demanda laborativa – ou o prejuízo – destes agentes.⁷⁹ Pressões de sindicatos profissionais e de trabalhadores individuais, exigindo uma atuação menos conciliatória, também existem, mas são menos frequentes. Consoante Vitor Filgueiras (2012, p. 99, 116), desde a formação das instituições de vigilância do trabalho, há pressões de trabalhadores e empresários, mas enquanto a pressão política dos sindicatos é baixa, a das empresas é alta. Como se verifica, quem fica encarregado de impôr as contingências sociais normativas (os procuradores do trabalho) não coincide com o ente diretamente interessado na obtenção da meta social (a sociedade), o que gera a necessidade de este atuar sobre aquele (AGUIAR, 2006, p. 103). Esse controle social não precisa ser necessariamente causador de penalidades disciplinares em face dos membros do Ministério Público do Trabalho. A simples manifestação de insatisfação social diante de determinadas decisões ministeriais pode incentivar uma adequação de rota e um incremento da efetividade das normas trabalhistas.

Concluindo este capítulo, deve-se dizer que a opção pelo TAC pode ser creditada a uma busca do MPT por uma atuação adequada à sua cultura institucional, que gera menos conflito e gasto de energia. Eventual cobrança social por medidas mais duras pode ser retrucada com o argumento da ineficácia da judicialização dos conflitos, diante de um Poder Judiciário moroso e conservador, levando os interlocutores sociais a crerem na fatalidade da conduta conciliatória.

O que as pesquisas na área da sociologia do Ministério Público têm mostrado é a existência de um comportamento de seguir regras generalizado na atuação do MPT de não impor sanções aos infratores. A heterogeneidade na atuação dos procuradores, sugerida por Rodrigo Carelli (2011), está presente em quesitos formais,⁸⁰ mas a

79 Posner (2009, p. 139) elenca vários destes fatores para a magistratura, tais como desprezo pessoal por um advogado ou litigante, gratidão para com aqueles que o nomearam, desejo de ser promovido, irritação com algum juiz ou subordinado, ou até um desejo de prejudicá-lo, propósito de vender seus votos ou suas sentenças, indisposição para discordar daqueles por quem guarda respeito ou estima, temor quanto à própria segurança, relutância em ofender a esposa ou os amigos íntimos e solidariedade de raça ou classe. Muitos destes fatores, como se vê, são perfeitamente aplicáveis aos procuradores do trabalho.

80 Maior ou menor disposição de sair dos gabinetes e realizar inspeções, intensidade na realização de audiências administrativas ou audiências públicas, interlocução com entidades filantrópicas regionais, contato com a mídia.

uniformidade de atuação se apresenta no aspecto material, consistente na falta de exigência de punições aos investigados. Este padrão não tende a ser alterado ou questionado, mesmo diante da ausência das contingências que supostamente lhe deram causa (conservadorismo e morosidade da Justiça do Trabalho).

A utilização massiva de termos de ajuste de conduta parece não estar revertendo os índices de precarização do trabalho (acidentes de trabalho fatais, formalização do emprego, recolhimento do FGTS), sendo desconhecidos estudos acadêmicos, gerais ou específicos, que demonstrem concretamente esta correlação. Os indicadores, ao contrário, demonstram que tais números ou se mantêm estáveis, ou aumentam. Segundo Evangeline Cardoso (2014, p. 144), em 2011, por exemplo, o Brasil registrou mais de 730 mil acidentes de trabalho e mais de 2.800 mortes por acidentes fatais, tudo a evidenciar uma potencial falha nas políticas públicas adotadas. O MPT pode, porém, assumir o compromisso de testar empiricamente suas teorias, e descartá-las se forem invalidadas por dados objetivos (POSNER, 2009, p. 19). Feitas estas reflexões, iremos expor os dados empíricos por nós coletados.

Capítulo 3 – Inefetividade dos termos de ajuste de conduta

3.1 Priorização do termo de ajuste de conduta pelo Ministério Público do Trabalho e evidências do seu descumprimento em pesquisas empíricas progressas

Com a finalidade de enfrentar as violações às normas trabalhistas, o Ministério Público do Trabalho empregou uma forma de atuação extremamente homogênea em suas atividades, privilegiando os termos de ajuste de conduta, em detrimento da judicialização dos conflitos. A primazia dos acordos extrajudiciais é demonstrada através dos dados históricos da instituição entre outros indicadores.

O registro de ajuizamento de ações civis públicas anteriores ao ano de 1993 é praticamente inexistente no âmbito do MPT. Segundo Cassio Casagrande (2006, p. 10), o *Parquet* começou a ajuizar ações civis públicas na Justiça do Trabalho com o advento da Lei Complementar n. 75/1993, mas somente a partir do ano de 1999 existem parâmetros acerca do índice de ajuizamento de ações coletivas. Neste ano, foram ajuizadas 690 ações civis públicas em todo o Brasil (BASSO, 2002, p. 12), índice que pode ser considerado baixo não apenas em comparação com a quantidade de procedimentos existentes naquele ano (8.407 investigações), mas também em relação ao quantitativo de 470 procuradores do trabalho em atividade.

Em 2001, a situação praticamente não se alterou, como fez referência o Procurador-Geral do Trabalho à época (BASSO, 2002), tendo sido ajuizadas 629 ações civis públicas e 28 ações civis coletivas ao todo. Neste ano, entretanto, a quantidade de termos de ajuste de conduta já superava em oito vezes a quantidade de ações civis públicas ajuizadas.

Araújo, Casagrande e Britto Pereira (2006, p. 8) ressaltam a baixíssima utilização na Justiça do Trabalho dos instrumentos processuais criados para enfrentar a coletivização dos conflitos. Referidos autores, corroborando a tese da débil judicialização levada a cabo pelo MPT, explicitam que, no período de 2000 a 2006, apenas 158 ações civis públicas

foram desembocar no Tribunal Superior do Trabalho, tratando-se de mais um dado que evidencia o baixo índice de litigância judicial.

O comportamento hegemônico do MPT, no sentido de priorizar o TAC e deixar a ACP de lado, foi identificado por Vitor Filgueiras (2012, p. 109). O autor traçou um panorama comparativo, relativo ao período que vai de 1997 a 2003:

Tabela 8.25 - Brasil: MPT - Número de ACPs e TACs ano a ano

	1997	1999	2000	2001	2002	2003
ACP	418	690	864	629		628
TAC	1080	2392	3612	4980		5823

Fonte: Site da PGT e revista da ANPT.

Atualizamos os indicadores da pesquisa do referido autor, conforme tabela seguinte, através de consulta ao documento “MP, um retrato”, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. A análise de dados do referido documento, de 2011 a 2015, mostrou-se razoavelmente confiável em relação ao quantitativo de termos de ajustamento de conduta firmados no período, razão pela qual esta referência foi utilizada.

No entanto, em relação ao quantitativo de ações civis públicas ajuizadas, a publicação mostrou-se com estatísticas notoriamente superdimensionadas. Por exemplo, registrou, de forma indiscriminada, não apenas ações civis públicas mas também ações de outras espécies, impedindo a adoção de um critério seguro. Outra falha deste indicador decorreu da contabilização como ação civil pública não apenas dos procedimentos criados em decorrência do ajuizamento da ação mas também de todas as movimentações posteriores (cada ato processual era considerado uma nova ação).⁸¹ Por consequência, o número de 10.356 ações civis públicas ajuizadas no ano de 2014 (CNMP, 2015)⁸² – o que representaria um aumento de vinte vezes do total de ações

81 Imperfeição que é reconhecida pelo próprio CNMP (2015, p. 264): “O número total de movimentos indica a quantidade de instaurações e os atos praticados em procedimentos instaurados”.

82 Pelo mesmo motivo, o indicador de 4.192 ações civis públicas ajuizadas pelo MPT em 2015 (CNMP, 2016) mostrou-se pouco confiável.

propostas em 2009 – mostra-se pouco verossímil, ainda que se leve em conta o ingresso de 100 novos membros na carreira, através de concurso ocorrido no ano de 2010 (aumento de 20%).⁸³

Por todas estas razões, fizemos o confronto dos dados apresentados pelo referido documento “MP, um retrato” em relação à Procuradoria Regional da 2ª Região e verificamos que a quantidade de ações civis públicas ajuizadas nos anos de 2013, 2014 e 2015 não coincidia com as informações constantes do “MPT Digital”. Segundo o banco de dados do MPT, a Procuradoria de São Paulo ajuizou, nestes anos, respectivamente, 107, 135 e 136 ACPs; e não 171, 456 e 226 ações como informa o documento do CNMP – ou seja, em todos os anos, os resultados pesquisados foram destoantes.⁸⁴ Assim, no que tange a este intervalo de tempo, optamos por empreender levantamento próprio, tendo chegado à tabela abaixo após consulta ao sistema MPT Digital.⁸⁵

Tabela: Quantidade ACPs MPT Brasil por Estados.

PRT x ACP x ANO	2013	2014	2015
1ª RJ	196	264	220
2ª São Paulo	107	135	137
3ª MG	214	226	171
4ª RS	160	230	181
5ª BA	179	209	181
6ª PE	93	118	136

83 Entre 2011 e 2014 não houve concursos amplos na carreira.

84 Na Bahia (5ª região) e Campinas (15ª região), foram ajuizadas, respectivamente, 209 e 325 ações civis públicas em 2014 (MPT Digital). Em 2014, segundo “MP, um retrato”, houve, respectivamente, 780 e 1.087 ações na Bahia e em Campinas (CNMP, 2015). Segundo “MP, um retrato”, em 2015, na 5ª região, houve 290 ações, e na 15ª região, 456 petições iniciais, contra 136 e 356 ACPs por nós encontradas. Este mesmo comparativo foi feito em relação aos termos de ajuste de conduta, e os resultados foram muito próximos.

85 Através dos campos “extrajudicial”, “consultas”, “relatório mesclado”, “ação: ACP – Ação Civil Pública”, “período 01.01.2013 a 31.12.2013”, consignando o campo “da autuação”, fazendo o mesmo em relação aos anos de 2014 e 2015. Em cada procuradoria regional do trabalho, adotamos semelhante procedimento (24 ao todo). Somente foram pesquisadas as ações civis públicas, sendo que desconsideramos outros tipos de ações judiciais. Na nossa investigação, não há repetição de movimentações processuais, sendo, portanto, um dado mais fidedigno.

PRT x ACP x ANO	2013	2014	2015
7ª CE	38	19	24
8ª PA	153	138	149
9ª PR	222	240	213
10ª DF	110	53	77
11ª AM	71	45	35
12ª SC	130	107	91
13ª PB	35	36	72
14ª RO	93	60	34
15ª CAMPINAS	316	325	356
16ª MA	61	96	51
17ª ES	37	39	54
18ª GO	69	88	84
19ª AL	61	54	18
20ª SE	52	51	45
21ª RN	32	39	64
22ª PI	37	50	59
23ª MS	35	51	49
24ª MT	124	118	65
Total	2.625	2.790	2.566

Após quantificarmos as ações civis públicas ajuizadas pelo MPT de todo o Brasil, partimos para elaboração da tabela seguinte, que combina estes dados com a quantidade de termos de ajuste de conduta celebrados e o quantitativo de procuradores do trabalho. Segue, portanto, quadro esquemático fazendo um comparativo entre ações civis públicas, termos de ajuste de conduta e total de membros do Ministério Público do Trabalho.

Quadro comparativo

	1997	1999	2000	2001	2003	2009 ⁸⁶	2011	2012	2013	2014	2015
ACP	418	690	864	629	628	575	-	-	2625	2790	2566
TAC	1080	2392	3612	4980	5823	4072		10284	12172	11746	9947
TACxACP	2,6	3,5	4,2	8,0	9,3	7,0			4,6	4,2	3,8
Procuradores		470			453	606	726	752	735	757	782
TACxProcurador		5,1			12,8	6,7		13,6	16,6	15,5	12,7
ACPxProcurador		1,5			1,3	0,9		-	3,5	3,6	3,2

Fonte: Elaboração própria, Filgueiras (2012), CNMP (2012, 2013, 2014, 2015, 2016) e ANPT (2009).

⁸⁶ Entre início de 2009 e abril de 2010 (FILGUEIRAS, 2012, p. 250).

Os dados compilados são uma radiografia da atuação ministerial dos últimos tempos.

Como se observa, o número absoluto de TACs passou de 1.080 em 1997 para 9.947 ajustes em 2015 (aumento de 821%).

No início da contagem (1997), foram propostas 418 ações civis públicas, passando para 2.566 ACPs em 2015 (evolução de 613%).

A quantidade de TACs em relação à quantidade de procuradores iniciou com uma proporção de 5,1 ajustes por membro, em 1999, passando para uma relação de 16,6 ajustes por membro em 2013, e finalizando em 12,7 ajustes por membro em 2015 (incremento de 149%). Como a carreira teve uma alteração na quantidade de procuradores, evoluindo de um total de 470 membros em 1999 para 782 membros em 2015 (acréscimo de 60%), o aumento do quantitativo de TACs por membro foi muito superior ao aumento observado entre os agentes públicos.

O quantitativo de TACs em relação às ações civis públicas sempre foi maior em qualquer ano pesquisado, iniciando com uma proporção de 2,6 ajustes por ACP em 1997, passando para 7 ajustes por ACP em 2009, e chegando em 2015 a 3,8 acordos por ação coletiva (aumento de 46% em 18 anos).

A relação entre ações civis públicas por procurador passou de 1,5 ACP por membro em 1999, reduzindo-se para 0,9 ação/membro em 2009, e subindo para 3,2 ações por procurador em 2015 (aumento de 113% em 16 anos). Isto significa dizer que a média dos procuradores propôs, no referido ano, uma ação civil pública a cada quatro meses.⁸⁷

A despeito de a quantidade de ações civis públicas ter aumentado proporcionalmente em relação ao número de membros, verifica-se que a judicialização nunca foi priorizada, sendo o TAC o instrumento amplamente privilegiado em qualquer época. Nossa afirmação, portanto, é a de que o Poder Judiciário Trabalhista, em realidade, não chegou a ser experimentado nas últimas décadas para permitir-se uma conclusão sobre sua morosidade e resistência às teses apresentadas pelo MPT em ações civis públicas. Neste sentido, reputamos equivocado o

87 Segundo CNJ (2016, p. 75), um magistrado da Justiça do Trabalho julgou, em 2015, em média, 1227 processos, entre ações de conhecimento e de execução.

depoimento dos entrevistados por Karen Artur (2016, p. 181), afirmando existir uma estratégia deliberada de postular, inicialmente, valores ínfimos na Justiça do Trabalho, para que os TRTs aceitassem o instituto do dano moral coletivo e, a partir de então, promover a sua elevação dos montantes condenatórios. Em verdade, entre 2013 e 2015 a proporção de ACPs por procurador teve uma leve queda, passando de 3,5 ações ajuizadas por ano, para 3,2 ações judicializadas.

A proporção de ações civis públicas, em relação aos procuradores do trabalho, sempre foi baixa (nunca superando 3,6 ACPs por ano), não parecendo, assim, que entre 1999 e 2015 tenha havido uma estratégia paulatina de incremento do ajuizamento de ações (passou-se de 1,5 para 3,2 ações/procurador/ano). Como se vê, a judicialização dos litígios ainda não se implementou nos dias atuais, conforme demonstram os dados, uma vez que os termos de ajuste de conduta foram sistematicamente priorizados, e as ações civis públicas foram marginalizadas.

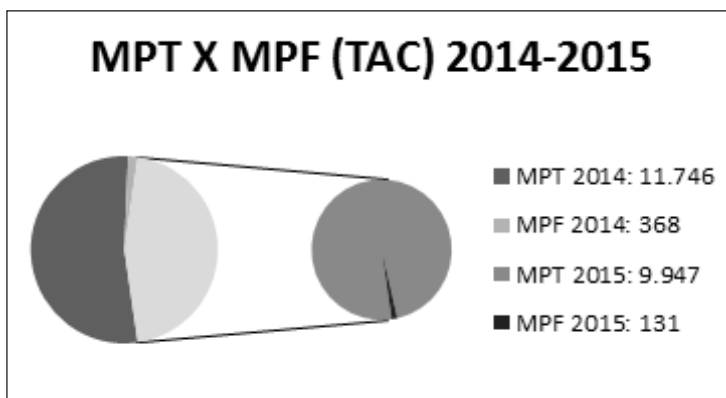
Não é difícil concluir que o ingresso de ações civis públicas – que quase sempre demandam valores pecuniários – é uma escolha desvalorizada pela instituição, uma alternativa somente utilizada quando o infrator não consente com a assinatura do compromisso. Constrangido, diante de um investigado renitente, a litigiosidade é o “remédio último”, jamais o resultado de um processo coletivo de decisões estratégicas, consoante afirma José Luiz de Oliveira Soares (2011, p. 346-347).

O documento “MP: Um Retrato” dos anos de 2014 e 2015 apresenta o MPT como o braço do Ministério Público da União (MPU)⁸⁸ que detém a maior *expertise* em assinatura de termos de ajuste de conduta, tendo firmado, respectivamente, 11.746 e 9.947 acordos no período. O Ministério Público Federal, órgão que também integra o MPU, em matéria cível somente firmou 368 ajustes em 2014 e 131 compromissos em 2015 (CNMP, 2015, p. 288, CNMP, 2016, p. 216)⁸⁹ – ou seja, a proporção entre TACs celebrados pelo MPT e pelo MPF é de, respectivamente, 31,9 e 75,9, como se vê no gráfico abaixo:

88 O MPU é composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

89 Segue quantitativo de TACs firmados por área temática junto ao MPF em 2013: (improbidade = 11, patrimônio público = 81, meio ambiente = 105, saúde = 10, consumidor = 10, educação = 12, pessoa com deficiência = 1, idosos = 1).

Gráfico 1: TACs celebrados pelo MPT e pelo MPF 2014-2015



O que se constata nas pesquisas empreendidas, porém, é a inefetividade dos termos de ajuste de conduta (SOUZA, 2013, 2014d; FILGUEIRAS, 2012; RIBEIRO JR.; FILGUEIRAS, 2015). A formalização do aditivo ao TAC – assinatura de um novo termo de ajuste de conduta –, logo após a constatação do seu descumprimento, é uma das principais evidências do desrespeito ao ajuste.

Levando isto em conta, entendemos que o que pretende o MPT é justamente a eficiência, ou seja, a utilização de mecanismos que levem ao resultado desejado da forma mais rápida e menos custosa para a instituição. Esta eficiência é fundamental para o atingimento da finalidade ministerial. Feito este breve painel sobre os dados da instituição, vamos aos dados gerais por nós coletados nesta pesquisa empírica, a fim de verificarmos se o Ministério Público do Trabalho tem sido eficiente em sua atribuição constitucional.

3.2 Os TACs firmados no Estado de São Paulo no ano de 2013. Metodologia e panorama geral

A partir de agora serão analisados os dados coletados nas procuradorias regionais do Trabalho da 2ª região (sediada em São Paulo) e da 15ª região (sediada em Campinas). Mas devemos dizer a princípio que, por uma questão de honestidade intelectual, explicações rivais podem ser admitidas, ou seja, há outras explicações ou variáveis que, possivelmente, nossa pesquisa não está

contemplando. Esta pesquisa pode ser testada e, eventualmente falseada, chegando a resultados diferentes, uma vez que informações importantes podem ter sido lançadas incorretamente, esquecidas, ou incorretamente interpretadas, já que envolvem tabulação de dados como termos de ajuste, inquéritos, documentos trabalhistas diversos, autos de infração e laudos periciais. Da mesma forma, os recursos metodológicos e as técnicas de mensuração por nós utilizados não são, por óbvio, neutros em relação ao modelo teórico utilizado (AGUIAR, 2006, p. 103).

Geisa de Assis Rodrigues, em tese de doutoramento intitulada *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática* (2011), explicita as vantagens dos termos de ajuste de conduta, bem como apresenta pesquisa que examina a aplicação deste instituto junto ao Ministério Público Federal. Em face da pertinência e adesão, suas colocações serão aqui reproduzidas, com as modificações necessárias, dispensando-se o uso de citações diretas, ressaltando-se, entretanto, que o conteúdo essencial destes parágrafos iniciais remete ao texto da autora.⁹⁰

O exame da aplicação concreta dos institutos jurídicos, em especial do TAC, é de fundamental relevância para o seu conhecimento, já que a teoria pode ser influenciada pelo empirismo, engendrando adaptações institucionais. Temos, da mesma forma, uma intensa relação pessoal com o tema devido ao exercício do ofício ministerial, razão pela qual nos questionamos se esse vínculo comprometeria, de alguma forma, a cientificidade da investigação, por uma suposta violação à regra da objetividade.

É evidente que nosso *status* profissional influi na nossa abordagem, em face do seu contexto social e histórico, porque já partimos de algumas noções dadas de antemão. Nossa intenção de promover o fortalecimento da instituição também interfere em nosso ponto de vista. Mas isso não nos impede de conferir relevância aos dados objetivos por nós levantados. A forma que temos de combater esta subjetividade é conferindo um certo grau de honestidade científica, e esta revelação inicial dá um primeiro passo neste sentido.

⁹⁰ Além disso, esta forma de parafraseamento, inédito para nós, foi colhida em José Diniz Moraes (2001, p. 39).

Tal como os autores por nós revisados, especialmente aqueles oriundos do Ministério Público, mostra-se também para nós dificultoso diferenciar a experiência vivenciada no ambiente profissional daquela ora representada nesta pesquisa. Por certo, a experiência exitosa de referidos membros, às vezes por décadas, ao manejar o termo de ajuste de conduta, os levou a interpretar o instrumento como algo valioso. Por outro lado, nossa atual função, e a anterior, no cargo de auditor-fiscal do trabalho, em quase todas as ocasiões, levou-nos à conclusão da inefetividade do ajuste de conduta. Não carregar a memória desta vivência é difícil para qualquer pesquisador. Para fugir da tendência a considerar o particular como universal, não estamos apresentando um estudo de casos por nós investigado profissionalmente, mas sim o conjunto de quase dois mil termos de ajuste de conduta originários de investigações empreendidas por um grupo indiferente de procuradores do trabalho.

Além disso, como explicita Júlio César Aguiar (2006, p. 89), os teóricos do Direito buscam a todo o tempo influenciar as autoridades jurídicas na interpretação das normas legais, participando, assim, da conformação do direito positivo, não podendo se falar, pois, em neutralidade valorativa. Conforme Eros Grau (2011, p. 33), a análise do Direito, empreitada do censor e não do expositor, reclama a determinação de suas finalidades, o que importa tomar o Direito também pelo seu conteúdo empírico e axiológico, que é variável historicamente, sendo que, aqui, também temos nossa finalidade e nossos valores.

Feita esta breve digressão, esclarecemos que a análise dos procedimentos em curso no MPT pode ser qualificada metodologicamente como um estudo de casos, de índole descritiva, buscando investigar uma determinada realidade, ainda que bastante representativa. Nossas conclusões não podem ser estendidas para outros ramos ministeriais, devendo ser aqui apreendidas com cautela. A pesquisa contemplou uma amostra de todos os TACs firmados no Brasil em 2013; no entanto, pode explicar um comportamento generalizado se tiver um bom indicador.

A metodologia da pesquisa empírica envolveu procedimentos como a elaboração de tabelas com determinadas perguntas a serem respondidas pela análise do conteúdo dos inquéritos do Ministério Público do Trabalho, quantificando os dados colhidos. Este questionário tinha indagações sobre: número do inquérito, nome do investigado, tema da

investigação, quantidade de cláusulas do ajuste, valor das multas, existência e valor da indenização social, existência e tempo de prazo suspensivo, fiscalização do ajuste, cumprimento do ajuste, cobrança das multas e a forma como o descumprimento foi constatado, entre outras observações peculiares. Fizemos a coleta de informações na base de dados do MPT entre os meses de dezembro de 2015 e setembro de 2016. Em outubro de 2016, submetemos a revisão uma amostra dos dados, a fim de identificar erros e permitir correções.

Focamos nossa pesquisa no Estado de São Paulo, analisando, detalhadamente, todos os termos de ajuste de conduta firmados nas procuradorias regionais do Trabalho da 2ª região e 15ª região, no ano específico de 2013. Este intervalo temporal – fixado em 2013 – mostra-se fundamental porque já se debatia, no âmbito acadêmico e profissional, sobre a inefetividade dos termos de ajustamento de conduta, conforme Filgueiras (2012), Souza (2013, 2014d), Carelli (2011) e Cardoso e Lage (2007) – ou seja, a fase de adequação de rota, com adaptação dos TACs à realidade concreta, já poderia ter sido superada. Por outro lado, termos de ajuste de conduta firmados em 2013 eram relativamente recentes, com tempo de vida inferior a 3 anos, impedindo afirmações de que o perfil de atuação da instituição alterou-se, representando um padrão comportamental ultrapassado, ou que a pesquisa era anacrônica ou contemplava uma amostra viciada.

Havia um forte viés pró-cumprimento em nossa pesquisa empírica. Este viés se manifestava pelo fato de os termos de ajuste de conduta terem sido assinados há pouco tempo: como foram celebrados por empresas recentemente investigadas, seriam menores as chances de desleixo empresarial no monitoramento das cláusulas dos ajustes. Quanto mais o tempo passa, maior o risco de o ajuste ser violado (por conter obrigações jurídicas de trato sucessivo). Como os termos de ajuste de conduta eram jovens, as chances de comprovação de descumprimento seriam, em tese, menores, porque suscetíveis a menos fiscalizações estatais.

Os inquéritos a que se referem estes ajustes foram firmados entre os anos de 1999 e 2013.⁹¹ Para simplificarmos, denominaremos a Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª região de Procuradoria de

91 A pesquisa de Geisa Rodrigues (2011, p. 222) abrangeu o período de 1992 a 2004.

São Paulo, e a Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª região, de Procuradoria de Campinas.

O Estado de São Paulo foi escolhido por vários motivos: ser a unidade regional que possui o maior quantitativo de procuradores do trabalho no Brasil (são 61 procuradores na 15ª região e 82 procuradores na 2ª região, totalizando 143 membros);⁹² abranger grande quantidade e parte das principais empresas do País, de todos os setores econômicos e portes empresariais, localizadas em cidades com os mais variados índices populacionais, envolvendo todo tipo de infrações (complexas ou simples); possuir, também, um dos maiores quantitativos de investigações dentre as demais procuradorias do MPT. Em 2013, havia 735 procuradores do trabalho em todo o País, consoante o CNMP (2014, p. 260), de forma que a análise da atuação dos 143 procuradores de São Paulo significou uma amostra de 19,72% do total, o que diminui a possibilidade de comportamentos individuais desviantes terem influenciado as conclusões deste texto. Estas procuradorias abrigavam procuradores de todos os concursos da carreira, com variadas faixas etárias. Para fins científicos, a escolha deste Estado permitiu uma análise mais ampla e generalizada, afastando, assim, condutas pontuais e heterogêneas, que poderiam discrepar do restante dos procuradores do trabalho Brasil afora.

Afirmamos acima que se trata de uma amostra em relação a todos os TACs firmados no Brasil naquele ano, mas, dentro do período e espaço selecionado, deve ser considerado como um universo dos objetos investigados (todos os termos de ajuste de conduta firmados nas procuradorias da 2ª e da 15ª região).

A pesquisa contemplou acordos extrajudiciais celebrados no intervalo de 1º.1.2013 a 31.12.2013. Eventualmente, porém, ajustes firmados em anos anteriores foram analisados, quando havia o aditamento de suas cláusulas no ano de 2013. Foram examinados os conteúdos dos procedimentos administrativos em curso no Ministério Público do Trabalho, através do sistema interno de informações intitulado de “MPT Digital”. Referido sistema permite aferir o número razoavelmente exato de termos de ajuste de conduta celebrados por aquelas procuradorias nesse período de tempo, sendo que, apesar de sujeito a imperfeições, há um consenso

92 Revista MPT. Brasília, ano 23, n. 45, mar. 2013 (PGT, 2013).

por parte dos procuradores de que o sistema é confiável. Estes procedimentos puderam ser pesquisados no sistema do MPT pelo fato de este pesquisador exercer um cargo público no Ministério Público do Trabalho. O pesquisador, entretanto, jamais atuou no Estado de São Paulo.

Trata-se de uma pesquisa quantitativa e qualitativa, com interpretação crítica do material analisado, e que contou com o registro descritivo em tabelas dos dados coletados. Buscou-se o conservadorismo nas interpretações: havendo dúvidas acerca do descumprimento do termo de ajuste de conduta, optou-se por considerá-lo como TAC cuja efetividade não foi comprovada, evitando-se conclusões precipitadas acerca da sua ineficácia. Por outro lado, tendo sido descumprida apenas uma cláusula do ajuste firmado, nada obstante este contar com mais cláusulas, consideramos o ajuste descumprido. Se descumprido o ajuste, em algum momento, ainda que tenha havido regularidade anterior ou regularização posterior, definimos que o termo de ajuste de conduta foi violado. Adotamos esta regra porque este enquadramento já ensinaria, por si, a cobrança de uma multa por inadequação do compromissário ao ajuste. Em não tendo havido a fiscalização do cumprimento do TAC, decidimos por não computá-lo como cumprido ou descumprido, diferentemente do que fez Geisa de Assis Rodrigues em sua pesquisa (2011, p. 261), presumindo que os ajustes não verificados estavam sendo respeitados.⁹³

O descumprimento do TAC mostrou-se mais demonstrável através dos autos de infração, que são documentos lavrados pelos auditores-fiscais do Trabalho quando encontram irregularidades trabalhistas. Este descumprimento pôde ser aferido pela coincidência literal entre a obrigação de fazer (cláusula) estipulada no TAC e o dispositivo legal cuja violação foi observada pela fiscalização do Ministério do Trabalho.

Foram identificados, assim, 550 procedimentos tendo como alvo empregadores que foram abordados pela Procuradoria de São Paulo e 1.264 procedimentos relativos a termos de ajuste de conduta firmados com a Procuradoria de Campinas.

Na Procuradoria de São Paulo foram instaurados 3.342 inquéritos em 2013, em sua grande maioria versando sobre meio ambiente de

⁹³ No nosso sentir, ainda que esta interpretação possa prevalecer no ambiente profissional, no ambiente acadêmico mostra-se metodologicamente equivocada.

trabalho. Neste período, foram arquivadas 1.874 denúncias (CNMP, 2014). Em contrapartida, foram ajuizadas 107 ações coletivas (3% de todos os inquéritos). As ações judiciais tinham como tema predominante as fraudes à relação de emprego. A proporção entre TAC e ACP foi de aproximadamente cinco para um (5,14). A relação entre ações civis públicas por procurador (82 membros) foi de 1,3, ou seja, pouco mais de uma ação civil pública foi ajuizada por procurador do trabalho em São Paulo no ano de 2013.

Em Campinas foram instauradas 4.186 investigações (CNMP, 2014), também versando, em sua grande maioria, sobre meio ambiente de trabalho. Neste período, foram arquivadas 1.324 denúncias. Em contrapartida, foram ajuizadas 291 ações coletivas (7% de todos os inquéritos).⁹⁴ As ações judiciais tinham como objeto predominante temas gerais de Direito do Trabalho. A proporção entre TAC e ACP é de aproximadamente 4,4 para 1, o que, novamente, indica o fenômeno da priorização dos termos de ajuste. A relação entre ações civis públicas por procurador foi de 4,8, índice superior, portanto, à média nacional de 3,5 ações por membro (cada membro do MPT em Campinas ingressou com quase cinco ações em 2013).

Os procedimentos que culminaram nestes ajustes de conduta representam, respectivamente, 16,45% e 30,19% da totalidade de procedimentos que foram instaurados naquelas procuradorias em 2013, consistindo, no nosso sentir, em uma amostra bastante significativa dentro do universo paulista. Em 2013, segundo dados do CNMP (2014), o MPT de todo o Brasil celebrou 12.172 termos de ajuste de conduta nos mais variados temas. Como pesquisamos um total de 1.814 termos de ajuste firmados no referido ano, nossa amostra paulista correspondeu a aproximadamente 15% dentro do universo de instrumentos firmados no Brasil.⁹⁵

94 O MPT Digital apontou que neste ano houve 316 ações civis públicas propostas em Campinas, resultado ligeiramente superior àquele informado pelo CNMP (2014).

95 Somadas as Procuradorias de São Paulo e Campinas, verifica-se que são provenientes deste Estado a maior parte dos inquéritos instaurados no Brasil (7.528 ou 14% do quantitativo nacional ou 51 inquéritos por procurador), dos TACs firmados (1.889 ou 15% do quantitativo nacional, ou 13 TACs por procurador) e dos procedimentos arquivados (3.198 ou 14% do quantitativo nacional ou 22 arquivamentos por procurador). Aqui visualiza-se uma pequena discrepância entre os dados por nós coletados e aqueles constantes do documento "MP: um retrato 2014" (CNMP, 2014), posto que identificamos 1.814 ajustes, ao passo que o CNMP aferiu 1.889 ajustes.

Não houve diferenciação quanto ao tipo de infração cometida na análise destes termos de ajuste de conduta: tanto infrações trabalhistas simples, relacionadas a falta de registro de empregados ou exploração de trabalho infantil, ou mesmo complexas, relacionadas a terceirização ilícita ou condições inseguras de trabalho, foram analisadas. Trata-se, portanto, de pesquisa mais abrangente do que aquela realizada nos Estados do Amazonas e da Bahia (SOUZA, 2013, 2014d), focada no setor da construção civil.

A repartição de funções no Ministério Público do Trabalho é feita através de distribuição aleatória de procedimentos, observando-se a proporcionalidade dos procuradores em atividade. Assim, a atuação da instituição representa o somatório das atuações individuais de todos os 143 procuradores que foram lotados nas respectivas procuradorias durante o período pesquisado. Não foram identificadas situações em que um dos procuradores atuou em maior quantidade de procedimentos relativos a setores específicos, até mesmo porque a distribuição de procedimentos é bastante fragmentada, não levando em conta uma vinculação a determinada empresa investigada ou a um setor econômico. Desta forma, é plenamente possível que uma idêntica empresa tenha sido investigada ao mesmo tempo por três ou mais procuradores distintos, sobre diferentes assuntos.⁹⁶

3.3 Dados colhidos. Procuradorias de São Paulo e Campinas

Como vimos na seção anterior, no ano de 2013 foram firmados 1264 acordos extrajudiciais em Campinas,⁹⁷ verificando-se uma grande incidência de termos de ajuste firmados com o tema meio ambiente do trabalho, duração do trabalho, e temas gerais. No mesmo ano, houve 550 ajustes em São Paulo,⁹⁸ contemplando, priorita-

⁹⁶ Estes números podem ter sofrido pequenas oscilações ao longo do ano, em face de afastamentos médicos, exercício da função em outros Estados, entre outros motivos. No entanto, estas oscilações alterariam muito pouco o percentual da amostra. Estes números foram obtidos pelo somatório dos nomes dos procuradores constantes ao final da Revista do Ministério Público do Trabalho, editada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, edição de 2013.

⁹⁷ O CNMP (2014) aponta para 1.285 TACs firmados, mas a consulta ao MPT Digital somente constatou 1.264 TACs, ou seja, 21 a menos do que indica referido documento.

⁹⁸ O CNMP (2014) aponta para 560 TACs firmados, mas a consulta ao MPT Digital somente constatou 550 TACs, ou seja, 10 a menos do que indica referido documento.

riamente, o tema fraudes na relação de emprego, meio ambiente do trabalho e jornada de trabalho. Os temas que envolvem estes TACs abrangem, portanto, em maior ou menor grau, objetos de interesse de todas as coordenadorias temáticas do Ministério Público do Trabalho.⁹⁹

Em linhas gerais, constatamos um alto índice de descumprimento dos termos de ajuste (próximo a 60%); brevidade na celebração dos compromissos extrajudiciais (não superior a um ano); ausência de punições imediatas (indenização por dano moral coletivo) para a quase totalidade dos TACs; não cobrança das multas (superior a 50%) diante das violações ao TAC; falta de fiscalização dos acordos extrajudiciais (cerca de 40%); pequeno quantitativo de cláusulas previstas nos TACs (até 3 cláusulas em mais da metade dos casos); uma quantidade significativa de TACs com previsão de prazos para cumprimento da lei (24%); baixos valores das multas; fiscalização majoritária dos ajustes de conduta empreendida pelo Ministério do Trabalho; e um caráter superficial nas fiscalizações realizadas por auditores-fiscais do trabalho.

Iremos, agora, detalhar estes resultados, analisando as informações colhidas do estudo de casos.

3.3.1 Brevidade com que os termos de ajuste de conduta são firmados

A amostra envolveu a pesquisa efetiva de 1.185 termos de ajuste celebrados em Campinas e 547 acordos em São Paulo, totalizando 1.732 ajustes. Entre o total anteriormente indicado, 79 ajustes não puderam ser pesquisados em Campinas e 3 ajustes estavam indisponíveis em São Paulo. Estes TACs foram firmados em inquéritos instaurados entre os anos de 1999¹⁰⁰ e 2013.

⁹⁹ Tal informação deve ser relativizada, porquanto não é incomum que ajustes firmados ao final de 2012 tenham sido inseridos no inquérito somente no ano de 2013, o que permite pequenas discrepâncias que acabam sendo compensadas pelo fato de que, ao fim de 2013, o mesmo procedimento pode ter sido utilizado.

¹⁰⁰ Os Inquéritos Cíveis n. 5.1990 e 530.2000 são exemplos.

O fenômeno da duração demasiada dos inquéritos percebido por Carelli, Casagrande e Perissé (2007, p. 109), decorrente de uma falta de instrumentos de controle e prestação de contas, foi encontrado em pequena escala em nosso estudo de casos. Na Procuradoria de Campinas, foram encontrados, por exemplo, apenas 17 inquéritos civis instaurados há mais de 10 anos, um deles iniciado ainda em 1999. No entanto, a despeito de a pesquisa ter verificado procedimentos com duração demorada, a regra geral era que os ajustes fossem firmados com brevidade, sendo que a grande maioria dos inquéritos, cujos TACs foram firmados em 2013, iniciou-se no ano de 2012 ou naquele mesmo ano. Este dado evidencia a facilidade com que os termos de ajuste de conduta são consentidos pelos investigados.

Em Campinas, 640 ajustes foram firmados com menos de um ano (instauração em 2012 e celebração em 2013), o que correspondeu a 50% do total. Em São Paulo, 185 ajustes foram firmados com menos de um ano, o que correspondeu a 33% do total (média de 41,5%).

Gráfico 2: Tempo de celebração dos TACs - PRT São Paulo

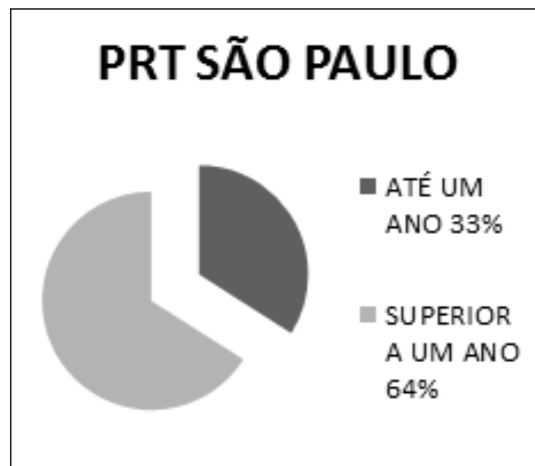
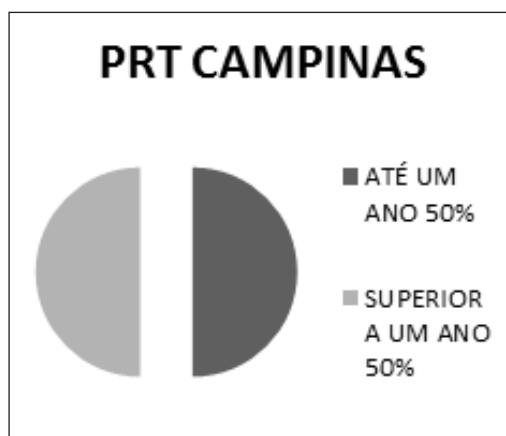


Gráfico 3: Tempo de celebração dos TACs - PRT Campinas



Como veremos abaixo, o que pode sugerir a rapidez com que os termos de ajuste de conduta foram firmados pelo Ministério Público do Trabalho é a constatação de que a quase totalidade deles não implica perdas pecuniárias para os compromissários.

3.3.2 Índice de retenção

Como já antecipado, diante da instauração do inquérito, é possível a sua conclusão mediante um termo de ajuste de conduta, uma ação civil pública ou, ainda, o seu arquivamento (quando não há prova do ilícito ou quando as irregularidades foram corrigidas). O inquérito civil tem continuidade, porém, quando nenhuma destas hipóteses se apresenta, solicitando-se novos documentos, ações fiscais, oitiva de testemunhas, entre outros expedientes, para robustecer o conjunto probatório. O percentual de inquéritos que são prorrogados, sem um desfecho, foi por nós intitulado de taxa de retenção. Vitor Filgueiras (2012, p. 258), em pesquisa anterior, constatou que em 17% dos casos analisados os procedimentos permaneciam retidos, sem que fosse assinado TAC ou ajuizada ACP.¹⁰¹

Em São Paulo, dentre 3.342 procedimentos instaurados, foram ajuizadas 107 ações, formalizados 550 ajustes de conduta e arquivadas

¹⁰¹ No Amazonas apontou-se que cerca de 41% dos procedimentos foram arquivados ou prorrogados (sem TAC firmado e sem judicialização), enquanto na Bahia, este percentual foi de 57% (SOUZA, 2013, 2014d).

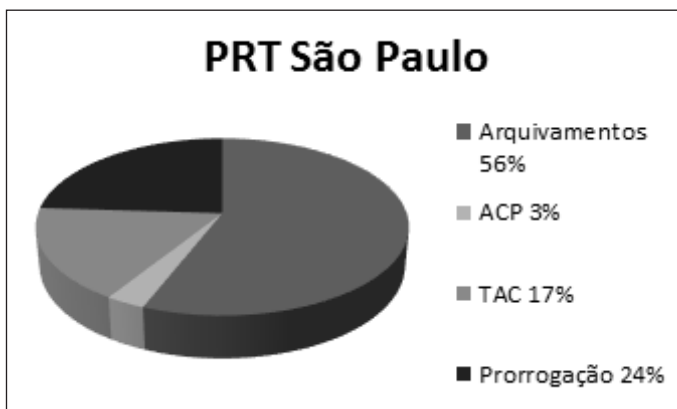
1.874 denúncias, gerando um resíduo de 811 inquéritos procrastinados e uma taxa de retenção de 24%.

Se a média anual de inquéritos instaurados e notícias de fato apresentadas fosse mantida estável, teríamos os seguintes indicadores na Procuradoria de São Paulo:

Total de procedimentos instaurados:	3.342
Percentual de arquivamentos:	56%
Taxa de judicialização via ACP (dentre instaurados):	3%
Taxa de acordos via TAC (dentre instaurados):	17%
Taxa de retenção (nem TAC nem ACP):	24%

Em São Paulo, constata-se que a hipótese mais comum é o arquivamento do inquérito (sem TAC ou ACP) (56%), seguido da continuidade da investigação (24%), da resolução mediante TAC (17%) e, por fim, do ajuizamento de ação civil pública (3%). Segue gráfico representando os percentuais aferidos.

Gráfico 4 : PRT São Paulo



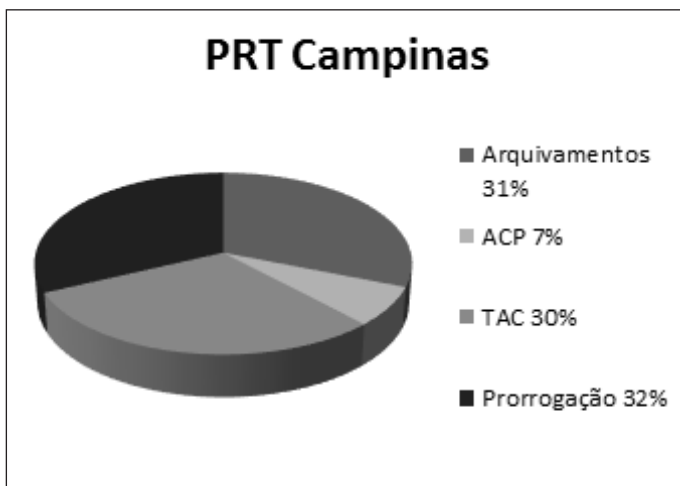
Em Campinas, dentre 4.186 investigações instauradas, foram ajuizadas 291 ações, formalizados 1.264 ajustes e arquivadas 1.324 denúncias, gerando uma diferença de 1.307 inquéritos prorrogados,

ensejando uma taxa de retenção de 32%. Teríamos os seguintes indicadores na Procuradoria de São Paulo:

Total de procedimentos (instaurados e arquivados):	4.186
Percentual de arquivamentos:	31%
Taxa de judicialização via ACP (dentre instaurados):	7%
Taxa de acordos via TAC (dentre instaurados):	30%
Taxa de retenção (nem TAC nem ACP):	32%

Em Campinas, diferentemente, constata-se que a hipótese mais comum é a de continuidade da investigação (32%), seguida do arquivamento da investigação (31%), da resolução mediante TAC (30%) e, por fim, do ajuizamento de ação civil pública (7%). Segue gráfico representando os percentuais aferidos.

Gráfico 5: PRT Campinas



Observa-se, pois, em Campinas, que os indicadores são bastante equilibrados entre as soluções possíveis (com exceção da judicialização), diferentemente do que ocorreu em São Paulo.

3.3.3 Pequena quantidade de cláusulas

A pesquisa buscou determinar a quantidade de cláusulas que os TACs continham, contemplando obrigações de fazer e de não fazer que devem ser respeitadas pelos investigados (tutela inibitória), tais como o dever de pagar tempestivamente o salário dos seus empregados ou fornecer EPIs aos trabalhadores. Eventualmente, quando previam indenizações, estas cláusulas tratavam do dever de fornecer bens e equipamentos para entidades filantrópicas ou órgãos públicos, ou transferir recursos financeiros para fundos como o FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

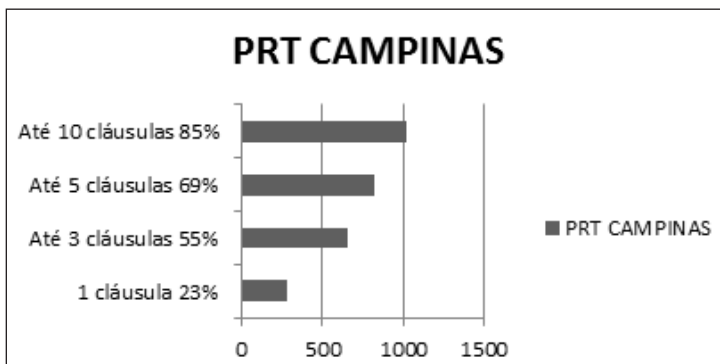
Os TACs firmados na Procuradoria de Campinas no ano de 2013 possuíam em média 5,62 cláusulas, enquanto os TACs firmados na Procuradoria de São Paulo, no mesmo período, possuíam em média 4,65 cláusulas.

O TAC que mais possuía cláusulas em Campinas foi firmado no Inquérito Civil n. 743/2013 e continha 117 cláusulas. Porém, apenas 8 compromissos possuíam mais de 50 cláusulas nessa região, ao passo que 1.019 ajustes continham menos de 10 cláusulas (85%).

Em Campinas, contendo até 5 cláusulas, foram 821 ajustes; até 3 cláusulas, foram 654 ajustes; e até 2 cláusulas, 489 ajustes (respectivamente, 69%, 55% e 41%). Contendo apenas uma cláusula, foram firmados 277 ajustes, ou cerca de 23% do total.

Mais da metade dos TACs verificados continha, portanto, apenas três obrigações trabalhistas. Segue gráfico por nós elaborado.

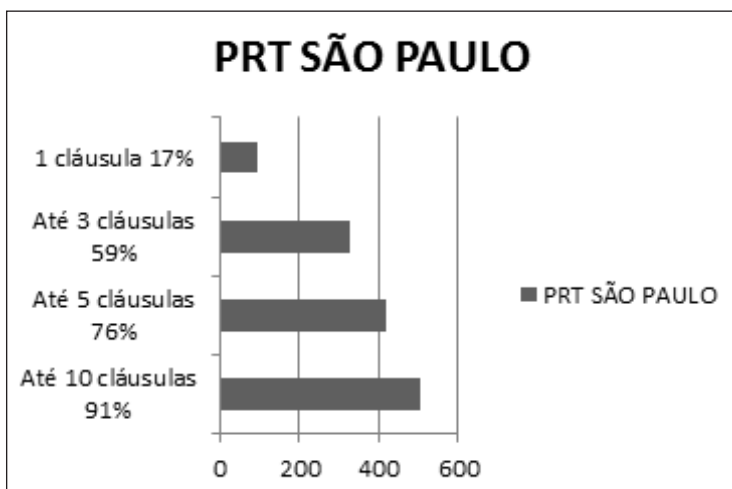
Gráfico 6: Quantidade de cláusulas dos TACs - PRT Campinas



Em São Paulo, contendo até 5 cláusulas, foram celebrados 416 ajustes (76%); até 3 cláusulas, 325 ajustes (59%); até 2 cláusulas, 230 ajustes (42%); e contendo apenas um preceito, 96 ajustes (17%).

Mais da metade dos TACs continha, portanto, apenas três obrigações trabalhistas. Em São Paulo, apenas dois ajustes possuíam mais de 50 cláusulas, enquanto 503 ajustes continham menos do que 10 cláusulas (91%).

Gráfico 7: Quantidade de cláusulas dos TACs - PRT São Paulo



Autoriza-se, portanto, a conclusão de que o objeto das investigações e a quantidade de deveres impostos aos investigados é restrita, sem detalhamento de obrigações.

3.3.4 Principais cláusulas são repetições da lei

Conforme o magistério de Ricardo Macedo de Britto Pereira (2016, p. 60), o art. 7º da CF tem como premissa a elevação progressiva do sistema de proteção trabalhista. Com efeito, o MPT deve buscar a elevação destes direitos fundamentais, numa interpretação sistemática da Constituição, e não apenas a manutenção do *status quo* normativo.

A despeito desta finalidade institucional, apenas cerca de oitenta TACs continham cláusulas que não eram repetição do quanto já previsto na legislação trabalhista (5% de tudo). Tal como no estudo de Geisa Rodrigues (2011) e Vitor Filgueiras (2012), no MPT a regra era que as obrigações de fazer coincidiam com as exigências legais.

Como já foi adiantado acima, as cláusulas mais comuns em TACs dizem respeito às obrigações básicas previstas na legislação, entre elas, registro de empregados, observância quanto à jornada legal de trabalho, entrega de EPs, ou recolhimento tempestivo do FGTS; ou seja, houve pouca criatividade para, por exemplo, exigir a substituição de máquinas industriais ultrapassadas.

Como exemplo de ajuste criativo, citamos o TAC firmado nos autos do Inquérito Civil n. 82/2013, em que uma cooperativa de crédito ajustou sua conduta para proibir a concessão de crédito a empresas que tivessem sido flagradas explorando mão de obra em condições análogas à de escravo. Os TACs que versavam sobre assédio moral, apesar de conterem obrigação principal consistente em abstenção da praticar assédio moral de forma idêntica à legislação, também expressavam cláusulas complementares que não eram contempladas na lei, tais como a obrigação de a empresa estabelecer uma declaração de princípios,¹⁰² a criação de mecanismos para recebimento de denúncias, a instalação de comissão interna para analisar tais requerimentos, ou a realização de palestras ou seminários esclarecendo o tema, enquadrando-se como ajustes com padrões superiores ao patamar legislativo.¹⁰³

No entanto, retiradas estas hipóteses, a regra era a reprodução dos preceitos legais nos termos de ajuste de conduta. Citamos as cláusulas do termo de ajuste de conduta n. 52/2013 que repetiam a legislação (relativas ao dever de registro de empregados e vedação do trabalho infantil), concentrando-se em um trabalhador específico.

Não foi um caso único, pois quase todos os ajustes constantes da nossa amostra continham cláusulas básicas. Destarte, a quase totalidade

102 Consoante Inquérito Civil n. 448/2010.

103 O óbice de uma investigação que versa sobre assédio moral, porém, diz respeito à comprovação de sua efetividade, limitada no mais das vezes ao depoimento testemunhal de ex-empregados. Por isso, a prática do cumprimento presumido nas referidas investigações era comum.

dos termos de ajuste contemplam obrigações expressamente previstas na CLT ou nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

3.3.5 Valores pouco aversivos das multas

Em relação à análise das multas previstas nos termos de ajuste de conduta, observamos, a princípio, que as astreintes foram fixadas com critérios de incidência diversos. Em alguns casos, a cominação foi fixada por trabalhador prejudicado; em outros, a cominação foi fixada por cláusula descumprida. Por fim, em muitas hipóteses, a penalidade foi fixada levando em conta a quantidade de dias em que a infração ocorreu (multa diária).¹⁰⁴ Hipóteses excepcionais também ocorreram, como a do Inquérito Civil n. 4.868/2009, cuja multa fixada foi de 1% sobre o montante da folha de pagamento da empresa, o que impediu a aferição do seu valor exato para os fins desta pesquisa.

Como a discriminação deste tipo de penalidade (*per capita*, por infração, ou diária) impossibilitaria a obtenção de um critério uniforme, optamos por considerá-la como uma só referência, ainda que com o risco de desvirtuamento desta evidência. O que trazemos aqui é, portanto, uma ordem de grandeza dos valores envolvidos, tratando-se de um critério relativamente válido para mensuração. Mas, como forma de compensar este critério heterogêneo, optamos por selecionar a multa de maior valor estipulada no acordo. Assim, se um TAC possuía multa de R\$ 500,00 por trabalhador prejudicado e outra penalidade de R\$ 10.000,00 por cláusula descumprida, selecionamos a sanção de maior valor.

O valor médio das cominações estipuladas em Campinas foi de R\$ 11.052,19, implicando dizer que a penalidade abstratamente prevista para o compromissário faltoso girava em torno de R\$ 11.000,00. Em São Paulo, o valor médio das multas previstas foi de R\$ 10.740,36, valor muito próximo àquele encontrado em Campinas.

A mais elevada multa fixada em Campinas foi no valor de R\$ 200.000,00 por obrigação descumprida, sendo que um total de 13

104 A multa diária, em regra, possuía montantes baixos. No entanto, no mais das vezes, referia-se a obrigações cujo descumprimento pode ser aferido diariamente, como extrapolação de jornada, não concessão do descanso semanal, entre outras.

termos de ajuste de conduta contemplavam este valor, envolvendo o Sindicato dos Rodoviários de Araçatuba (Inquérito Civil n. 155/2012) e outras empresas que estariam promovendo condutas antissindicaais. De igual maneira se deu em relação ao Sindicato dos Trabalhadores em Edifícios e Condomínios de Campinas no Inquérito Civil n. 287/2012, com multa estipulada de R\$ 200.000,00.

Em São Paulo, as maiores multas fixadas foram no valor de R\$ 100.000,00, encontradas em um total de 10 inquéritos.

Apesar de a pesquisa evidenciar que os investigados do Estado de São Paulo (2ª e 15ª região) correspondem a parcela das maiores empresas do País – como construtoras, bancos, usinas e montadoras de automóveis –, as multas mais vultosas foram dirigidas a sindicatos de trabalhadores ou para empresas que praticaram condutas que interferiam no funcionamento desses sindicatos, o que pode sugerir algum viés ideológico na atuação dos procuradores, já que penalidades tão contundentes não foram impostas em face de outra modalidade de investigados ou para infrações trabalhistas também graves, como a prática do trabalho escravo ou acidente de trabalho fatal.¹⁰⁵

Houve, portanto, um total de treze termos de ajuste firmados com um padrão de cláusulas contendo valores muito acima da média. Como foram as maiores multas estipuladas, influíram sobremaneira no percentual médio das multas aferido. Retiradas da amostra estas multas excepcionais, o valor médio decresceria acentuadamente, passando, na 15ª Região, para R\$ 8.956,35 (redução de 23%).

Em Campinas, apenas 65 TACs continham multas com valor superior a R\$ 50.000,00; em São Paulo, apenas 30 ajustes continham multas com montante superior a R\$ 50.000,00 (5% em média, para ambas regiões).

Os ajustes contendo menor valor de astreintes continham multas de R\$ 100,00 por obrigação descumprida. Outra amostra extraída do Inquérito Civil n. 2.185/2012 continha multa de R\$ 200,00 por trabalhador. Houve casos em que nenhuma multa fora prevista, de

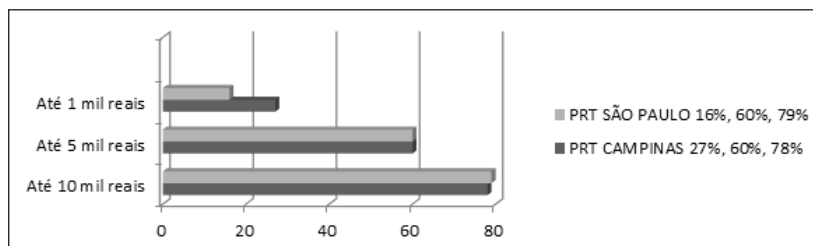
105 Como ressalta Ricardo Macedo Britto Pereira (2016, p. 120), o combate adequado a essas práticas deveria impor ação dura por parte do MPT, por meio de sanções pesadas e exemplares.

forma que o descumprimento da obrigação não engendraria qualquer sanção ao compromissário, como se deu no Inquérito Civil n. 454/2011, cujo tema era assédio moral.¹⁰⁶

Em Campinas, com valores inferiores a R\$ 10.000,00, houve um total de 986 termos de ajuste (78%); com valores inferiores a R\$ 5.000,00, foram celebrados 765 TACs (cerca de 60% de todos os ajustes), e com valores inferiores a R\$ 1.000,00 foram assinados 351 ajustes (27%).

Em São Paulo, com valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00, houve um total de 438 ajustes (79%); com valores inferiores a 5.000,00, foram celebrados 331 ajustes (60%); e com valores iguais ou inferiores a R\$ 1000,00, 88 ajustes (16%). Segue gráfico que ilustra o panorama das multas.

Gráfico 8: Valores das multas dos TACs - PRTs São Paulo e Campinas



Embora haja fixação de multas para o caso de quebra do compromisso, foi comum encontrarmos a previsão de mecanismos de anistia prévia nos próprios ajustes. Como as justificativas empresariais estavam sendo aceitas em investigações anteriores, elas passaram a constar expressamente dos TACs, como verificamos, dentre vários, no Inquérito Civil n. 303/2013. Trata-se, portanto, de uma anistia *ex ante* quanto às multas, significando que, a despeito da prova de efetiva violação ao TAC, é possível escapar da cobrança de suas multas a depender das justificativas apresentadas.

¹⁰⁶ É possível que a cláusula referente à estipulação de multas em face da empresa não tenha sido lançada no ajuste por erro de digitação, ou que tenha sido incluída minuta do ajuste em vez do documento oficial.

O caráter tolerante do MPT verificou-se, também, quando eram fixadas cláusulas de contenção do crescimento dos valores pecuniários das multas, impedindo uma punição proporcional ao ilícito, como se viu no Inquérito Civil n. 3.137/2010, firmado com uma grande companhia de telefonia celular móvel, limitando o valor máximo da multa em R\$ 400.000,00, independentemente da quantidade de empregados atingidos ou da reincidência nas infrações cometidas.

O que se verifica, portanto, dos dados colhidos, é que o valor das astreintes costuma ser baixo, com valores próximos às multas administrativas do Ministério do Trabalho, enfraquecendo o poder inibitório para repetição ou continuidade do ilícito.

3.3.6 Ausência de indenização do dano moral coletivo nos termos de ajuste

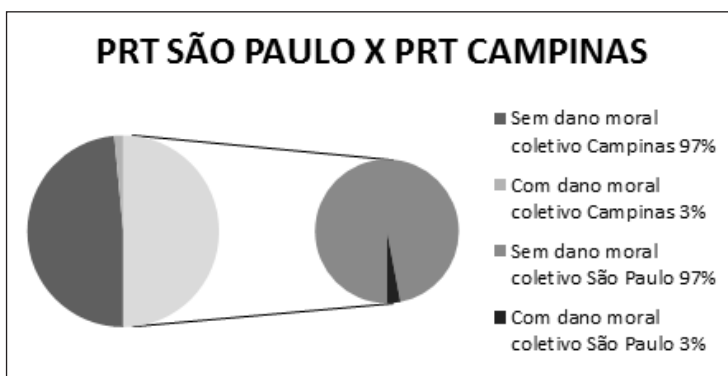
Uma das possibilidades, explicitadas pela doutrina, prevê o pagamento de uma indenização pelas infrações já constatadas durante o inquérito, no termo de ajuste de conduta. Esta sanção pode ser chamada de indenização prévia do dano moral coletivo ou indenização social, representando uma perda financeira imediata em face do investigado. Pode ter caráter reparatório (regularização retroativa) ou compensatório (indenizatório).¹⁰⁷ A indenização do dano moral coletivo distingue-se da multa acima abordada, porquanto representa uma punição imediata pelos ilícitos já cometidos, enquanto a astreinte será imposta em caso de violação futura ao ajuste (caráter inibitório); a indenização incide, assim, *in concreto* para irregularidades comprovadas, ao passo que a multa incide em abstrato e de forma contingencial; a indenização tem por finalidade a compensação integral do dano moral coletivo, enquanto as multas vinculam-se a obrigações de fazer (ou não fazer) específicas do ajuste, assumindo caráter nitidamente punitivo.

Em Campinas, entre 1.185 ajustes analisados, em apenas 46 ocorrências houve previsão de indenização social, o que correspondeu a 3% de todos os termos pesquisados. Em São Paulo, entre

¹⁰⁷ Filgueiras constatou que na sua amostra de TACs raramente há regularização retroativa, seja de salário, seja de registro (2012, p. 261).

547 ajustes pesquisados, em apenas 19 deles houve previsão de indenização social, o que correspondeu também a 3% do total. A pesquisa não avançou, porém, a fim de identificar se houve pagamento efetivo de tais indenizações. A seguir, ilustramos a distribuição desses indicadores em gráfico.

Gráfico 9: Indenização social fixada no TAC



Em Campinas, o maior pagamento de dano moral coletivo foi no montante de R\$ 300.000,00, por sua vez o menor foi no montante de R\$ 500,00, enquanto o maior valor de indenização social encontrado em São Paulo ocorreu no Inquérito Civil n. 1.839/2013, no valor de R\$ 3.000.000,00. Mesmo diante de ilícitos graves, como acidentes de trabalho fatais, não era usual a imposição de perdas pecuniárias imediatas.

Devemos enfatizar também que, em algumas destas ocorrências, o pagamento de indenização decorreu do fato de o termo de ajuste de conduta (extrajudicial) estar vinculado a um processo judicial, ou seja, um TAC foi firmado em um inquérito do Ministério Público como forma de encerrar uma ação civil pública. Isto evidencia, mais uma vez, a fragilidade que o MPT tem de exigir, administrativamente, o pagamento de valores imediatos em face dos investigados. Com ações civis públicas, as sanções imediatas contidas nos ajustes foram maiores.

Na Procuradoria da 2ª Região isto ocorreu com o Procedimento de Acompanhamento Judicial n. 82.2012¹⁰⁸ e com o Inquérito Civil n. 1.835/2013, cujos ajustes foram firmados com indenizações nos valores respectivos de R\$ 1.000.000,00 e R\$ 2.568.000,00, com vistas a pôr fim às lides judiciais. Excluídas estas hipóteses, a taxa de TACs sem punições em São Paulo aumentaria.

Em Campinas, o somatório de indenizações perfez um total de R\$ 1.895.450,00, sendo que o valor médio da indenização social foi de R\$ 41.205,00 (dividindo-se apenas pelos ajustes em que houve indenização). O valor médio total indenizatório, obtido pela divisão por todos os termos de ajuste de conduta firmados, chegaria a R\$ 1.599,53.

Em São Paulo, o acumulado de indenizações sociais foi de R\$ 11.354.492,00, sendo que o valor médio da indenização social foi de R\$ 597.604,84 (para cada ajuste em que houve indenização social). Dividindo-se o valor total indenizatório por todos os TACs assinados, chegar-se-ia à média de R\$ 20.757,76 por ajuste.

Em uma perspectiva comparativa, em apenas uma ação civil pública ajuizada contra uma grande rede varejista nacional, houve condenação da empresa ré no valor de R\$ 3.000.000,00¹⁰⁹ – ou seja, todo o acumulado de indenizações sociais de um ano da Procuradoria de Campinas, envolvendo mais de 1000 investigados, foi inferior ao valor obtido por uma única ação coletiva ajuizada.

O valor médio das indenizações, como se vê, também é baixo, não levando em consideração a proporcionalidade punitiva esperada para ilícitos graves, especialmente aqueles praticados por grandes empresas. O Inquérito civil n. 2.871/2013, por exemplo, teve por objeto um acidente de trabalho com um resultado de dez vítimas fatais, mas não contemplou indenização social no acordo extrajudicial respectivo.

108 Os Inquéritos Cíveis n. 1.837/2013, 1.838/2013, 1.839/2013 e 1.840/2013 também correram em paralelo a uma ação civil pública. Todos os exemplos citados em São Paulo, onde houve pagamento de indenizações sociais, referem-se a ações civis públicas movidas contra empresas que operam o transporte rodoviário municipal.

109 *Lojas Americanas em Itabuna é condenada*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/bahia/lojas-americanas-em-itabuna-e-condenada-em-r-3-mi-por-descumprir-normas-de-saude-e-seguranca-28082015>>. Acesso em: 26 set. 2016.

Com estes dados, observa-se que a comprovação de ilícitos trabalhistas não costuma gerar, na quase totalidade dos casos, o pagamento de valores pelo infrator, já que os TACs não prevêem indenizações para a finalidade de ressarcir a coletividade atingida.

Os motivos pelos quais esta punição não está sendo exigida são vários. O mais elementar deles é a alegação – aceita pelo MPT – de que as empresas não possuem recursos para atender a esta finalidade, levando em consideração as dificuldades econômicas dos investigados, como se verificou no Inquérito Civil n. 173/2013. O discurso da impossibilidade de cumprimento das normas pelos empregadores também foi absorvido pelo Ministério Público do Trabalho: as empresas foram vistas como entes frágeis, que não podem ser incomodados com a exigência dos direitos trabalhistas, sob pena de ser inviabilizado o crescimento econômico e a produção de riqueza (FILGUEIRAS, 2012, p. 94 e 178).

Na maior parte das vezes, os procuradores sequer cobram qualquer valor à empresa investigada, no curso das audiências administrativas onde a negociação do ajuste é feita, limitando-se a exigir o cumprimento futuro de obrigações (tutela inibitória), anistiando condutas infratoras pretéritas.

Poder-se-ia argumentar que o fato de apenas 3% dos ajustes contemplarem indenização social significou, nos demais casos, inexistência de repercussão social a justificar o pagamento de valores pelo compromissário. Porém, isto implicaria dizer que o foco prioritário da atuação ministerial voltou-se para conflitos sem relevância social, o que certamente não corresponderia à realidade.

Em síntese, 97% dos termos de ajustes de conduta não previam qualquer tipo de punição aos infratores por irregularidades legais já cometidas. A não imposição de tal sanção indenizatória implicou a ausência de qualquer tipo de sanção aos infratores pelos ilícitos praticados.

3.3.7 Concessão de prazos

A pesquisa analisou, também, se os termos de ajuste de conduta previam prazos para adequação à lei por parte dos infratores. Estes prazos concedidos nos TACs foram convertidos em dias nesta pesquisa, adotando-se quanto a este indicador um critério uniforme.

Para que se entenda melhor, citaremos um exemplo. Quando uma empresa é flagrada pela Fiscalização do Trabalho sem promover a proteção do seu maquinário ou o fornecimento de EPIs, o Ministério Público chama o infrator para celebrar um compromisso. Neste TAC, pode ser fixado um prazo para que a empresa instale as proteções exigidas pela legislação e entregue os respectivos EPIs. Em pesquisa anterior, Vitor Filgueiras (2012, p. 257) constatou que 70% da amostra colhida de TACs previa prazos para regularização da conduta. Os termos de ajuste de conduta levantados por Geisa Rodrigues (2011, p. 254), em pesquisa que envolveu 220 TACs do MPF, possuíam, por sua vez, prazos estabelecidos em 82,5% dos casos.

Na Procuradoria de Campinas, no ano de 2013, um total de 249 ajustes previa algum tipo de prazo (21%). Em 30 TACs, o prazo concedido foi superior a um ano. Em apenas 40 ajustes houve a fixação de prazo inferior a trinta dias para que o investigado se ajustasse aos ditames legais. Cerca de 180 ajustes tinham prazos com duração superior a trinta dias e inferior a um ano. O maior prazo concedido foi de 1.095 dias, no Inquérito Civil n. 1.761/2012.

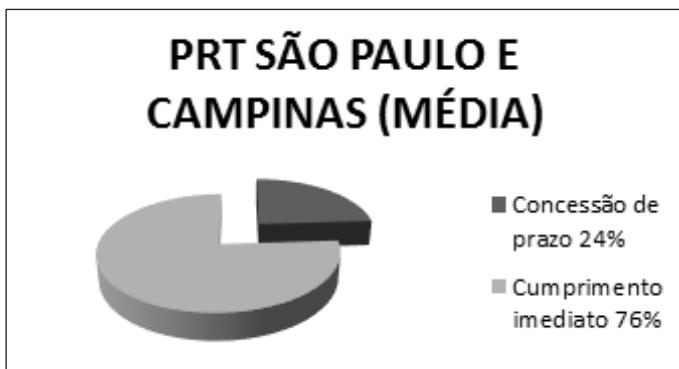
Em São Paulo, neste ano, um total de 152 ajustes previa algum tipo de prazo (27%), percentual superior àquele encontrado em Campinas. Em 30 termos de ajuste, o prazo concedido foi superior a um ano. Os maiores prazos concedidos, superiores à média, foram fixados em 1.800 dias (5 anos) nos Inquéritos civis n. 498.2012, 1867.2012 e 1877.2012, relativos à contratação de pessoas com deficiência.

No entanto, em procedimentos variados, prazos extensos foram concedidos para outro tipo de obrigações, como no Inquérito Civil n. 1.087/2012, em que foi constatada a contratação de uma cooperativa irregular por entidade hospitalar, tendo sido conferido um prazo de dois anos para que referida empresa substituisse a mão de obra ilegal por uma contratação nos moldes da lei. Outro exemplo de flexibilidade temporal ocorreu no Inquérito Civil n. 160/2013, versando sobre jornada de trabalho, suspendendo a imposição de quaisquer multas em face do compromissário por cento e vinte dias. A concessão de prazo ocorrida no Inquérito Civil n. 1.867/2012, por sua vez, dizia respeito à obrigação de implementar a cota de contratação de pessoas com deficiência, estipulando cinco

anos para esta adaptação normativa. O termo de ajuste de conduta, firmado em abril de 2013, com uma das maiores operadoras de telefonia móvel do Brasil, previa prazo de um ano para que a empresa cumprisse regras básicas de jornada e descanso previstas na CLT (arts. 59, 66 e 71), tais como o respeito ao limite de duas horas extraordinárias por dia.

A regra, porém, em São Paulo e Campinas, era que os ajustes não previssem qualquer tipo de prazo para adequação à lei. Ainda assim, o fato de que, em média, 24% dos TACs celebrados em ambas procuradorias continham algum tipo de prazo representou uma significativa vantagem econômica para os investigados, uma vez que tiveram dilação temporal para cumprir a lei, significando um salvo-conduto para continuarem violando as normas trabalhistas.

Gráfico 10: Previsão de prazo para cumprir a lei nos TACs



Não podemos aqui deixar de tecer críticas a este comportamento flexibilizatório de concessão de prazos.

Em primeiro lugar, porque refere-se a obrigações expressamente previstas em lei, não criando novos deveres jurídicos aos investigados. Estimulam também outros empregadores a terem a mesma oportunidade (oportunidade de delinquir).

Em segundo lugar, porque obsta a atuação de órgãos de fiscalização como Ministério do Trabalho, CERESTs e outros. Impacta, por

exemplo, na atuação dos auditores-fiscais do trabalho, que se vêem impedidos de autuar as empresas ou até de embargar obras com risco grave e iminente à integridade física dos trabalhadores. Foi o que se deu nos autos do Mandado de Segurança n. 11.612.98.2016, em curso na Vara do Trabalho de Aparecida de Goiânia/Goiás. A empresa investigada havia lavrado um termo de ajuste de conduta com o Ministério Público do Trabalho com obrigações de adequação à Norma Regulamentadora n. 12, que trata de proteção do maquinário industrial, com vigência somente a partir do ano de 2019. Ocorre que os auditores-fiscais compareceram à empresa e constataram que, com aqueles equipamentos, o risco de acidentes de trabalho era iminente. Por isso, interditaram algumas das máquinas da empresa investigada. Inconformada, a empresa ingressou com mandado de segurança contra a paralisação efetuada pelos auditores, argumentando que o Ministério Público lhe concedera um prazo de 3 anos para a total adequação, sendo que neste intervalo suas atividades não poderiam ser interrompidas. A Justiça do Trabalho concedeu a liminar, e a empresa voltou a operar com as máquinas desprotegidas. Não é um caso isolado. O mesmo aconteceu no Rio Grande do Sul, no Município de Glorinha, quando auditores interditaram uma fábrica de móveis planejados (modulados) em setembro deste ano. Ocorre que, anteriormente, em janeiro de 2014, a empresa firmou um termo de ajuste de conduta com o MPT, cujo prazo de cumprimento, quanto aos mesmos itens de segurança do trabalho, somente venceria em 30 de novembro de 2016. Com base neste compromisso, ingressaram com o Mandado de Segurança n. 21.490-69.2016.5.04.0232, na Vara do Trabalho de Gravataí.

Em terceiro lugar, porque gera repercussões práticas aos trabalhadores. A concessão de prazos nos termos de ajuste pode ser extremamente prejudicial aos trabalhadores porque gera impactos diretos aos obreiros, como risco de morte e mutilações em maquinário desprotegido. Exemplificativamente, no termo de ajuste firmado no Inquérito Civil n. 228/2013, houve fixação de prazos de 180 dias para o cumprimento de obrigações legais que versavam sobre a segurança e saúde do trabalhador (como concessão de EPIs e instalação de dispositivos de segurança nas máquinas), sendo intuitivo, neste

caso, que a falta de proteção no maquinário e de EPIs tinha alto potencial para engendrar acidentes de trabalho.

Quando prazos são concedidos para o cumprimento de normas de segurança, a chance de reincidência é alta, podendo ocorrer novos acidentes de trabalho graves ou até mesmo fatais, como foi verificado no Inquérito civil n. 1.747/2011, em que um acidente de trabalho ocorreu após a assinatura do ajuste. O TAC foi firmado em junho de 2013 com uma empresa terceirizada de uma das maiores montadoras de automóveis do País, com prazos de regularização variando de 30 a 180 dias. Ocorre que, 3 meses depois, um acidente de trabalho ocorreu.¹¹⁰

De igual forma aconteceu no Inquérito civil n. 1.176/2013, ou seja, houve um acidente laboral após a assinatura de um termo de ajuste. O TAC foi firmado em 24.6.2013, determinando o dever da empresa em observar a Norma Regulamentadora de n. 12 no prazo de 180 dias, além da observância das Normas Regulamentadoras n. 6 (EPIs e EPCS) e 17 (Ergonomia). Ocorre que a cláusula oitava do ajuste foi desrespeitada, como ficou evidenciado em março de 2016, cobrando-se uma reduzida multa de R\$ 30.000,00, tendo ocorrido novo acidente de trabalho.¹¹¹

Não são, assim, aspectos formais ou meramente patrimoniais do contrato de trabalho: o objeto dos compromissos extrajudiciais (obrigações que visam a proteger a saúde dos empregados) está sendo transacionado, deixando-se claro que o descumprimento do TAC gera efeitos reais e prejudiciais aos trabalhadores.

O prazo concedido para futura adequação interferiu, também, no viés pró-cumprimento do TAC acima referido, fazendo com que a informação de que o TAC foi cumprido deva ser relativizada, sendo muito provável que, no curso do prazo fixado pelo Ministério Público, o compromissário estivesse em desacordo com a lei.

110 No Inquérito Civil n. 74/2007, também houve morte após a violação do ajuste.

111 No Inquérito Civil n. 368.2013, foi constatado um acidente de trabalho fatal, tendo o trabalhador morrido eletrocutado. Mesmo após a fatalidade, o compromisso concedeu um prazo de 90 dias para a fazenda adequar-se à legislação (Norma Regulamentadora n. 10): o TAC, firmado em agosto de 2013, foi descumprido quanto à cláusula 12, que tratava da indenização social pelo acidente fatal ocorrido.

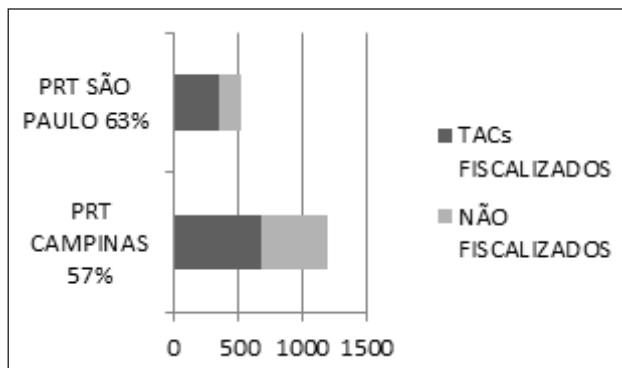
3.3.8 Fiscalização insuficiente dos termos de ajuste de conduta

Não é suficiente para o Estado a simples assinatura do termo de ajuste de conduta, sendo fundamental também que o ajuste seja fiscalizado, como afirma a unanimidade da doutrina por nós consultada.

No que tange à fiscalização dos termos de ajuste de conduta, verificou-se em Campinas que um total de 675 TACs foram fiscalizados, o que representou cerca de 57% de todos aqueles que foram pesquisados, ou seja, mais da metade. Em São Paulo, entre 547 ajustes, houve fiscalização em 348 deles, o que representou 63% de todos aqueles que foram pesquisados.

Considerando que seria razoável esperar-se a fiscalização de todos os ajustes após a respectiva celebração, as taxas encontradas de compromissos sem monitoramento (37% e 43%) podem ser consideradas elevadas. Isto é, levando em conta o discurso amplamente difundido de que a efetividade do TAC deve ser aferida através da sua fiscalização sistemática, o indicador encontrado é significativo de um padrão de atuação que pode não estar priorizando esta fiscalização.

Gráfico 11: Taxa de fiscalização dos TACs - PRT São Paulo e Campinas



Embora a maioria dos TACs tenha sido fiscalizada, é importante mencionar que 43% dos ajustes não foram objeto de fiscalização em Campinas, e 37% não foram fiscalizados em São Paulo (média geral de 40%).

A falta de fiscalização dos TACs pode se dar por vários motivos, muitos deles justificáveis como: o baixo quantitativo de auditores-fiscais;¹¹² o caráter conciliatório da Inspeção do Trabalho, que não formaliza os ilícitos; a recusa das empresas em apresentar documentos;¹¹³ o encerramento de atividades empresariais; a deliberação de arquivamento prematuro da investigação pelo procurador. No entanto, ressaltamos que estes ajustes foram firmados no ano de 2013 e nosso estudo de casos analisou o banco de dados do MPT até setembro de 2016. Houve, assim, pelo menos três anos para que os TACs fossem objeto de algum tipo de fiscalização. Se, neste período de tempo, um percentual médio de 40% dos TACs não foi inspecionado, tem-se um indicador de que a efetividade do TAC não é priorizada pela instituição ou, ao menos, é comum os compromissários não se submeterem a este controle.

Inúmeros expedientes podem ser utilizados para fugir desse monitoramento: baixa do cadastro da empresa junto à Receita Federal – praxe utilizada por empregadores de médio porte; suspensão ou paralisação de obras em determinada região; restrição do ajuste à matriz (ou filial);¹¹⁴ transferência de trabalhadores de uma empresa para outra de mesmo grupo econômico; comprovação de rescisão provisória (ou meramente formal) de empregados. São artifícios comuns que impedem o controle do compromisso, como se infere do despacho proferido no Inquérito Civil n. 80/2013, onde houve arquivamento da investigação pois o compromissário alegou que não mais mantinha – temporariamente – obras em funcionamento. Referida informação permitiu que a empresa compromissária não tivesse que se adequar ao ajuste por um tempo.

Outra forma de o investigado eximir-se do cumprimento do ajuste é através da afirmação de que encerrou – definitivamente – suas

112 Até 2011, havia 2.955 fiscais no Brasil (FILGUEIRAS, 2012, p. 247). Em setembro de 2016, havia cerca de 2518 auditores-fiscais do trabalho em atividades, conforme “Boletim de Baixas Quinzenal” elaborado pelo AFT Sílvio Carlos Andrade da Silva, constante do grupo de *e-mails aftbrasil*.

113 Quando a empresa não comparece ao chamado da Inspeção do Trabalho, normalmente a fiscalização é encerrada (FILGUEIRAS, 2012, p. 238), o que também é uma estratégia eficaz para fugir do TAC.

114 Apesar de os procuradores, não raro, acatarem este argumento, a Justiça do Trabalho refuta este entendimento: “TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. GRUPO ECONÔMICO. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) assinado por uma empresa obriga todas as demais do grupo econômico do qual ela é integrante” (TRT da 3.ª Região; Processo: 0000237-94.2011.5.03.0016 AP; Data de Publicação: 29/08/2011; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Jose Murilo de Moraes; Revisor: Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida).

atividades, ou que seu quantitativo de empregados foi reduzido, como aferiu-se no Inquérito civil n. 24/2013, sem que o procurador determinasse, entretanto, a realização de uma inspeção *in loco* para verificar se tais informações eram verdadeiras. Semelhantemente ao quanto observado na Justiça do Trabalho, por Adalberto Cardoso e Telma Lage (2007, p. 106), a extinção da empresa fragiliza a efetividade da legislação trabalhista, o que se faz mais agudo diante de pequenas e médias empresas.

É o que se observou, ainda, do caso relatado no Procedimento Preparatório n. 118.2013, quando, após a formalização do compromisso extrajudicial, a empresa informou que não mais possuía obras na área de atuação da Procuradoria, considerando o MPT sanada a questão. Arquivar a investigação, nestes casos, é um procedimento autorizado pelo Conselho Superior do MPT, pelo Precedente n. 10,¹¹⁵ mas, diferentemente do que disciplina o órgão, a busca exaustiva da localização do compromissário não foi necessária para o encerramento dos inquéritos.

A alegação de que o termo de ajuste de conduta diz respeito à matriz, enquanto os autos de infração que comprovariam a violação deste foram lavrados na filial, também permitia esquivar-se do ajuste, como observamos no Inquérito Civil n. 357/2013, em que o TAC não teve as multas cobradas pela sua vinculação à sede, e não à filial. Neste caso, o descumprimento do ajuste foi sucedido por um outro compromisso, uma vez que o primeiro empreendimento estava “imunizado” contra a fiscalização. Outra forma de não se submeter ao TAC era através da terceirização, seja ela lícita ou ilícita (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 161), transferindo trabalhadores para outra empresa, do mesmo grupo econômico ou não.

Encerrar o inquérito sem questionamento quanto ao cumprimento da avença pelo compromissário não é um comportamento ilegal. No entanto, demonstra que, em muitos casos, o Ministério Público não está privilegiando a fiscalização do acordo extrajudicial e, conseqüentemente, a efetividade dos direitos transindividuais.

115 EMPRESA – SOCIEDADE – ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES OU IMPOSSIBILIDADE DE LOCALIZAÇÃO. “Nos procedimentos investigatórios onde restar configurado o encerramento de atividades de empresa, sociedade ou entidade investigada ou denunciada, ou tornar-se impossível sua localização, após a exaustão das diligências, atestados pelo procurador vinculado ao feito, poderá o Conselheiro Relator, por despacho, homologar a promoção de arquivamento, devolvendo o processo à origem”.

O arquivamento automático ocorrido, por exemplo, no Inquérito Civil n. 254/2013 era um expediente habitual: tão logo o compromisso era assinado, a investigação encerrava-se, sem maiores questionamentos sobre o cumprimento da lei pelo compromissário. Grande parte dos TACs não fiscalizados da nossa amostra é originária de inquéritos arquivados logo após a assinatura do termo de ajuste de conduta, o que implica dizer que estes compromissos não foram (nem serão) monitorados. Caso os TACs fossem efetivamente fiscalizados – e não sumariamente arquivados –, o percentual de descumprimento também tenderia a crescer.

Quando não havia arquivamento automático, era comum haver cumprimento presumido, ou seja, considerava-se cumprido aquilo que não foi fiscalizado. É o que se evidenciou do despacho proferido no Inquérito Civil n. 1.308/2007, ressaltando o procurador que a lavratura do termo de ajuste de conduta, abrangendo o objeto da investigação, é razão suficiente para o arquivamento da investigação, uma vez que, no seu entender, a lei não exige a fiscalização *ad eternum* do termo lavrado. O Inquérito Civil n. 6.113/2012 também adotou o cumprimento presumido, uma vez que, após doze meses de assinado o TAC, arquivou-se a investigação pois não houve qualquer denúncia que indicasse o descumprimento do acordo.

A justificativa apresentada no Inquérito Civil n. 2.254/2013 também legitimou esta presunção de cumprimento, pois, no entender do MPT, há diversas formas de se fiscalizar o cumprimento de um TAC, o que pode ser feito de forma direta ou indireta, esta consistente na espera de uma comunicação de eventual descumprimento. O permissivo para arquivar a investigação, sem qualquer fiscalização do termo de ajuste de conduta, foi encontrado, ainda, no Inquérito Civil n. 2.802/2013, quando, passados mais de 3 meses da assinatura do TAC, sem notícia de que o investigado contratava menores de 16 anos, isso significava o adequado cumprimento do ajuste.

Para concluir este tópico, em não havendo fiscalização direta do TAC, a ausência de notícias de descumprimento – desconsiderando que o acesso do trabalhador a órgãos públicos é difícil – ensejava o cumprimento presumido da avença, em muitas hipóteses.

3.3.9 Fiscalizações superficiais

A realização de fiscalizações superficiais para aferição do cumprimento dos TACs impactou fortemente no percentual de ajustes que foi por nós considerado cumprido. Estas fiscalizações costumavam ser realizadas por auditores-fiscais do Trabalho do Ministério do Trabalho, mas também, eventualmente, envolviam outros órgãos públicos e o próprio MPT.

O que possivelmente explica o caráter raso destas fiscalizações é a falta de conhecimento técnico e legal, decorrente de uma falta de capacitação das autoridades que inspecionam os ajustes, ainda que a hipótese de corrupção não possa ser desconsiderada. O Ministério do Trabalho já demitiu 173 servidores desde 2003, a grande maioria deles por corrupção. No ano passado, 21 funcionários foram expulsos do órgão, de acordo com o documento intitulado “Relatório das punições expulsivas consolidado por ano 2003 a 2015” da Controladoria Geral da União (CGU, 2016), sendo o Estado de São Paulo vice-recordista em demissões disciplinares.¹¹⁶

Em outro sentido, quando se diz que os TACs foram fiscalizados, estamos afirmando que algum tipo de fiscalização ocorreu, ainda que restrita à apresentação de documentos selecionados pelo próprio compromissário. O ideal seria que o próprio Ministério Público, ou a Inspeção do Trabalho, empreendessem esta fiscalização, mas fomos conservadores e consideramos cumprido o ajuste, mesmo diante da parcialidade decorrente do fato de que os principais interessados é que provaram suas alegações.¹¹⁷

A superficialidade na ação fiscal, também constatada por Vitor Filgueiras (2012, p. 147),¹¹⁸ é o que se observa dos sintéticos relatórios de fiscalização que foram por nós analisados, como exemplificamos abaixo:

116 Diante dos casos já comprovados de desvios funcionais dos auditores-fiscais, por certo um dos fatores que repercutiu na quantidade de TACs cumpridos foi essa condição, sendo plausível supor que se trata de prática generalizada no Ministério do Trabalho que atua na 2ª região/SP; como constatei em conversa informal com auditores-fiscais que atuam na Corregedoria do órgão.

117 Quando os sindicatos fiscalizavam os ajustes, a imparcialidade também era manifesta.

118 Nem todo item da legislação trabalhista é fiscalizado e, mesmo quando há inspeção, a infração não é necessariamente detectada, além do agravante do tipo de fiscalização efetuada, que normalmente é panorâmica (FILGUEIRAS, 2012, p. 147). As fiscalizações também não têm caráter retroativo.

Inquérito civil nº. 185.2013.

Em diligência constatei, face aos documentos exibidos, o atendimento ao isento TAC.¹¹⁹

À consideração.

Guarulhos, em 01.12.14.

O caráter flexível da Inspeção do Trabalho, sem atuação imediata, constituía outro elemento para desvirtuar a taxa de efetividade dos termos de ajuste de conduta, especialmente na 2ª região (São Paulo). Exemplo deste caráter flexível da ação fiscal, que considera efetivamente cumpridos os itens dos TACs – ainda que não o sejam –, foi encontrado no Inquérito Civil n. 210/2013, tendo o MPT firmado um TAC prevendo o pagamento tempestivo do salário dos professores de determinada escola particular. A Inspeção do Trabalho fiscalizou a compromissária e constatou que cinco professores recebiam seus salários em desconformidade com a quantidade de aulas proferidas, descumprindo, assim, a cláusula 1ª do TAC. Os auditores-fiscais do Trabalho permitiram que a investigada regularizasse a sua conduta, deixando de multá-la. Com isto, o ajuste foi considerado cumprido, e a investigação foi arquivada pelo MPT.

Ao invés de estender a investigação para toda a população de trabalhadores da empresa compromissária, era comum que a fiscalização dissesse respeito a apenas alguns destes obreiros, selecionados por amostragem. No Inquérito Civil n. 1.370/2013, o termo de ajuste de conduta versava sobre proibição do excesso de jornada, tendo o MPT solicitado os cartões de ponto apenas dos empregados cujas letras iniciais dos respectivos nomes continham as consoantes “J” e “M”. Como não foram encontradas irregularidades em relação aos empregados escolhidos, o ajuste foi considerado cumprido.

O monitoramento do ajuste, restringindo a esfera de trabalhadores potencialmente atingidos, era uma praxe. No entanto, este procedimento acaba por não visualizar o descumprimento, caso ele tenha se dado em relação à amostra não solicitada, repercutindo, pois, no índice de efetividade dos ajustes, sugerindo, ainda, que o padrão de controle dos ajustes era superficial e sem maiores detalhamentos.

119 Consideramos este TAC cumprido.

3.3.10 Alto índice de descumprimento dos ajustes

Para que se tenha uma correta compreensão do índice de efetividade dos termos de ajuste de conduta, é necessário que sejam feitas algumas ressalvas em relação aos fatores que levaram a pesquisa a um viés favorável ao cumprimento dos acordos extrajudiciais.

Neste sentido, devemos ponderar, inicialmente, o fato de os TACs serem recentes, assinados no ano de 2013, pois quanto mais fiscalizações incidentes sobre o ajuste, mais chances de flagrantes da sua violação. Acordos extrajudiciais recém-celebrados supõem que os compromissários estão mais atentos às exigências legais consentidas. Além disso, o reduzido número de cláusulas constantes dos acordos impactou neste indicador, pois quanto mais dispositivos contratuais, mais chances de os preceitos serem violados.

Como vimos acima, a realização de fiscalizações genéricas, formais, superficiais e com prazos de correção dos ilícitos também influenciou o indicador de efetividade dos compromissos extrajudiciais, fenômeno aliado a uma confiança desmesurada do MPT na veracidade dos documentos constantes dos inquéritos, em especial aqueles apresentados pelos próprios investigados. Outros meios de prova, como sistemas informatizados do Ministério do Trabalho, não foram por nós consultados para elidir as afirmações constantes das investigações. Neste sentido, a aferição do cumprimento dos TACs foi meramente formal, restrita à documentação constante dos inquéritos.

O estudo de casos considerou verdadeiras as manifestações dos procuradores do trabalho, auditores-fiscais do trabalho ou analistas periciais, informando que houve fiscalização do ajuste e constatação do seu cumprimento. Mas não se deve esquecer que estas fiscalizações envolviam apenas uma amostra do universo de trabalhadores; que muitas delas não se davam nos locais de trabalho, mas através da análise de documentos; e que a fraude empresarial, visando à ocultação dos ilícitos, é algo comum. Assim, este índice de cumprimento é perfeitamente falseável.

Em muitas ocasiões, a afirmação de cumprimento do ajuste já contradizia as informações constantes do relatório ou do despacho do procurador, como vimos, por exemplo, no Inquérito Civil n. 31/2013 – no qual o MPT afirmou que a Auditoria-Fiscal constatou uma única

violação relativa à jornada de trabalho, mas que, pelo seu caráter pontual, não ensejaria a lavratura do auto de infração, arquivando-se a investigação –, ou, também, no Inquérito Civil n. 1.370/2013, em que a análise dos cartões de ponto revelou desrespeito ao intervalo intrajornada, mas como isto se deu para poucos empregados, em episódios eventuais, significava o cumprimento do TAC.

Do ponto de vista metodológico, não coadunamos com a interpretação do MPT de que violações pontuais e eventuais configuram cumprimento do ajuste, uma vez que se a infração atingiu apenas um trabalhador, ou se deu em apenas um evento, consiste em desrespeito ao TAC. Estas irregularidades ensejam, sem grandes controvérsias, a cobrança das multas estabelecidas no TAC, ainda que de forma proporcional à extensão da violação, sendo certo que a previsão de penalidades *per capita* ou com incidência diária tem justamente a finalidade de ponderar esta equivalência. Deve ser dito, também, que o infrator adere às cláusulas do ajuste de forma espontânea, comprometendo-se a cumprir o TAC em sua inteireza, e não de forma parcial ou precária. De qualquer forma, estas violações eventuais ou episódicas – ainda que possam representar anistia de multas – não poderiam significar, a *contrario sensu*, o cumprimento do ajuste para os fins desta pesquisa, sendo correto entender-se que se trata de descumprimento parcial.

Nosso método considerou, ainda, que a violação de apenas uma cláusula foi considerada um descumprimento do ajuste. Pode-se imaginar que se trata de um exagero considerar que a violação a apenas uma cláusula caracteriza inefetividade do ajuste, mas não é. Como vimos acima, 25% dos TACs firmados em Campinas continham apenas uma cláusula (ou seja, 100% do TAC seria descumprido) ao passo que 41% dos compromissos continha apenas duas cláusulas (ao menos, 50% da íntegra do TAC seria violada). Em São Paulo, 96 ajustes (17%) continham apenas uma cláusula, enquanto 230 TACs (42%) continham até duas cláusulas. Significa dizer que o desrespeito a apenas uma cláusula pode abranger a íntegra ou a metade do conteúdo do ajuste em pelo menos 41,5% de todos os casos.

O caráter conciliatório das fiscalizações do Ministério do Trabalho, permitindo a concessão de prazos, por nós já apontado, também interferiu no índice de cumprimento dos ajustes. Dentre muitos casos concretos, no Inquérito Civil n. 1.839/2013, verificou-se que a empresa não havia ajustado o registro dos seus motoristas empregados, obrigação constante do TAC, mas o auditor-fiscal do trabalho não formalizou a infração, sob o fundamento de que tais mudanças eram recentes, relativizando o ilícito do art. 29 da CLT porque estavam sendo gerados um número considerável de empregos.

Em contrapartida, quando o cumprimento era efetivamente constatado, somente uma fiscalização costumava ser feita, com breve duração de dias da ação fiscal, não se realizando duas aferições de cumprimento dos TACs em nenhum inquérito pesquisado. O quantitativo de empregados entrevistados e de documentos solicitados costumava dar-se por amostragem, evidenciando a superficialidade das ações fiscais também da Inspeção do Trabalho. O aprofundamento da fiscalização do TAC, com inspeções repetidas na empresa, não era a regra. Na totalidade dos casos por nós pesquisados, um mero episódio de cumprimento já ocasionava a interpretação de que o universo de obrigações de trato sucessivo estava sendo respeitado, como se observou do Procedimento n. 39.2013, cujo TAC versava sobre descanso e jornada de trabalho (obrigações de trato sucessivo), mas cuja investigação foi arquivada após uma única fiscalização do ajuste.

Apesar de muitos ajustes conterem, ao final, a previsão de que o arquivamento da investigação não impedia o desarquivamento futuro à vista de novas denúncias, tratou-se de hipótese que não foi encontrada, o que sugere que os denunciantes (trabalhadores ou sindicatos) não têm fácil acesso de comunicação com as instâncias do Ministério Público do Trabalho.

A fiscalização dos TACs costumava ter um caráter restrito, só dizendo respeito, exata e literalmente, ao quanto disposto em suas cláusulas. Consoante se apreendeu do Inquérito Civil n. 332/2013, apesar de constatada irregularidade quanto ao descanso semanal dos trabalhadores, a investigação foi encerrada pois o TAC somente versava

sobre descanso de onze horas entre duas jornadas de trabalho. Com efeito, a interpretação restritiva¹²⁰ era a mais utilizada pelos procuradores do trabalho nos inquéritos estudados, para considerar cumprido um termo de ajuste de conduta, o que mais uma vez inflacionou o indicador de cumprimento do TAC.¹²¹

Outro fator que impediu a constatação do real indicador de eficácia dos TACs foi a ingenuidade do *Parquet* trabalhista, aliada à crença na boa fé do infrator. Um certo grau de credulidade na intenção dos compromissários em colaborar com as investigações foi encontrado na forma de atuação do MPT, não se suspeitando que os investigados poderiam estar ocultando provas desfavoráveis aos seus interesses.

Em um dos inquéritos, o infrator comprometeu-se a não manter empregados sem registro, sendo intuitivo imaginar que a empresa não iria apresentar ao órgão de investigação documentos que evidenciassem trabalhadores sem carteira assinada. Com efeito, somente uma fiscalização no estabelecimento empresarial (*in loco*) permitiria a aferição de que o ajuste estava sendo cumprido. Entretanto, a apresentação de documentos pelo próprio investigado, que demonstrava o registro dos seus empregados, foi aceita como forma de permitir o arquivamento do inquérito, como se verificou, dentre muitos, no Inquérito Civil n. 208/2013.

Não foram comportamentos excepcionais, mas sim generalizados, permitindo o encerramento das investigações por cumprimento do ajuste, como também se deu no Inquérito Civil n. 57/2013, cuja prova documental, selecionada previamente pela empresa, serviu para aferir o cumprimento da obrigação de não contratar menores de 18 anos de idade.

120 O TAC sob comento tinha por tema Jornada de Trabalho e impunha a concessão de intervalo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho. Para fiscalizar o ajuste, o auditor encontrou a irregularidade de falta de concessão de 24 horas de descanso na semana (trabalho de segunda a segunda), cujo tema é também Jornada de Trabalho. Não estamos afirmando que o TAC foi desrespeitado, mas apenas que a ideia que deveria permear os membros do MPT é a necessidade de adequação da empresa à matéria Jornada de Trabalho como um todo, sob pena de termos TACs contendo apenas uma cláusula, renovados ano a ano, à medida em que as infrações forem constatadas.

121 Em contrapartida, quando o TAC era violado, em vez de as multas serem exigidas, era usual solicitar-se nova fiscalização, o que significa a atribuição de um juízo de valor diferente para cada um dos comportamentos empresariais.

Por fim, outra circunstância que incrementou o índice de cumprimento dos acordos extrajudiciais foi o fato de que o monitoramento dos ajustes era feito por órgãos sem *know how* em investigações trabalhistas. Em São Paulo (2ª Região), a fiscalização pelo Ministério do Trabalho não era a regra, com a realização de investigações por entidades pouco familiarizadas com a seara trabalhista, como a vigilância sanitária, delegacias da polícia civil, sindicatos profissionais, conselhos de ética profissional, entre outros. Ademais, a forma de fiscalização de documentos técnicos ou de obrigações legais que exigem inspeção *in loco*, por vezes, era também inapropriada.

A falta de conhecimento sobre a matéria ficou evidente no Inquérito Civil n. 594/2013, pois o auto de infração informava que o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais não contemplava algumas das funções existentes na empresa. Há um relativo consenso de que este ilícito implica a ausência de efetiva implementação do PPRA (pela conjugação do item 9.3.3, *d*, com item 9.1.1 da Norma Regulamentadora n. 9), cuja obrigação constava do TAC. No entanto, como a descrição da infração não coincidia literalmente com a cláusula do ajuste, reputou-se cumprido o acordo.

Deve ser dito, ainda, que o MPT por vezes adota o procedimento de chamar várias empresas, do mesmo setor econômico, para celebrar TACs padronizados em sequência, o que ocorreu, por exemplo, no que tange à exigência do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB, exigido por leis estaduais). Esta assinatura de TACs em série costuma ser precedida de um procedimento promocional de políticas públicas (PROMO), com esclarecimento aos empregadores sobre a legislação. Em seguida, individualmente, são chamadas as empresas para se adequarem através de um compromisso, de forma célere, não sendo obrigatória a ocorrência de ilícitos prévios aos TACs nestes casos. Entretanto, estes ajustes preventivos não foram fiscalizados *in loco*, até mesmo porque a prova do cumprimento decorria da apresentação do referido auto de vistoria. Ocorre que este conjunto de TACs (31 acordos ou quase 1,5% de todos), contendo apenas uma obrigação, enviou bastante a amostra porque

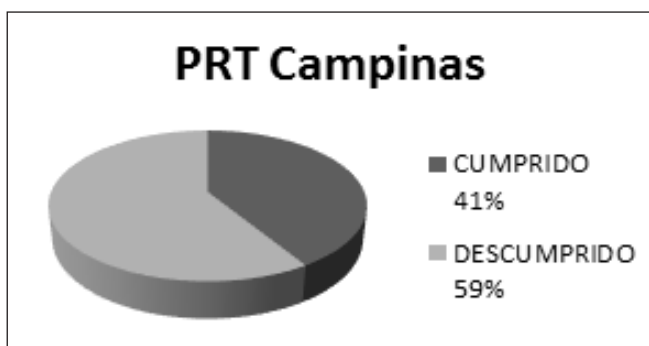
foram majoritariamente considerados cumpridos, como se deu no Inquérito Civil n. 62/2013.¹²² Com a exclusão destes eventos, o indicador de descumprimento possivelmente seria incrementado.

Todos estes fatores geraram viés favorável à efetividade dos termos de ajuste de conduta em nossa pesquisa. Sem esse olhar atento, a taxa de cumprimento dos ajustes pode parecer suficiente para a efetividade da legislação trabalhista, mas as provas acima trazidas evidenciam que a ineficácia tende a ser muito superior ao percentual encontrado.

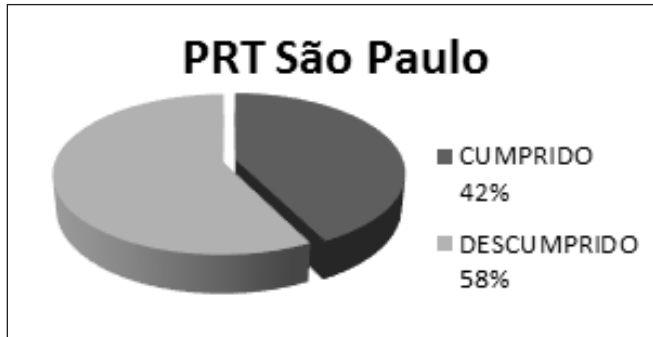
Os dados aqui apresentados representam apenas a parte mais evidente de um grave problema de subnotificação dos ilícitos. Expostas todas estas restrições, no que diz respeito ao índice de cumprimento (ou descumprimento) dos termos de ajuste de conduta, ainda assim os resultados foram conclusivos quanto à sua ineficácia.

Dentre 675 ajustes fiscalizados em Campinas, 397 TACs foram violados em 2013 (59% de inefetividade), enquanto, em São Paulo, dentre 348 ajustes fiscalizados, 200 TACs foram violados no mesmo ano (58% de inefetividade).

Gráfico 12: Taxa de cumprimento dos TACs em Campinas



¹²² O mesmo expediente ocorreu nas investigações envolvendo a lavoura do abacaxi, na Procuradoria de Campinas, culminando em mais de 30 TACs preventivos (1,5% de tudo) com os investigados (como exemplo, citamos o Inquérito Civil n. 262/2013)

Gráfico 13: Taxa de cumprimento dos TACs em São Paulo

Em sentido contrário, isso implica dizer que somente 41% dos TACs firmados na Procuradoria de Campinas no ano de 2013 foram respeitados (278) e que apenas 42% dos ajustes firmados na Procuradoria de São Paulo, no mesmo ano, foram observados (148), representando uma baixa taxa de efetividade da atuação extrajudicial.

Verifica-se, desta maneira, que mais da metade de uma amostra que representa 15% dos termos de ajustes de conduta firmados no Brasil em 2013 foi transgredida, significando que o instrumento prioritário de atuação do Ministério Público do Trabalho não tem conseguido implementar suficientemente a legislação trabalhista.

Como pressuposto, acreditamos que a política pública preferencial pela solução extrajudicial deveria estar acompanhada de uma baixa expectativa de violação do termo de ajuste de conduta, somente sendo aceitável, no nosso sentir, um percentual de descumprimento que atingisse uma quota marginal dos casos totais. Ainda que este percentual não pudesse ser predefinido objetivamente (por exemplo, inferior a 10%), é intuitivo que um índice amplo de efetividade fosse esperado por vários motivos.

Quando se leva em conta que o MPT não investiga a totalidade dos ilícitos praticados por todos os empregadores, mas apenas aqueles que são comunicados, é razoável supor que a amostra de vigilância estatal tenha um desempenho amplamente favorável no que tange ao

cumprimento da lei pelo conjunto da população investigada; afinal, a meta do Ministério Público do Trabalho é a efetivação integral das normas trabalhistas sobre os alvos de sua atuação.

Este índice de efetividade deveria ser muito superior à média encontrada de 41,5%. Em primeiro lugar, porque o ajuste de conduta representa uma segunda oportunidade para o infrator trabalhista. Como mecanismo de pressão psicológica, a maior insatisfação do Estado em relação a um transgressor que reincide após o ajuste deveria servir como incentivo à sua conduta escorregia. Segundo, porque a adesão ao TAC pelo infrator é um ato voluntário, obtido sem qualquer forma de coação ministerial, sendo aguardado que o investigado cumpra com o prometido. Em terceiro lugar, porque, como os TACs não exigem dispêndio de valores, seria crível imaginar que esta economia de recursos fosse utilizada na correção do ilícito – e não na sua continuidade.

Com efeito, considerando todos estes fatores, a expectativa de uma integral adequação deveria ser a regra, relativamente próxima a 100%.

No entanto, o que observamos é que esta política não atingiu sua finalidade intrínseca de ajustar a conduta dos infratores das normas trabalhistas nas condições de tempo e lugar pesquisadas, uma vez que, em média, 58,5% dos termos de ajuste de conduta celebrados foram desrespeitados, demonstrando-se, empiricamente, que a resolução extrajudicial dos conflitos, defendida pela doutrina como fundamento para fuga à judicialização, não está sendo implementada.

Se confrontado este índice com o total de TACs firmados (fiscalizados ou não), verifica-se que apenas 23% dos ajustes foram respeitados em Campinas, uma vez que 397 foram violados, dentre o universo de 1.185 ajustes, e os demais sequer foram monitorados (658). Em São Paulo, apenas 27% de todos os ajustes (fiscalizados ou não) foram respeitados (148 foram cumpridos, 199 não foram monitorados, dentre 547 TACs ao todo).

Este quantitativo de 23% e 27% é bastante significativo para inviabilizar afirmações no sentido de que os TACs gozam de ampla

efetividade, porque, em média, apenas 25% de todos os compromissos extrajudiciais celebrados pelo Ministério Público do Trabalho são comprovadamente efetivos.

Gráfico 14: Panorama Geral dos TACs - PRT Campinas

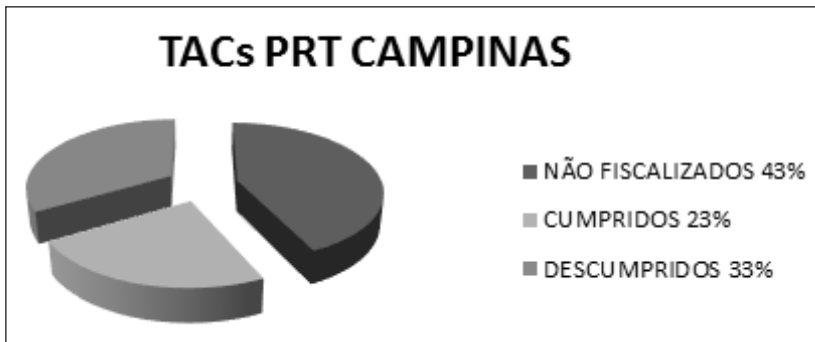
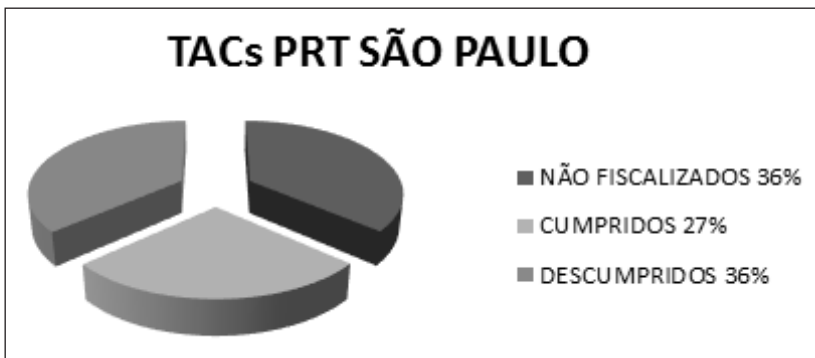


Gráfico 15: Panorama Geral dos TACs - PRT São Paulo



Sob outra perspectiva, cerca de 75% de todos os compromissos ministeriais (envolvendo as Procuradorias de Campinas e São Paulo) ou não são cumpridos, ou não são fiscalizados, de forma que estes dados permitem relativizar a argumentação de resolutividade extrajudicial, porque apresentam uma tendência de os TACs não serem fiscalizados, e quando o são, serem majoritariamente transgredidos.

O que mais preocupa neste indicador, entretanto, não é o percentual do seu descumprimento em si (58,5%), mas o fato de que um universo ainda maior de empregadores, não abordados pelo Ministério Público do Trabalho, pode ter violado generalizadamente a legislação trabalhista no período.

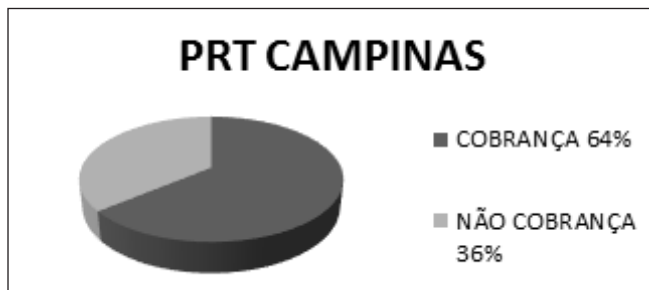
Se a amostra objeto de intervenção estatal contempla uma taxa majoritária de ineficácia e de falta de fiscalização, a população empresarial não abordada pode ter desrespeitado, em percentual muito superior, as normas trabalhistas, em face do incentivo objetivo que os TACs descumpridos oferecem aos agentes externos, quando não impõem indenizações sociais pelos ilícitos já cometidos, como vimos anteriormente.

3.3.11 Baixa execução

Verificamos, ainda, em nosso estudo de casos, o índice de cobrança (aqui chamado de índice de execução em sentido amplo) das multas por violação aos TACs, mas não adentramos no mérito de aferir se as multas haviam sido efetivamente pagas, porque o objetivo era saber, apenas, se o procurador tomava medidas a fim de cobrar, judicial ou administrativamente, as multas decorrentes da infração do ajuste.

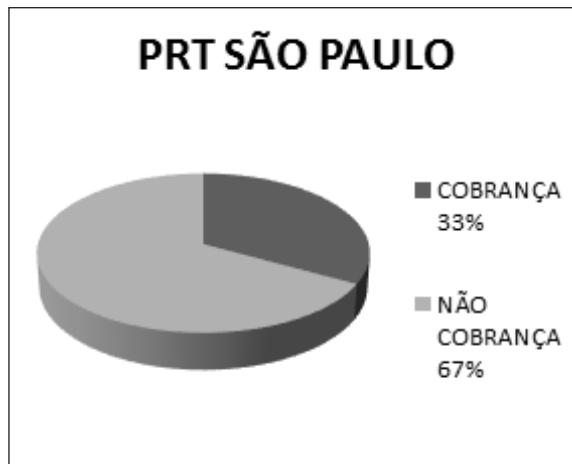
Em Campinas, para um total de 397 violações ao ajuste, houve um total de 254 cobranças de multas, o que significou um percentual de 64% de correlação. A despeito de a maioria dos TACs violados em Campinas terem sido objeto de cobrança das multas, um percentual significativo não foi executado/cobrado (36%).

Gráfico 16: Taxa de cobrança das multas - PRT Campinas



Quanto a este indicador, a diferença entre o comportamento do Ministério Público do Trabalho de Campinas e de São Paulo foi grande. Em São Paulo, para um total de 200 transgressões aos ajustes, houve um total de 66 cobranças de multas, representando um percentual de apenas 33%. Significa dizer que apenas 1/3 dos ajustes desrespeitados na Procuradoria de São Paulo engendrou a cobrança judicial/administrativa de multas pelos procuradores do trabalho.

Gráfico 17: Taxa de cobrança das multas - PRT São Paulo



Em média, no Estado de São Paulo, envolvendo as procuradorias da 2ª e 15ª Região, o índice de cobrança das multas foi de 48,5%, ou seja, menos da metade das multas foi objeto de cobrança, ainda que provado o descumprimento do ajuste, procedimento este autorizado pelo Enunciado n. 11 da Câmara de Coordenação e Revisão do MPT.¹²³

Quanto a este ponto, devemos informar que é praxe a redução dos valores exigidos. Podemos explicitar como as multas são flexibilizadas através de um exemplo trazido do Inquérito Civil n. 228/2013.

¹²³ “EXECUÇÃO DE TAC/ACP. No processo de execução de TAC ou ACP o Procurador oficiente, no exercício de sua independência funcional e de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá renegociar prazos e condições de cumprimento das obrigações principais, bem como o valor da multa respectiva, inclusive para dispensá-la parcial ou integralmente, quando o interesse público assim o exigir e a medida se revelar oportuna e compatível com as metas do Ministério Público do Trabalho”.

Nesta investigação, foi constatada a violação do ajuste (maquinário desprotegido), mas a multa foi integralmente anistiada sob o argumento de a investigada ser uma microempresa.

Como se vê, o alto percentual de ajustes violados (58,5%) é agravado pelo fato de que as multas têm pouca propensão à cobrança (51,5% dos casos). Conforme dados da pesquisa empreendida, o MPT, portanto, não cumpriu a cláusula do ajuste que prevê como seu dever a execução das multas em caso de violação das cláusulas do acordo.

Os motivos pelos quais estas multas não foram cobradas estão pautados em subjetivismos. A despeito da responsabilidade objetiva ser a regra na relação contratual de emprego, o elemento subjetivo do empregador costumava ser considerado para absolvição das penalidades, como se extrai do Inquérito Civil n. 68/2013. Na referida investigação, o auditor-fiscal concluiu pelo descumprimento da cláusula 4 do ajuste, mas a multa foi absolvida pelo procurador, pois o empregador “realmente buscou cumprir as obrigações”, sendo o principal objetivo do TAC zelar pelo cumprimento da norma jurídica, conforme seu entendimento.

A absolvição das multas manifestou-se, também, no Inquérito Civil n. 1.082/2013, tendo ficado comprovado o atraso salarial de seis empregados, mas as penalidades não foram cobradas por ser o investigado uma empresa de pequeno porte, sendo que a cobrança das astreintes poderia acarretar novo atraso salarial.

A leniência quanto ao descumprimento do TAC ficou evidente, da mesma forma, pelo despacho proferido no Inquérito Civil n. 261/2013, que anistiou as multas por ser mais relevante o fato de a empresa regularizar as situações de risco e prevenir acidentes. Conforme retiramos, também, do conteúdo do relatório de arquivamento constante do Inquérito Civil n. 2.363/2013, a penalidade deixou de ser cobrada pelo fato de a empresa ter cumprido praticamente todas as obrigações, bem como diante da notória crise econômica pela qual passa o País. A legislação pôde ser descumprida por diversos motivos, no nosso estudo de casos, afinal o Direito do Trabalho é consensualmente desrespeitado até por questões culturais (CHAUÍ, 2013,

p. 229), o que serviu também de justificativa para a anistia quanto às cominações decorrentes da evasão ao TAC.

Quando as multas não eram perdoadas por completo, a redução de valores era algo que ocorria com muita frequência, como aferimos no Inquérito Civil n. 2.346/2013. Na referida investigação reduziu-se a sanção de R\$ 60.000,00 pelo descumprimento do ajuste para R\$ 40.000,00, pelo fato de a empresa não ter criado embaraços a esta constatação, pelo seu interesse em novamente se ajustar mediante um termo de compromisso e por não possuir mais obras em andamento. De igual forma, no Inquérito Civil n. 1.176/2013, já citado, a multa foi reduzida de R\$ 100.000,00 para R\$ 30.000,00.

O que se verificou, nos casos de remissão das multas decorrentes da violação ao ajuste (51,5% das hipóteses), é que o Ministério Público do Trabalho, em cada caso concreto, discricionariamente, reputou ser conveniente a flexibilização dos valores devidos.

3.3.12 Forma de comprovação da violação aos ajustes de conduta

Por fim, questionamos em nossa pesquisa a forma através da qual se comprovou o descumprimento do TAC. A prova das violações veio não apenas dos autos de infração, sendo que, em muitos casos a própria empresa compromissária confessava o ilícito posteriormente ao ajuste, como se deu na confissão, em audiência administrativa, no Inquérito Civil n. 450/2012.

Em outros casos, a análise de documentos ou inspeções no ambiente de trabalho foi feita pelo próprio Ministério Público, através dos seus analistas periciais ou procuradores, como forma de demonstrar o descumprimento do ajuste. Os sindicatos dos trabalhadores – apesar de sua patente parcialidade e falta de qualificação para este mister – e órgãos como os CERESTs, vigilância sanitária, delegacias de polícia civil, conselhos tutelares e outros também foram acionados, alternativamente, para fiscalizar o respeito aos TACs. A incapacidade do Ministério do Trabalho, por meio de auditores-fiscais, em fiscalizar os TACs tem levado o MPT a autorizar fiscalizações pelos sindicatos, como se viu do termo de ajuste de conduta firmado no Inquérito Civil n. 155/2013.

Algo extremamente peculiar na Procuradoria de São Paulo foi o fato de que os TACs majoritariamente não foram fiscalizados pelos auditores-fiscais do trabalho, por meio do Ministério do Trabalho, diferentemente do que seu deu em Campinas e em pesquisas semelhantes, como a ocorrida no Estado do Amazonas e da Bahia (SOUZA, 2013, 2014d).

Para um total de 397 TACs violados em Campinas, a prova da violação do ajuste veio através de autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho em 199 ocorrências, o que representou 50% de tudo. Em São Paulo, os autos de infração foram a prova do descumprimento do ajuste em 47 hipóteses (13% dos fiscalizados), enquanto em 87 casos (25% de tudo) a prova da violação ao ajuste veio aos autos através de documentos da própria empresa compromissária. Assim, a dependência do Ministério Público do Trabalho, especialmente da Procuradoria de Campinas, em relação às ações fiscais do Ministério do Trabalho, por meio da Inspeção do Trabalho, ficou bastante evidente, permitindo-se sugerir que, quanto maior o aparelhamento material e humano da Inspeção do Trabalho, maiores as chances de verificação dos ajustes de conduta firmados pelo MPT.

3.3.13 Respostas preliminares

Como dito anteriormente, a vantagem da pesquisa empírica é permitir o controle quanto à veracidade dos argumentos teóricos apresentados. De mais a mais, a compilação de um amplo estudo de casos permite que se confira alguma previsibilidade no comportamento de uma determinada instituição. Buscou-se aqui não apenas apresentar exemplos elucidativos de posturas do Ministério Público do Trabalho, demonstrando-se também, em todos os casos, a proporção entre o comportamento criticado e o total de comportamentos pesquisados.

Pela amostra por nós colhida, e pelas pesquisas pretéritas, um empregador que contrarie gravemente a legislação trabalhista, e que se defronte com a atuação do Ministério Público do Trabalho, provavelmente não será acionado na Justiça do Trabalho (5% de chance em média).

Se a investigação não for arquivada por falta de provas ou de interesse público (43,5% dos casos) nem for prorrogada (28% das

hipóteses), a empresa, tendencialmente, irá assinar um termo ajuste de conduta (23%) em breve espaço de tempo (no máximo, um ano).

Este compromisso, possivelmente, irá conter poucas cláusulas (no máximo três em 57% dos casos), outorgando-se em 24% das hipóteses um prazo para adequação da conduta do infrator.

Para assinatura deste termo, o infrator nada terá que dispendir a título de indenização social (97% dos ajustes não contemplam punição imediata). As multas previstas em abstrato não terão valores superiores a R\$ 11.000,00, sendo que as chances de este compromisso não ser fiscalizado beiram a 40%.

Se houver fiscalização, esta será feita de forma superficial pela Inspeção do Trabalho. O compromissário, provavelmente, irá violar o ajuste (em pelo menos 58,5% dos casos), mas este descumprimento não ensejará cobrança de multas na maior parte das vezes (51,5%). Se houver cobrança, a chance de redução dos valores não é desprezível.¹²⁴

Quando se analisa a amostra que envolveu o comportamento de 19,7% dos procuradores do trabalho do Brasil em 2013, observa-se que são necessárias 100 denúncias para que 1 termo de ajuste de conduta preveja punição imediata (indenização por dano moral coletivo) e para que 4 acordos extrajudiciais violados tenham suas respectivas multas cobradas, na esfera administrativa ou judicial.

Estas 5 ocorrências contemplando perdas pecuniárias, somadas às 5 hipóteses em que uma ação civil pública é proposta, permitem que se chegue a um percentual de 10% de atuação ministerial com algum risco de perdas financeiras, corroborando, assim, um padrão homogêneo do MPT de não impor sanções aos infratores.

Se a taxa de judicialização do MPT em São Paulo (2ª e 15ª região) fosse superior a 5%, seria razoável esperar um maior índice de TACs contendo indenizações sociais. A comparação, para fins acadêmicos ou profissionais, a fim de evidenciar instrumentos de

124 Da mesma forma que a pesquisa realizada por Vitor Filgueiras (2012, p. 260), muitos TACs não são fiscalizados e, mesmo quando isso ocorre e é constatado o descumprimento, a multa não é executada; quando havia algum pagamento de valor, este era sistematicamente menor do que o previsto no acordo.

atuação mais efetivos, deveria ser feita, pois, entre o quantitativo de ACPs *versus* TACs com indenização por dano moral coletivo, e não entre ações civis e termos de ajuste de conduta convencionais. São necessárias cinco ações coletivas para que se convença qualquer investigado a pagar uma punição imediata¹²⁵ pelos ilícitos já cometidos (proporção de 5/1).

É fácil presumir, pelo estudo de casos, que a efetividade da legislação trabalhista está longe de ser atingida com a dinâmica de conciliação extrajudicial empreendida pelo Ministério Público do Trabalho, uma vez que quase 60% dos termos de ajuste de conduta foram desrespeitados.¹²⁶ Este é o panorama da regulação do trabalho por parte do Ministério Público do Trabalho no Brasil encontrado em 2013, em São Paulo: o descumprimento de normas trabalhistas não gerou sanções, nem para a assinatura do ajuste (97% dos ajustes), nem por sua violação (51,5% de multas não foram cobradas).

O estudo de Vitor Filgueiras (2012, p. 315) identificou que, dentre 517 ajustes, apenas 2,5% das hipóteses contemplavam perda pecuniária, índice muito semelhante ao nosso (3%). Nenhum dos ajustes violados, na pesquisa do autor, foi executado para cobrança de multas.

Chamamos a atenção aqui para a proximidade dos percentuais encontrados nas procuradorias regionais do trabalho de São Paulo e Campinas, apresentando-se como mais um fator a demonstrar a existência de uma uniformização de conduta do MPT. Da mesma forma, os índices a que chegamos são muito próximos àqueles encontrados por Filgueiras (2012).

A diretriz dominante do MPT priorizou um compromisso para adequação futura de conduta à lei (tutela inibitória), sem responsabilizar os infratores pela violação à lei e ao ajuste. Quando a empresa viola a legislação, mas não é punida, ela tem motivos para pôr em dúvida a credibilidade do MPT, enquanto instituição que zela pela ordem jurídica. A mensagem que pode estar sendo transmitida pelo

125 Nem sequer estamos cogitando que esta sanção é suficiente para reparar o ilícito.

126 A pesquisa de Vitor Filgueiras (2012) apontou que, dentre 22 empresas que firmaram TACs, 18 delas foram fiscalizadas e tiveram o descumprimento comprovado. Nosso indicador foi menor, de 58,5%, mas envolveu uma amostra muito superior.

órgão pode ser a de que violar a lei trabalhista não é um ilícito, porque não gera a sanção correspondente.

Os demais concorrentes, por sua vez, tendem a imitar o comportamento delinquente, como forma de incrementar sua competitividade, porque também querem ter a chance de regularizar-se junto ao órgão ministerial. Mesmo em relação à taxa de efetividade apresentada nesta dissertação (41,5%), é plausível supor que muitos destes ajustes de conduta tenham sido cumpridos apenas de forma momentânea e precária, como forma de escapar de novas investigações ou punições. Não significa dizer, absolutamente, que os compromissários permaneceram adimplindo as cláusulas dos TACs de forma ordinária.

Neste contexto, diante do flagrante de irregularidades, é razoável concluir que os infratores têm forte expectativa em assinar um ajuste. Mais do que isso, pedem e anseiam pela assinatura de um TAC, como constatado empiricamente em nosso cotidiano – ou seja, um mecanismo que deveria ser aversivo, acaba por ser reforçador da conduta faltosa dos empregadores. A postergação do cumprimento das obrigações previstas no TAC é fator que favorece o incremento das margens de lucro, constituindo-se em um comportamento esperado do ponto de vista da racionalidade empresarial.

Consoante Filgueiras (2012), este comportamento conciliador não impacta somente no ambiente empresarial mas também em outros órgãos, como a Justiça do Trabalho, que tende a imaginar que a postura conciliadora é uma regra que, se não observada, implica injustiça ou desigualdade para com a empresa que se defende perante o Poder Judiciário. Corolário disso é que, quando o MPT não propõe um TAC e ajuíza diretamente a ação civil pública, o Judiciário enxerga que o trâmite administrativo regular não ocorreu, pois a instituição não concedeu igual oportunidade ao infrator, acabando por inviabilizar antecipações de tutela ou sentenças favoráveis, como temos testemunhado em nossa atividade profissional. Se, historicamente, o MPT concilia com os infratores, o comportamento alternativo, de endurecer no cumprimento da lei, é visto com desconfiança pelo Judiciário.

Este fenômeno acaba por prejudicar, ainda, posturas destoantes de procuradores que têm por hábito exigir indenizações em TACs

ou ingressar diretamente com ações, porque desacredita a palavra destes, uma vez que as empresas tendem a enxergar nas promessas uma bravata (FILGUEIRAS, 2012).

A ampliação do atual índice de efetividade da legislação trabalhista demanda alteração no campo de previsões dos transgressores. Um histórico institucional guiado pela abstinência de punições perpetua a confiança dos infratores na impunidade. Como explica o mesmo autor, ao não sancionar os ilícitos, a rede de expectativa criada para os empregadores é de que, possivelmente, a violação do ajuste também não ensejará punição. O compromissário não acredita na imposição de multas pela violação ao acordo extrajudicial, expectativa que se mostrou confirmada pelo nosso estudo de casos, pois 51,5% dos TACs descumpridos não tiveram suas multas cobradas. Diante de um cenário de flexibilidade expandido, o comportamento racional da empresa é reincidir no ilícito, testando os limites do Estado. Este discurso contraditório (promete punir, mas não pune), aliado a uma postura complacente, engendra um órgão visto como frágil pelo infrator (FILGUEIRAS, 2012).

O TAC, enquanto instrumento de atuação estatal, cai em descrédito, portanto, por dois motivos: primeiro por não contemplar punições imediatas e, depois, por não ter suas multas – pouco aversivas – cobradas em caso de descumprimento. Esta dinâmica conciliatória somente reforça a convicção das empresas no sentido da redução da expectativa de perdas financeiras, tornando-a confiante para novos ilícitos. Nossa amostra foi conclusiva neste sentido, evidenciando o nexo de causalidade entre a ausência de punições e a inefetividade dos ajustes.

Também não se pode creditar esta fragilidade institucional ao pouco quantitativo de procuradores, porque, se os quase 800 procuradores do trabalho no Brasil tivessem uma postura diferente, certamente o panorama de efetividade das normas trabalhistas seria outro, ainda que não ideal. Se a taxa de judicialização do MPT em São Paulo fosse, por exemplo, superior a 5%, seria razoável esperar uma maior efetividade dos TACs ou um maior índice de TACs contendo indenizações sociais.

A promoção de mais ações civis públicas e a obtenção de mais condenações indenizatórias (com perdas pecuniárias relevantes) podem levar, teoricamente, a melhores indenizações sociais nos ajustes.

Se, eventualmente, em casos pontuais, já existe previsão de indenizações sociais nos termos de ajuste de conduta, isto se dá pela expectativa de perdas (riscos) que algumas ações e condenações internalizam nos infratores. O que o MPT pode fazer é fornecer subsídios para criar esta rede de expectativas, com a finalidade de mudar os parâmetros de cálculo dos empresários negligentes.

Como aferimos empiricamente, não se sustenta o argumento de que o descumprimento da lei decorre de ignorância da legislação, pois os TACs, em sua quase totalidade (95%), repetem normas trabalhistas, quando não concedem prazos para início de vigência da lei (24% dos casos). A vantagem financeira é, assim, um fator que melhor explica o fenômeno do descumprimento da legislação, pois o risco de sofrer punições é racionalmente calculado pelos infratores.¹²⁷ Se, mesmo havendo punição imediata no TAC, a reincidência ocorre, isto pode ser explicado pela insuficiência na dosagem da pena.

Em síntese, são efeitos deletérios dos TACs por nós pesquisados: a) subtração dos direitos coletivos dos trabalhadores, ao renunciar indenizações sociais, b) renúncia ou suspensão da aplicabilidade de direitos trabalhistas individuais, c) efeito antipedagógico para outros empregadores, d) diminuição da credibilidade da instituição como órgão de responsabilização jurídica, e) incremento da reincidência dos investigados, que testarão novos limites da ação do Estado, f) influência negativa para comportamentos destoantes no plano interno do MPT e para posturas alternativas da Justiça do Trabalho e da Inspeção do Trabalho.

A política pública de resolução extrajudicial dos conflitos coletivos de trabalho através dos termos de ajuste de conduta deve ser utilizada com extrema prudência. Além disso, a punição dos ilícitos trabalhistas, de forma proporcional à gravidade dos mesmos, dificilmente será obtida pela via consensual, pois o empresariado tende a não aceitar perdas pecuniárias relevantes que impactem em suas margens de lucro. Implica dizer que, para a efetividade da legislação trabalhista, de modo a tornar desvantajosa a evasão à lei, a dinâmica dos termos

127 Um parâmetro que poderia ser utilizado, para fins científicos, por exemplo, seria a taxa de reincidência para investigados que sofreram punições imediatas nos TACs, em comparação com aqueles que nada sofreram de perdas pecuniárias.

de compromissos extrajudiciais deve ser utilizada com parcimônia, prevalecendo, como regra, para efetividade das normas trabalhistas, o padrão de atuação judicial coercitivo. O processo de legitimação social do MPT, enquanto órgão constitucional, passa, inclusive, pela busca constante da efetivação desses direitos fundamentais.

Esta pesquisa concentrou o estudo em apenas uma das instituições de vigilância do trabalho, o Ministério Público do Trabalho. Após esta seleção, aprofundamos a investigação, analisando uma amostra relevante de termos de ajustamento de conduta, bem como o seu grau de eficácia. O que a pesquisa empírica permite concluir é que o MPT conseguiu o cumprimento da lei com atraso em uma pequena parcela de situações fáticas. O comportamento dos procuradores do trabalho, por sua vez, mostrou-se homogêneo, no sentido de não impor perdas pecuniárias aos infratores da legislação trabalhista.

As intervenções do MPT precisam ter uma coerência racional com a natureza do capital. Se o MPT pretende efetivar a legislação trabalhista e democratizar as relações de emprego, precisa começar a agir de forma harmônica com a razão empresarial, implementando reforços comportamentais que repercutam nos objetivos de qualquer empreendimento capitalista, “falando uma língua” que o empresariado entenda. Atuações que não têm por consequência perdas pecuniárias em face de infratores com expectativas econômicas tenderão ao insucesso.

O *modus operandi* do MPT deveria atentar para outros aspectos fundamentais, como o incremento na qualidade do emprego através da efetivação dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, a lealdade de concorrência interempresarial e eficiência econômica, a necessidade de prestação de contas para a sociedade e a elevação da credibilidade institucional.

Conclusão

Na perspectiva de censores do Direito, buscou-se neste livro fazer uma crítica institucional, e não ao comportamento individual de cada procurador. Sob esse ponto de vista, a efetividade do TAC deve ser repensada no seu aspecto institucional, enquanto política implementada, mais do que mero fenômeno individual convergente.

Neste trabalho, propusemos a hipótese de que uma atuação do Ministério Público do Trabalho que não esteja lastreada em sanções contendo perdas pecuniárias terá pouca efetividade. As variáveis da pesquisa foram o comportamento dos empregadores investigados visando à prática de ilícitos e a reação dos procuradores do trabalho visando a alguma espécie de responsabilização. Diante disso, planejamos o experimento em um determinado período de tempo (ano de 2013) e espaço (procuradorias de São Paulo e Campinas), analisando empiricamente todos os termos de ajuste de conduta firmados. Observamos, assim, a conduta dos infratores e dos membros do MPT, quantificamos e qualificamos os dados coletados, para em seguida interpretar as informações. Ao fim, nossa hipótese foi confirmada.

A efetividade dos termos de ajuste de conduta é um tema de importância ímpar para o Ministério Público do Trabalho – um dos principais agentes no combate à pandemia de infrações trabalhistas no Brasil –, porque o TAC é o principal instrumento de atuação utilizado nas últimas décadas. Em sendo o Ministério Público do Trabalho uma instituição que visa a regular o Direito do Trabalho, sua maior ou menor eficácia será medida pelo grau de aderência dos empregadores às normas trabalhistas.

Demonstramos, empiricamente, que o Ministério Público do Trabalho é a instituição do termo de ajuste de conduta, cujo quantitativo supera, em muito, desde o início da contagem dos dados institucionais, a quantidade de ações civis públicas e também dos ajustes firmados pelo Ministério Público Federal. A intenção do legislador foi desafogar o Poder Judiciário, permitindo a resolução dos conflitos sociais na esfera extrajudicial; no entanto, por um acidente de percurso previsível, os termos de ajuste de conduta somente tiveram, até

o momento, potencial para fixar precariamente obrigações para os infratores de cunho inibitório, uma vez que os empregadores faltosos não consentiram com perdas pecuniárias de cunho reparatório ou indenizatório. Ainda assim, o *mainstream* da instituição elogia o compromisso extrajudicial, acabando por repercutir na sua base, que adotou o instrumento sem restrições.

Os doutrinadores interpretam que inexistente no TAC flexibilização ou redução de direitos, mas sim mera adaptação de normas ao caso concreto, quanto ao tempo, local e modo como as obrigações devem ser cumpridas. A ausência de punições seria justificada pelo bem maior obtido pela adequação de conduta (celeridade, economia e resolução), com caráter nitidamente inibitório e voltado para o futuro. O elemento subjetivo do infrator, e a capacidade sensitiva dos procuradores, reconhecendo o bom ou mau caráter dos transgressores, seriam importantes fatores para a efetividade do ajuste. Como vimos, porém, estes argumentos não possuem sustentação empírica e, em muitos casos, destoam dos princípios e regras inerentes ao Direito do Trabalho.

O dispositivo legal que prevê o TAC não autoriza expressamente a anistia dos atos ilícitos já cometidos. Essa interpretação e praxe, atualmente hegemônica, não é contemplada pelo ordenamento jurídico, porquanto violadora do princípio da proteção do hipossuficiente e da imperatividade das normas trabalhistas. Se os direitos trabalhistas individuais são indisponíveis, por força do princípio protecionista, com muito mais razão o será o interesse público que diga respeito a direitos trabalhistas transindividuais.

Em sendo o Direito do Trabalho um mecanismo normativo de conciliação dos conflitos de interesses entre classes (linha de diferenciação entre condições de trabalho aviltantes e o assalariamento digno), utilizado para justificar a harmonia entre as classes, carece de sentido a conciliação entre o cumprimento de normas conciliadoras – agora já não mais interesses de grupos em disputa pré-legislativa. Flexibilizar este cumprimento faz com que voltemos a uma insatisfação generalizada por parte daqueles que seriam atingidos pela norma (trabalhadores) ou mesmo à barbárie.

A aplicação de interpretações com fundamento no princípio da razoabilidade pelo MPT – para afastar ou relativizar normas juslaborais – fez

a balança pender quase sempre para a superexploração. O absenteísmo de sanções, por sua vez, premiou o infrator e o tornou mais confiante para eventual recalitrância, dando origem a um jogo através do qual o Estado é testado a todo o tempo.

Nem tudo foi negativo nesta experiência, pois o *know how* adquirido pelos procuradores do trabalho, ao longo das duas últimas décadas, através do convencimento dos infratores à celebração dos compromissos (“magistratura de persuasão”)¹²⁸, pode ser de grande importância futura. Este poder de persuasão, se voltado para magistrados trabalhistas, por exemplo, pode representar uma tendência de vitória nas ações coletivas, uma vez que, diferentemente dos infratores, os magistrados da Justiça do Trabalho não estão defendendo interesses próprios. Deve ser dito, ainda, que, sem referida intervenção do Ministério Público do Trabalho, a situação dos trabalhadores brasileiros provavelmente teria sido pior. Nas Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª região, houve tentativa de imposição de perdas pecuniárias através de ações civis públicas, bem como através do pagamento de indenizações sociais nos termos de ajuste de conduta, aliada ao fato de que um quantitativo não desprezível de compromissos foi respeitado. No entanto, estas iniciativas e resultados foram marginais. A responsabilização, quando ocorria (3% dos casos), era insignificante do ponto de vista financeiro, enquanto os casos de cumprimento dos ajustes (41,5%) mostraram-se incapazes de gerar um efeito expansivo para o conjunto do mercado de trabalho.

Os termos de ajuste de conduta transacionavam a reparação e a indenização pelos ilícitos já cometidos, quando não flexibilizavam, também, prazos para o cumprimento da lei (em 24% dos casos). Quando o Ministério Público do Trabalho assinava termos de ajuste de conduta sem indenização pelos prejuízos causados à comunidade de trabalhadores, não apenas subrogava o Poder Judiciário, mas possivelmente estava transgredindo os limites de suas próprias atribuições constitucionais.¹²⁹ Em realidade, a natureza jurídica dos termos de ajuste de conduta pesquisados não poderia sequer ser qualificada de transação, porque tais compromissos extrajudiciais impediam a apli-

128 Na expressão de Caio Tácito (1988, p. 15-25 apud RODRIGUES, 2011, p. 73).

129 Fenômeno também observado no Ministério Público Federal por Soares (2011, p. 348).

cabibilidade de direitos fundamentais dos trabalhadores, representando uma concessão unilateral do MPT sem uma contrapartida material por parte dos investigados, característica básica de qualquer transação. A sonegação de direitos dos trabalhadores, ao não retroagir os efeitos do ajuste de conduta, foi uma prática comum, ainda que não expressamente declarada nos compromissos.

Diante da oportunidade de regularização da conduta, as empresas responderam com novas infrações ao ajuste em quase 60% dos casos. O Ministério Público do Trabalho no Estado de São Paulo adotou postura conciliadora, não se impondo perante os infratores, o que acabou por gerar empregadores mais resistentes ao cumprimento das normas.

Se a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas é uma meta a ser perseguida pelo Ministério Público do Trabalho, o termo de ajuste de conduta deve sempre vir acompanhado de uma punição proporcional aos ilícitos cometidos, com a finalidade de reparar as lesões trabalhistas e compensar a sociedade, além do tradicional aspecto inibitório; afinal, o objetivo da tutela coletiva (judicial ou extrajudicial) é solucionar o problema na sua totalidade. Não se trata de adotar a prática de um Estado maniqueísta, punitivista ou mesmo autoritário, nem de combater a infração apenas por seus efeitos, mas sim por suas causas. A classe trabalhadora, na atual conjuntura histórica brasileira, não detém força suficiente para enfrentar comportamentos patronais delinquentes que interferem, diretamente, no seu modo de reprodução social. Representar esta comunidade de trabalhadores para que os infratores sejam penalizados, dentro de uma moldura legal consentida pelo Estado de Direito, e, por consequência, para que a legislação seja minimamente respeitada, não implica opção por um perfil totalitário, mas o simples desempenho do dever constitucional do Ministério Público do Trabalho. De fato, o MPT oferece como incentivo tão somente a perda pecuniária, sequer postulando em suas atribuições a suspensão de atividades empresariais ou mesmo a extinção de empregadores delinquentes.

Como se vê, o papel do MPT consiste em proteger o ordenamento jurídico trabalhista, vigiando e punindo os infratores que causem grandes lesões à sociedade, porém, o órgão utilizou o termo

de ajuste de conduta de forma imatura, sem conseguir incentivar positivamente os infratores. De acordo com as pesquisas empíricas empreendidas, ao permitir o descumprimento da legislação (flexibilização), o Ministério Público do Trabalho parece estar se distanciando da sua missão constitucional.

Pesquisas anteriores já indicavam a inefetividade dos ajustes extrajudiciais, tratando-se de um modelo de atuação que busca educar sem reprimir, mas que acaba por induzir o empregador a descumprir as normas. O que move o capitalista é a possibilidade de incremento de lucros, razão pela qual o Ministério Público do Trabalho, ao abrir mão do poder de coerção, materializado na sanção financeira, incentivou os infratores a apostar no descumprimento das normas pela pouca chance de ocasionar prejuízo.

A atuação do MPT, como vimos pela pesquisa exposta, mostrou-se dogmática porque se baseou na crença de que o TAC seria cumprido pelo infrator, conclusão esta que podia tornar-se uma profecia autorealizável, quando o intérprete do cumprimento era o próprio operador do Direito que apoiava a tese da resolutividade extrajudicial.

Explicitamos neste trabalho como o termo de ajuste de conduta convencional anistia o passado ilícito em 97% dos casos e que, se assinado sem dano moral coletivo, tem um impacto tão abrangente na sociedade que estimula não só os investigados mas também todos os demais empregadores honestos a descumprirem a legislação, desequilibrando as relações econômicas e acarretando enormes prejuízos ao coletivo de trabalhadores. O MPT, enquanto instituição, fez, ainda que de forma impensada, uma abstração da necessidade jurídica de retorno ao *status quo ante* (reparação ou compensação), desconsiderando que todos permanecem com o dever de cumprir a lei, independentemente de um compromisso formal.

O estudo de casos empreendido avançou na pesquisa da eficácia dos TACs, analisando um quantitativo inédito de ajustes pesquisados, tendo sido descritos e compilados indicadores como valores das multas, previsão de indenização, quantidade de cláusulas, fixação de prazo de vigência, exigência de multas, entre outros, na amostra que envolveu 1.814 termos de ajustes de conduta assinados em São Paulo, no ano de

2013. Diante de uma amostra que representa 15% de todos os TACs firmados no Brasil naquele ano, questionou-se qual a tendência dos procuradores em punir os infratores da legislação trabalhista, e concluiu-se que esta propensão foi extremamente baixa. As empresas, em geral, não apresentavam grande resistência à assinatura do TAC, pelo fato de que este instrumento quase sempre não previa perdas financeiras (97% dos casos). Constatamos, igualmente, que os TACS costumavam conter poucas cláusulas com obrigações trabalhistas que repetiam a legislação (até 3 cláusulas, em mais da metade das hipóteses); fixavam prazos suspendendo a vigência da lei (24% dos casos); e contemplavam multas pecuniariamente baixas (em média, R\$ 11.000,00).

Desenhou-se um cenário muito propício para a inefetividade dos TACs e de estímulo generalizado à evasão da legislação trabalhista, pela falta de fiscalização dos ajustes (cerca de 40%), o que repercutiu no amplo índice de descumprimento de 58,5 % dos TACs fiscalizados, significando dizer que a inefetividade dos termos de ajuste de conduta foi empiricamente comprovada. Era também praxe que, quando o TAC era descumprido, não ocorria a cobrança de suas multas correlatas (51,5% dos casos), sendo usual a convocação do infrator para apresentar justificativas, olvidando-se com isso que, na seara trabalhista, o risco da atividade econômica pertence ao empregador (responsabilidade civil objetiva).

Se o MPT adotasse uma política pública rígida, com perdas pecuniárias relevantes para os infratores, o risco de prejuízo das empresas seria elevado, e o TAC tenderia a deixar de ser aceito com o passar do tempo. Ou as empresas se negariam a assinar o ajuste, pela punição imediata prevista, ou passariam a cumprir a lei espontaneamente, como forma de não serem penalizadas pela instituição.

Vimos, entretanto, que o elemento de barganha para a formalização dos ajustes é exatamente a ausência de sanções pecuniária ou da propositura da ação civil pública, o que torna imprescindível, em sentido contrário, a propositura de ACPS com alta frequência e intensidade, caso haja recusa dos infratores em celebrar os termos de ajuste de conduta. Com o incremento da judicialização dos conflitos coletivos, diligentemente monitorados, é provável que o Poder Judiciário fixe condenações em valores crescentes. A opção judicial deve deixar

de ser uma política marginal para ser uma política superior ou equivalente ao comportamento de composição extrajudicial, o que pode aumentar, por sua vez, o poder de negociação do Ministério Público do Trabalho para conflitos coletivos futuros. A política pública do TAC, para ter sucesso, deve ser necessariamente minoritária.

A contradição interna da retórica institucional ficou evidente, pois o acordo extrajudicial não é um instrumento de pressão autônomo. O TAC é atávico à ACP: sem ação civil pública a chance de celebração do termo de ajuste de conduta beira a zero. Insistir na eficácia do compromisso extrajudicial sem o movimento paralelo de uma judicialização coletiva é uma estratégia equivocada em sua origem, por desconsiderar a importância do temor à sanção como motivador da conduta de observância ao Direito, o que acaba fragilizando o próprio MPT.

A utilização do termo de ajuste de conduta, por sua vez, deve ser feita de forma coerente e racional com a dinâmica capitalista, evitando-se a adesão ao instrumento de forma acrítica e dissociada de resultados concretos. Com uma pedagogia apropriada, é possível que o conjunto de empregadores faltosos perceba que não há benefícios na condução de uma investigação pelo MPT, sendo mais vantajoso cumprir a lei voluntariamente.

Não acreditamos que os procuradores do trabalho lotados em São Paulo (19% de todos os membros do MPT no Brasil), em sua maioria, foram indiferentes ao descumprimento generalizado da lei e à precarização das condições de trabalho. Estudamos, porém, alguns pressupostos comportamentais que estimulam este comportamento conciliatório, como a inexistência de mecanismos institucionais de incentivo à responsabilização dos infratores. O órgão apresentou-se muito mais com perfil consultivo do que com atribuição jurídica.

A conciliação verificada não foi com o empresariado em geral, mas sim com os infratores da legislação trabalhista. A quase totalidade dos procedimentos analisados não implementou punições aos infratores da lei. Pior do que isso, a inefetividade dos termos de ajuste de conduta foi ampla, atingindo cerca de 60% de todos os acordos firmados, não sendo uma política pública apta, portanto, para efetivar os direitos humanos trabalhistas.

Referências

AGUIAR, Júlio César de. *Análise comportamental do direito: fundamentos para uma abordagem do direito como ciência comportamental aplicada*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis (SC), 2006.

_____. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 37, n. 2, p. 164-169, jul./dez. 2013.

ANDRADE, Alexander Fernandes. Bom senso para nortear o TAC. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 11 jul. 2014.

ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. *A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 169-184, jan./jun. 2009.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, n. 39, fev. 1999. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbc-soc/v14n39/1723>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

ARARUNA, Eduardo Varandas. A execução do termo de ajuste de conduta: pontos polêmicos. *Revista MPT*. Brasília: LTR Editora, v. 12, n. 23, mar. 2002.

ARAÚJO, Adriane Reis de; CASAGRANDE, Cássio Luís; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Ações Cíveis Públicas no TST: atuação do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos em perspectiva comparada. *Revista Cedes*, Rio de Janeiro, Escola Superior do Ministério Público da União, Centro de Estudos Direito e Sociedade/ IUPERJ, n. 6, dez. 2006.

ARTUR, Karen. Ministério Público do Trabalho: construção institucional e formação da agenda. Dossiê: Para “além do ativismo judicial” e da “judicialização da política”. *Mediações*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 167-198, jul./dez. 2016.

ASSIS, Luís Fabiano. Promoção de políticas públicas e implementação de direitos fundamentais sociais: reflexões sobre o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário. *Revista MPT*, Brasília, ano 20, n. 39, mar. 2010.

BALTAR, Paulo; MORETTO, Amilton; KREIN, José Dari. O emprego formal no Brasil: início do século XXI. In: KREIN, José Dari, BIAVASCHI, Magda Barros, ZANELLA, Eduardo Benedito de Oliveira (orgs.). *As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2006.

BARCELOS, Alice de Almeida Freire. Ministério Público resolutivo. *Jornal O Popular*, 9 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/mp_resolutivo_-_2a_versao.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

BASSO, Guilherme Mastrichi. Análise crítica da atuação do Ministério Público do Trabalho. 2002, Brasília/DF. *Revista da ANPT*, n. 24. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/site/download/rev-mpt-24.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BERTI, Silma Mendes. O princípio e a regra de responsabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v.97, p. 339-360, 2008.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12, p. 44-62, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONFANTE, Bruna. Atuação do Ministério Público do trabalho em face de sindicatos sem representatividade. *Revista MPT*. Brasília, ano 23, n. 45, mar. 2013.

BRASIL. CLT (1943). *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 6.457, de 2 de Maio de 1944, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6457-2-maio-1944-451842-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. CPDC (1990). *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. LACP (1995). *Lei da Ação Civil Pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

BRAZ, Edson. Inquérito civil trabalhista. Termo de Ajuste de Conduta. Execução do termo de ajuste de conduta na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, Procuradoria-Geral do Trabalho, ano 10, n. 20, set., 2000. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/site/download/revista-mpt-20.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2013.

BRITTO PEREIRA, Ricardo José Macedo. *Ações Cíveis Públicas no TST. Atuação do Ministério Público do Trabalho e dos Sindicatos em Perspectiva comparada*. Escola Superior do Ministério Público da União, Centro de Estudos Direito e Sociedade – IUPERJ, Rio de Janeiro, dezembro de

2006. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos%206%20-%20acaocivilmp.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2013.

_____. *Ministério Público do Trabalho*. Nota técnica IPEA “Mercado de Trabalho”, n. 48, ago. 2011. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3959/1/bmt48_nt04_ministeriopublico%20\(1\).pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3959/1/bmt48_nt04_ministeriopublico%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Resoluções alternativas dos conflitos coletivos de trabalho. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (org.). *Soluções alternativas de conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Ação civil pública no processo do trabalho*, 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CAMARGO, Luís Antônio C. de Melo. Meios alternativos de resolução de conflitos trabalhistas: o termo de ajustamento de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Org.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: Ltr, p. 136-142, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, A. M. *A construção da sociedade do trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

_____; LAGE, Telma. *As normas e os fatos*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CARDOSO, Evangeline Maria. Morbimortalidade relacionada ao trabalho no Estado do Amazonas, Brasil, 2000-2011. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 143-153, jan./mar., 2014.

CARELLI, Rodrigo. Transação na ação civil pública e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. *Revista MPT*, Brasília, ano 17, n. 33, mar. 2007.

_____. *Formas atípicas de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. O Ministério Público do Trabalho na proteção do direito do trabalho. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA*. n. 1 (1987), UFBA, v. 24, p. 57-67, Salvador, 2011.

_____. *O mundo do trabalho e os direitos fundamentais: o Ministério Público do Trabalho e a representação funcional dos trabalhadores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2011.

_____; VALENTIN, João Hilário. O Ministério Público do Trabalho como instância extrajudicial de solução de conflitos: MPT e sindicatos. *Cadernos Cedex*, n. 7, Rio de Janeiro, 2006.

_____; CASAGRANDE, Cassio; PÉRISSÉ, Paulo Guilherme Santos. Ministério Público do Trabalho e Tutela Judicial Coletiva. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda (org.). Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União: 2007. 112 p. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos%206%20-%20acaocivimp.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2013.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. Em busca de uma maior efetividade na nossa atuação judicial: algumas sugestões para o Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ANPT, n. 39, mar., 2010.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. O Ministério Público na Paraíba. In: SADEK, Maria Tereza (org.) *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/Idesp, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Manifestações ideológicas de autoritarismo brasileiro*. ROCHA, André (Org.). Belo Horizonte: Autêntica; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013 (Escritos de Marilena Chauí).

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *101 Propostas para modernização trabalhista*. Emerson Casali (Coord.) - Brasília: CNI, 2012.

Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/relacoesdotrabalho/media/publicacao/chamadas/101.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas corregedorias do ministério público*. Disponível em: <http://www.cncmp.mp.br/portal_2015/imagens/CARTA_DE_BRAS%C3%8DIA.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. *Ministério Público: um retrato*. Vol. 2, dados 2012, ano 2013.

_____. *Ministério Público: um retrato*. Vol. 3, dados 2013, ano 2014.

_____. *Ministério Público: um retrato*. Vol. 4, dados 2014, ano 2015.

_____. *Ministério Público: um retrato*. Vol.5, dados 2015, ano 2016.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Resolução nº 69, de 12 de dezembro de 2007*. Disponível em: <<http://www.mpt.gov.br/camaraArquivos/resolucoesCSMPT/resolu69.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2007.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. *Diagnóstico do Ministério Público do Trabalho*. 2007. Disponível em: <www.anpt.org.br>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Relatórios de punições expulsivas*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-de-2003-a-2015.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2016.

_____. *Relatório das punições expulsivas consolidado por ano de 2003 a 2015*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/consolidado-por-ano-de-2003-a-2015.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o Direito: expressão, dissuasão e internalização. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* 2.1 (2007): 8.

CORREIA, Henrique; SALVADOR, Vivian Ferraz de Arruda. A precarização do trabalho dos profissionais da área da saúde. O projeto mais médicos para o Brasil, a residência médica e a atuação dos órgãos de proteção ao trabalhador. *Revista MPT*, Brasília, ano 24, n. 47, p. 334, mar. 2014.

COSTA, Márcia da Silva. O sistema de relações do trabalho no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Orgs.). *Soluções alternativas de conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DRUCK, Graça. Resenha do livro Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006, 528 p. Coleção Mundo do Trabalho. In: CAPPELIN, Paola; AZAIS, Christian (Orgs.). *Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA*. n. 1 (1987), Salvador, UFBA, 2007, p. 529.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. La règle de droit. Le problème de l'Etat. Paris, E. de Boccard, 1921. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5401497z/f129.item.r=.zoom>>. Acesso em: 9 out. 2016.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *Manual de atuação – aprendizagem profissional*. Elaboração: Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do

Adolescente (Coordinfância – MPT); Mariane Josviak et al. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.

_____. *X Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores do Trabalho*. Elaboração: Ministério Público do Trabalho. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

FARIAS, Bianca Oliveira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei da ação civil pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. n. 4, p. 29-57, dez. 2009.

FELIX TEIXEIRA, Danielle. Apontamentos sobre o termo de ajustamento de conduta (TAC). *Conteúdo Jurídico*, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-sobre-o-termo-de-ajustamento-de-conduta-tac,51738.html>>. Acesso em: 23 ago.2016.

FERNANDES, Florestan. *Mudanças sociais no Brasil*. 4. ed. rev. São Paulo: Global, 2008.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno. Sobre o estatuto epistemológico da racionalidade econômica segundo Karl Popper. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 847-880, out./dez. 2014.

FERREIRA, Antônio Carlos. Tradução da obra de Coase é avanço para a literatura jurídica brasileira. *Revista Consultor Jurídico*. 12 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-12/direito-civil-atual-traducao-obra-coase-avanco-literatura-brasileira>>. Acesso em: 19 set. 2016.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. *Termo de ajustamento de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. São Paulo: Campus, 2004.

FILGUEIRAS, Vitor. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, Setembro, 2012.

_____. *Padrão de atuação da fiscalização do trabalho no Brasil: mudanças e reações*. 2014. Disponível em: <<http://indicadoresderegulacaodo-emprego.blogspot.com.br/2014/03/padrao-de-atuacao-da-fiscalizacao-do.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

FREITAS, Lígia Barros. “Desjudicialização” da política ou a insuficiência dos conceitos de judicialização da política/politização da justiça para análise da Justiça do Trabalho brasileira. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Maria Rita Manzarra de Moura. AMATRA 21 emite nota sobre declarações do chefe do MPT-RN em entrevista, *Blog do BG*, jan. 2016. Disponível em: <<http://blogdobg.com.br/amatra-21-emite-nota-sobre-declaracoes-do-chefe-do-mpt-rn-em-entrevista/#ixzz4QTTqpQ9B>>. Acesso em: 19 set. 2016.

GOMES, Rafael de Araújo. *Precarizar para crescer*. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT. 2011. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/galeria/anpt/Precarizar_para_crescer_1.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la Guerra y de la Paz (1925)*. Trad. Jaime Torrubiano Ripoli. Madrid, Editorial Reus (S.A.): 2010. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das->

Na% C3%A7% C3%B5es-at% C3%A9-1919/hugo-grotius-o-direito-da-guerra-e-da-paz-1625.html>. Acesso em: 31 dez. 2014.

IBGE. *Tabela 987 – Empresas e outras organizações, pessoal ocupado total e assalariado em 31.12, salários e outras remunerações, salário médio mensal e pessoal assalariado médio, por seção, divisão e grupo da classificação de atividades (CNAE 2.0) e faixas de pessoal ocupado total. Cadastro Central de Empresas, 2016. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=987&i=P&sec12762=117897&nome=on¬arodape=on&tab=987&unit=0&pov=1&orc12762=3&opc319=1&OpcTipoNivt=1&opn1=2&nivt=0&poc319=1&orp=5&qtu3=27&opv=1&sec319=104029&pop=1&opn2=0&orv=2&qtu2=5&sev=2585&opp=f1&opn3=0&opc12762=1&poc12762=1&ascendente=on&sep=56126&orn=1&orc319=4&qtu1=1&cabec=on&pov=1&OpcCara=44&proc=1&decm=99>>. Acesso em: 27 out. 2016.*

JOSVIK, Mariane et al. *Manual de atuação – aprendizagem profissional*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. [Elaboração: Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinância – MPT)].

KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros. As instituições públicas e o processo de flexibilização das relações de trabalho no Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 31. 2007. Campinas. *Anais...* Campinas, set. 2007. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2871&Itemid=231>. Acesso em: 28 abr. 2016.

LANGILLE, Brian. *What is international labour law for?* International Institute for Labour Studies Geneva Genebra, Março, 2005. Disponível em: <http://www.crimt.org/Publications/IILS_Report_2005.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Execução de título executivo extrajudicial no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

LOPES, Otávio Brito. Uma gestão estratégica capaz de concretizar o princípio da eficiência. *Revista MPT*, Brasília, ano 20, n. 39, mar. 2010.

MANDL, Alexandre Tortorela. *A constitucionalidade das greves de ocupações de fábricas*. Coleção Textos Jurídicos. v. 1. Sumaré: Edições CEMOP, 2013.

MANKIW, N. G. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARQUES, Rafael Dias. Recurso de revista: celebração de TAC: Execução: cobrança de astreintes. *Revista MPT*, Brasília, ano 20, n. 40, p. 446, set. 2010.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Um pouco de história do Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr, n. 13, mar. 1997.

_____. Entrevista: Período de crise econômica exige reforma da legislação trabalhista. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/entrevista-ives-gandra-silva-martins-filho-presidente-tst>>. Acesso em: 18 maio. 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades – atuação do Ministério Público. *Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró*, v. 1, n.1, p. 225 - 246, jul/dez. 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. As comissões de conciliação prévia como novo paradigma do direito do trabalho. *Revista do TST*, Brasília, v. 66, n. 3, jul./set. 2000.

MENDES, Marcus Barberino. *Justiça do trabalho e mercado de trabalho: trajetória e interação judiciário e a regulação do trabalho no Brasil*. Campinas: UNICAMP, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Contratantes de terceirizada devem pagar aos trabalhadores*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/921c8aaf-175f-4eb6-8616-de0fc46f7ba0!/ut/p/z1/rVFNT8JAFPwrcOixfa_QL7wVYppSEQxR6F7MtmzbVbpd2pWov95FvZjIh4nv915mJm9mgMAaiKB7XILFG0G3ek-J92hH6MTjOSZRsvAxvLNn13FkDybow-oTcHvnxNF4iUngTTXAC8I4GS0wnttATvMfgADJhZKqgrSWysCO-bmlvw3q8li0THTVQn3uiUTzntDNwNLDzgLcH23MB2WeWb-g2Z65YVjklf4GcWDqMz5BtKL0KtzLg8m8MiEBz455TNx3G_ACY0pkHLbZF-ZhyIbBiWQlhWsZa310upzpZS8MtBAWSpLZ2KVzd7KWgN_Y1RNp2D9Ewmp9ukfK8vxXVj-MbjpuXr1Z_xptyOhLrkRir3qp_6vZa0-aGeTmfYtqapMLooG1hdRZX1fB8M387mYKT-dz5f79hfq3Cfv8DwV8DWg!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. Fiscalização do Trabalho recolheu mais de R\$ 102 milhões em 2015. *Portal Brasil*, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/08/fiscalizacao-do-trabalho-recolheu-mais-de-rs-102-milhoes-em-2015>>. Acesso em: 3 maio 2016.

MORAES, José Diniz. *Estrutura lógico-formal dos princípios constitucionais*. PUC/SP. Tese (Doutoramento) – Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia) de 1944*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/>>

sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. A justiça do trabalho e os modelos para a solução de conflitos individuais do trabalho: Estado ou empresa – arbitragem de conflitos. *Revista do TST*, Brasília, v. 66, n. 4, 2000.

PEREIRA, Luís Fabiano. Natureza jurídica transaccional do compromisso de ajustamento de conduta firmado perante o Ministério Público. *Revista MPT*, Brasília, ano 20, n. 39, mar. 2010.

PIMENTA, José Roberto Freira. Lides simuladas: a justiça do trabalho como órgão homologador. *Revista Tribunal Regional do Trabalho*, 3ª Região, Belo Horizonte, v. 30, n. 60, p. 119-152, jul./dez., 1999.

_____. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr. 2004. p. 341.

PINHO, Bruno de O. *O direito natural em Hugo Grotius*. 2013. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. n. 7, p. 73 -114, jan. 2011.

PORTELA, André P. et al. *Custo do trabalho no brasil, proposta de uma nova metodologia de mensuração: relatório final*. Fundação Getúlio Vargas, Maio/2012. Disponível em: <[http://cmicro.fgv.br/sites/cmicro.fgv.br/files/file/Custo%20do%20Trabalho%20no%20Brasil%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final\(1\).pdf](http://cmicro.fgv.br/sites/cmicro.fgv.br/files/file/Custo%20do%20Trabalho%20no%20Brasil%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final(1).pdf)>. Acesso em: 2 out. 2015.

POSNER, Richard A. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

PROCURADORIA-GERAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://mpt.gov.br/portaltransparencia/tac.php>>. Acesso em: jun. 2015.

_____. MPT pede multa por descumprimento de TAC. *MPT Notícias*, mar. 2016. Disponível em: <[REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1980.](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/ce-6a661b-ac5b-4566-aaab-b43cab046c35!/ut/p/z0/jYzLDoIwFAV_BRcsm1uglDUSQ5AQdYfdmNuKWIVSoPHx9-IPGJdzMmdAQA3C4EO36PRgsFv4KPgpyCkr1jta5uU-oekhqDZFH0QZTWAL4rewFPRTHEUKQg3GNS8HdW-dT2fs0Ds3nu7t1JgZfbrMnhmcVhpnn6qGI-eBJKhiSVjMOUFESSLFErKuIribz2cqxxqQVh0V6LNZYD6r6u9C_l-pqsPe3KP_w!!/>. Acesso em: 24 out. 2016.</p></div><div data-bbox=)

RENZO, Rober. *Fiscalização do trabalho, doutrina e prática*. São Paulo: LTR, 2007.

RIBEIRO JR., Raymundo Lima. Jornada de trabalho exaustiva e a orientação n. 3 da coordenadoria nacional de erradicação do trabalho escravo do Ministério Público do Trabalho — CONAETE. *Revista MPT*, Brasília, ano 21, n. 42, set. 2011.

_____; CARDOSO, Lys Sobral. Da responsabilidade solidária da cadeia econômica pela exploração do trabalho infantil. *Revista MPT*, Brasília, ano 24, n. 47, p. 299, mar. 2014.

_____; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *O Ministério Público do Trabalho e a regulação do direito do trabalho no setor sucroalcooleiro de Sergipe*. XIV ENCONTRO NACIONAL DA ABET, 14. 2015. Campinas. Disponível em: <<http://abet2015.com.br/wp-content/uploads/2015/09/artigo-abet-vitor-e-raymundo-2015-sucroalcooleiro.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Anotações sobre a execução do compromisso de ajustamento de conduta. In: DIDIER JR., F. *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 117-119.

SAAD, Eduardo Gabriel; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. São Paulo, LTR: 2014.

SADEK, Maria Teresa. Cidadania e Ministério Público. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000.

SANTANA, Gentil Roberto de Laet. *Estudo de caso: acidente com gás sulfídrico em um curtume: investigação aplicando a metodologia mapa*. Monografia – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANTIAGO JR. Jorge Almeida. *Eficácia da positivação no campo da ética pública: um estudo do código de conduta da alta administração federal*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, 2014, p. 21.

SANTOS, Admilson Moreira dos. *Uma avaliação da política de combate à informalidade da mão-de-obra, aplicando teoria dos jogos*. Anais do XXXI Encontro Nacional de Economia. ANPEC, 2003. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/arqs-pdfs/Admilson_Moreira_dos_Santos_15062010.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: maio 2016.

SANTOS NETO, Raimundo Paulo dos Santos. O protesto extrajudicial do termo de ajuste de conduta (TAC) como medida de efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *Revista MPT*, Brasília, ano 22, n. 44, p. 23, set. 2012.

SAVAGET, Júnia Castelar. O papel do Ministério Público perante a justiça do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 31, n. 61, p. 119-130, jan./jun., 2000. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_61/Junia_Savaget.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2011.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. A judicialização da política e o estado punitivo no Brasil contemporâneo. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTR, 2004.

SOARES, José Luiz de Oliveira. A judicialização da política segundo a atuação do Ministério Público na área ambiental. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Org.). *O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Ilan Fonseca de. *MTE e MPT: reação diante de infrações trabalhistas praticadas por empresas do setor da construção civil no Amazonas*. ABET, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32536/mte-e-mpt-reacao-diante-de-infracoes-trabalhistas-praticadas-por-empresas-do-setor-da-construcao-civil-no-amazonas/3>>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. MPT da Bahia mudou e ações civis públicas aumentaram. *Jus Navigandi*, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32535/mpt-da-bahia-mudou-e-acoes-civis-publicas-aumentaram>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Rondônia e Acre: ação civil pública como estratégia de efetivação de direitos fundamentais trabalhistas. *Jus Navigandi*, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28363/rondonia-e-acre-acao-civil-publica-como-estrategia-de-efetivacao-de-direitos-fundamentais-trabalhistas>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. MPT no Pará e Amapá: mudança no modus operandi. *Jus Navigandi*, 2014. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/31514/mpt-no-para-e-amapa>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. O termo de ajuste de conduta (TAC) e a flexibilização de direitos trabalhistas: construção civil no sul da Bahia. *Indicadores de Regulação de Emprego*, 2014. Disponível em: <<https://indicadores-deemprego.files.wordpress.com/2013/12/mpt-e-construc3a7c3a3o-civil-no-sul-da-bahia.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____; SILVA, Vitor B. Súmula 418 do TST viola princípio do acesso à Justiça. *Revista Consultor Jurídico*. Março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-09/sumula-418-tst-viola-principio-constitucional-acesso-justica>>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. Ações civis públicas: receptividade da Justiça do Trabalho no Amazonas. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ESTUDOS DO TRABALHO. *Anais*, 2015.

_____. Estratégias de enfrentamento às irregularidades trabalhistas no setor da construção civil: Ministério Público do Trabalho. In: FILGUEIRAS, Vitor A. (org.). *Saúde e segurança do trabalho na construção civil brasileira*. Aracaju: J. Andrade, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Pelo cancelamento da Súmula 331 do TST*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Basta de violência aos direitos sociais*. Reporter Brasil: agência Brasil, 14 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=917>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012.

TABAK, Benjamim Miranda. A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: 2015.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do Direito*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia (UFBA). Salvador. 2012.

TODOROV, João Cláudio; MOREIRA, Marcio Borges. Psicologia, Comportamento, Processos e Interações. *Psicologia, reflexão e crítica*. v. 22, n. 3, p. 404-412, 2009.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A responsabilidade civil e a sua função punitivo-pedagógica no Direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2006. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 7 out. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Pró-devedor ou pró-credor?: Medindo o viés dos juízes brasileiros*. São Paulo: INSPER Instituto de Ensino e Pesquisa. Working Paper 240, 2011.

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Pólen soft 80g/m²

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

Tiragem

3.200 exemplares

MESTRADO EM DIREITO



**República Federativa do Brasil
Ministério Público da União**

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

**Câmara Editorial – CED
Ministério Público Federal**

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

Nelson Lacava Filho
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

MESTRADO EM DIREITO

Antônio Pereira Duarte

Brasília-DF
2017



série pós-graduação
volume 5 - tomo 5

Série Pós-Graduação

MESTRADO EM DIREITO

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

© *Copyright* 2017. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Revisão

Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica - Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Preparação de originais e revisão de provas

Sandra Maria Telles

Projeto gráfico

Rossele Silveira Curado

Capa

Artur Dias Rocha, Rossele Silveira Curado

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

M586 Mestrado em Direito / Claudia Regina Lovato Franco ...
[et al.]. – Brasília : ESMPU, 2017.
5 t. – (Série Pós-graduação ; v. 5)

ISBN 978-85-9527-010-7 (t. 1)

ISBN 978-85-9527-011-4 (t. 2)

ISBN 978-85-9527-012-1 (t. 3)

ISBN 978-85-9527-013-8 (t. 4)

ISBN 978-85-9527-018-3 (t. 5)

1. Valor social do trabalho. 2. Dumping social.
3. Responsabilidade civil ambiental. 4. Dano ambiental. 5. Aculturação.
6. Direitos indígenas. 7. Termo de ajustamento de conduta. 8. Polícia
judiciária militar – controle. 9. Segurança pública. I. Claudia Regina
Lovato Franco. II. Série. III. Título.

CDD 341.5

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-9527-019-0

MESTRADO EM DIREITO

TOMO 5

**O Ministério Público e o controle externo
da atividade de polícia judiciária militar:
em busca de uma desejável efetividade**

Antônio Pereira Duarte

Agradecimentos

À ESMPU, por oportunizar experiência enriquecedora mediante a realização de Mestrado pioneiro em parceria com a Universidade Católica de Brasília (UCB), abrindo valioso espaço para ampliar o perfil crítico dos membros do Ministério Público da União, capacitando-os ainda mais para os desafios vindouros.

À minha mulher, Monalisa, e aos meus filhos, Ana Júlia e João Pedro, verdadeiros tesouros da minha vida, que me ajudam a evoluir neste Plano de expiações e provas, perdoando minhas faltas e ainda me brindando com seu insubstituível afeto.

Agradeço, pelas orientações sempre edificantes, ao Professor Diaulas Costa Ribeiro, hoje Desembargador do TJDF, que sempre será uma grande referência do Ministério Público brasileiro, tendo desbravado o tema do controle externo da atividade policial, mostrando caminhos, antes não divisados, por onde atualmente se transita com mais segurança e compreensão.

Por derradeiro, registro meu preito de gratidão a uma plêiade de pessoas queridas, as quais muito me incentivaram na empreitada acadêmica, sendo imperioso nominá-las: o Subprocurador-Geral de Justiça Militar aposentado e Professor José Carlos Couto de Carvalho, o Promotor de Justiça do Amapá e Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional Marcelo José de Guimarães e Moraes, a Professora Dra. Amanda Flávio de Oliveira, do Curso de Pós-Graduação da UFMG, o Promotor de Justiça Militar Jorge Augusto Caetano de Farias e os advogados e sobrinhos do coração Maria Beatriz de Albuquerque D'Antona e Nathan Rockenbach.

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, valente, valoroso, sensível aos movimentos, anseios e necessidades da nação brasileira. 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 – MP/PR

Sumário

Introdução	25
Capítulo 1 - Segurança pública, defesa nacional e atividade de polícia	29
1.1 Forças Armadas	31
1.2 Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares	32
1.3 O princípio constitucional da eficiência e sua aplicabilidade à atividade de polícia e à atividade militar <i>lato sensu</i>	37
Capítulo 2 - Sistema judicial e controle da atividade militar	43
2.1 Ministério Público Militar	46
2.1.1 Origem	46
2.1.2 Concepção e atribuições	51
2.2 A Justiça Militar brasileira e sua justificação constitucional	53
Capítulo 3 - Polícia judiciária militar	59
3.1 Polícia administrativa e polícia judiciária	59
3.1.1 Polícia judiciária ou polícia do Ministério Público?	60
3.1.2 Relação jurídico-institucional entre a polícia de investigação e o Ministério Público	62
3.2 Tratamento legal	63
3.3 Funcionamento	65
3.4 Virtudes, limitações e deficiências do modelo	67
3.4.1 Exemplos concretos de ineficiência da polícia judiciária militar	71
3.5 Funções típicas e atípicas	77

3.6 Procedimentos de polícia judiciária militar	79
3.7 Ações de garantia da lei e da ordem e polícia judiciária militar itinerante	81
3.8 Direito comparado: a Polícia Judiciária Militar de Angola como um modelo bem estruturado	83
3.8.1 Quadro comparativo	86
3.9 Núcleo de Polícia Judiciária Militar da Marinha/RJ	88
3.10 A experiência da Corregedoria-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal	90
Capítulo 4 - Controle externo da atividade de polícia	93
4.1 Concepção constitucional e infraconstitucional	94
4.2 O Ministério Público e o controle externo da atividade de polícia judiciária militar	97
4.2.1 O CNMP e a efetividade do controle externo relacionado à atividade de polícia judiciária militar	98
4.3 O controle externo da apuração das mortes decorrentes de intervenção policial	102
4.4 Controle das apurações dos delitos ocorridos nas ações de garantia da lei e da ordem	105
4.5 Controle das apurações dos delitos ocorridos no exterior durante as operações de paz	107
4.6 Controle das apurações dos delitos ambientais e transfronteiriços	109
4.7 Controle das apurações dos delitos previstos na Lei de Segurança Nacional	111
4.8 A valorização dos ofícios de investigação do Ministério Público Militar	112
4.8.1 Centro de Pesquisa, Análise e Desenvolvimento de Sistemas de Apoio à Investigação (CPADSI)	114
Conclusões	115

A institucionalização da polícia judiciária militar da União	117
Deslocamento das atribuições de polícia judiciária militar da União para a Polícia Federal	118
A reestruturação de ofícios de investigação pelo Ministério Público Militar	119
A criação de uma Corregedoria Nacional junto ao Ministério da Defesa	120
A intensificação do controle externo da atividade de polícia judiciária militar	121
Referências	123

Abreviaturas

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

APF - Auto de Prisão em Flagrante

CJM - Circunscrição Judiciária Militar

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CPM - Código Penal Militar

CPPM - Código de Processo Penal Militar

CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DPJM - Delegacia de Polícia Judiciária Militar

FFAA - Forças Armadas

IP - Inquérito Policial

IPM - Inquérito Policial Militar

LC - Lei Complementar

LSN - Lei de Segurança Nacional

MPDFT - Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MP - Ministério Público

MPM - Ministério Público Militar

MPU - Ministério Público da União

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PJM - Procuradoria de Justiça Militar

PM - Polícia Militar

PGR - Procurador-Geral da República

ONU - Organização das Nações Unidas

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STM - Superior Tribunal Militar

TJM - Tribunal de Justiça Militar

Apresentação

A integração da visão prática de membros do Ministério Público da União (MPU) com a produção acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB) permitiu o desenvolvimento de relevantes pesquisas acerca de temas que irão contribuir de forma significativa para a atuação dos profissionais ligados ao universo jurídico. Desde o ingresso da primeira turma (até o momento temos quatro, sendo uma concluída), já se vislumbrava a contribuição significativa que essa parceria poderia trazer tanto para o Mestrado em Direito da UCB quanto para a comunidade científica e a sociedade brasileira.

O interesse pela pesquisa e o estudo de temas gerais do campo do direito público logo conduziram os discentes do MPU à diligência pela publicação de artigos como parte de suas atividades acadêmicas. Neste espaço vamos apresentar a quinta publicação desta série de edições da linha de pesquisa que visa ao estudo sobre o exercício do Ministério Público.

Esta publicação da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) reúne ensaios que discutem diversos aspectos da interface da práxis do Ministério Público com temas transversais do ordenamento social sob o mérito da análise e da interpretação jurídica possíveis. Temas como direito ambiental, valor social do trabalho, direito indígena, ação da polícia judiciária militar e a avaliação da eficácia dos termos de ajuste de conduta (TACs) comporão esta quinta publicação dos alunos do Mestrado em Direito da UCB que atuam junto ao MPU.

Dando continuidade às reflexões oriundas da produção acadêmica dos discentes, com esta edição a ESMPU vem oferecer aos brasileiros alguns ensaios jurídicos com o propósito de interpretar e ampliar o sentido da ação do MPU em relação aos mais diferentes temas da sociedade.

Uma análise do valor social do trabalho e o “*dumping social*” é o tema do livro de Claudia Regina Lovato Franco. Em seu texto, a autora situa historicamente o valor social do trabalho em sua conceituação desde o período do desenvolvimento industrial até a era da competitividade dos mercados. Destaca o fenômeno do “*dumping social*” como

resultado do desequilíbrio econômico-social desse processo histórico. Em seguida, avalia os resultados da atuação do sistema de justiça trabalhista para calcular as penalidades resultantes do dano moral coletivo inscritas nos termos de ajustamento de conduta e nas decisões judiciais. Com isso, demonstra metodologias de desestímulo de práticas ilícitas por parte de empresários e conclui, de forma otimista, pela melhoria das condições de vida dos trabalhadores brasileiros como consequência da valorização social do trabalho.

Felipe da Silva Müller trata do impacto das decisões judiciais reparatórias na indução de comportamentos ambientalmente preventivos. Seu tema é a responsabilidade civil ambiental. Nessa perspectiva, correlaciona a aplicação, por parte de juízes, do cumprimento de certas medidas judiciais com o sucesso no resultado de práticas ambientais preventivas via responsabilidade civil. Tais medidas judiciais são descritas de forma exemplar, como a recuperação integral do dano causado, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e a publicização de decisões proferidas. Conclui que a responsabilização civil, para ser preventivamente eficiente, deve promover a aversão à perda, presente nas pessoas, com o fim de motivar a tomada de decisões ambientalmente benéficas em situações de risco.

O ensaio de Carlos Humberto Prola Júnior delinea a trajetória de construção dos direitos do Povo Kaingang da região Oeste do Estado de Santa Catarina. Para esse propósito, remonta ao período de consolidação da ocupação do Oeste catarinense, com o início de um novo movimento colonizador da região, o qual irá trazer sucessivas investidas sobre o território do povo Kaingang. Segundo o autor, inicia-se nos anos 1970, no Oeste catarinense, uma interessante articulação de demandas por direitos indígenas perante os órgãos estatais, concomitantemente ao movimento de retomada de suas terras nativas. Esse processo, de acordo com a pesquisa, irá culminar com a discussão e consolidação de políticas públicas para o povo Kaingang, desde a demanda pelo exercício da jurisdição especificamente indígena, até a reivindicação por educação escolar indígena, entre outras.

Illan Fonseca de Souza oferece aos leitores seu ensaio sobre uma análise empírica da efetividade dos termos de ajuste de conduta

firmados pelo Ministério Público do Trabalho. Logo de início, chama a atenção para o fato de que sua pesquisa quer mesmo saber se os chamados termos de ajuste de conduta, instrumentos utilizados pelo Ministério Público, estão sendo cumpridos. Para esse fim, foram realizadas pesquisas empíricas junto às Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª Regiões do Estado de São Paulo. Acaba por concluir pela fragilidade do desempenho atual dos TACs no sucesso em alcançar seus objetivos precípuos, e também pela constatação de padrão de recalcitrância dos empregadores frente aos ajustes de conduta.

Antônio Duarte encerra o volume trazendo à discussão o tema do controle externo da atividade da polícia em geral e, de modo destacado, o da Polícia Judiciária Militar. Salienta a definição de sistema de justiça militar segundo a Carta Magna de 1988 para a aplicação de normas relacionadas ao ordenamento penal militar. A seguir, traz à discussão o padrão de Polícia Judiciária Militar constituído no Brasil, destacando, sobretudo, suas deficiências, ao mesmo tempo em que aponta para a necessidade de sua readequação à realidade nacional. Conclui, por fim, com um elenco de propostas para a melhoria da atividade de Polícia Judiciária Militar, entre as quais a sua institucionalização.

Ao compartilhar esta publicação com a academia e a sociedade brasileira, esperamos nós, dirigentes de instituições de educação, contribuir para o processo continuado de debate entre educadores e a sociedade civil organizada ligada ao mundo jurídico, bem como para a mobilização de agentes públicos na perspectiva da melhoria dos métodos e processos judiciais em prática no Brasil.

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior
do Ministério Público da União

Gilberto Garcia
Reitor da Universidade
Católica de Brasília

Prefácio

A atividade de Polícia Judiciária Militar não é um título recorrente na literatura jurídica, sendo poucas as publicações que abordam esse assunto. Entretanto, o mérito da dissertação de conclusão deste mestrado em Direito, ora convertida em livro, realizado no âmbito da Universidade Católica de Brasília em parceria com a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em iniciativa pioneira e muito proveitosa para a capacitação de membros do MPU, não está na escassa produção acadêmica acerca do tema, e sim na qualidade do trabalho desenvolvido pelo Procurador de Justiça Militar Antônio Pereira Duarte, com apresentação de proposições para sanar essa lacuna existente nas investigações ocorridas no contexto da Justiça Militar.

Essa carência de uma Polícia Judiciária Militar tecnicamente preparada e estruturada para as investigações causa reflexos na apuração das infrações penais, que por vezes são inconclusas, não respondem a todos os questionamentos do Ministério Público, necessitando de atos complementares e diligências extras.

O estudo realizado pelo autor discorre sobre as deficiências e limitações da polícia de investigação da Justiça Militar da União, exercida pelos oficiais da Forças Armadas. De acordo com ele, são três as principais vulnerabilidades do modelo adotado no Brasil: deficiência na formação investigativa, deficiência técnica na formação jurídica e deficiência na estrutura orgânico-funcional.

Partindo de tal avaliação, apresenta uma pesquisa de direito comparado, com análise da Polícia Judiciária Militar de Portugal e de Angola. O modelo do país africano, de acordo com o autor, possui uma organização que poderia servir de referência para o padrão a ser implementado no País, especialmente quanto à forma de estruturação.

No entanto, além de apontar as fragilidades e analisá-las em relação a outros modelos estrangeiros, a pesquisa apresenta propostas para mudança desse cenário. O objetivo, argumenta ele, é possibilitar ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade de polícia judiciária militar com maior efetividade, como deseja o

MPM, conforme proclama o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e segundo determina a Constituição Federal.

A experiência adquirida pelo autor, nas lides do *Parquet* das Armas e nos quatro anos como conselheiro do CNMP, fica evidente nas preocupações manifestadas no desenvolvimento do estudo em relação à busca da eficiência no controle externo exercido pelo MPM. O que controlar e quem controlar quando nada está estruturado ou institucionalizado?, questiona em seu estudo.

Ainda que algumas iniciativas, como a realização de cursos na área de investigação criminal, a criação de núcleos de polícia judiciária militar ou de órgãos de assessoramento nas investigações, tenham sido adotadas no meio militar e no Ministério Público, todas elas, adverte o autor, são paliativos que apenas adiam o enfrentamento direto do problema da falta de institucionalização de uma Polícia Judiciária Militar, profissionalmente bem capacitada e apta à complexa tarefa investigativa.

Em vários momentos ele ressalta que o poder de direção da investigação deve ser exercido pelo MPM de forma efetiva, para evitar omissões, sanar deficiências e, quando necessário, realizar diretamente a própria investigação.

As propostas apresentadas no estudo, visando a mudança do cenário atual, em que não está institucionalizada ou estruturada a Polícia Judiciária Militar, variam em relação à complexidade e facilidade para sua implementação. A institucionalização da Polícia Judiciária Militar da União ou o deslocamento das atribuições de Polícia Judiciária Militar da União para a Polícia Federal, ainda que mais efetivos para o funcionamento pleno da Polícia Judiciária Militar, na visão do autor, seriam propostas mais complexas, pois demandariam mudanças na legislação, na estrutura dos entes envolvidos, além de serem mais demorados. Uma alternativa, propõe ele, seria a reestruturação de Ófícios de Investigação pelo Ministério Público Militar, aumentando o número de ofícios extrajudiciais, estruturados e com suporte do Centro de Apoio à Investigação - CPADSI/MPM.

Independentemente dessas propostas, avalia o autor, já é possível a criação de uma Corregedoria Nacional vinculada ao Ministério da Defesa, para fiscalização interna e direta do trabalho desenvolvido pelas

Forças Armadas nas investigações criminais militares, nos moldes do que ocorre na Corregedoria-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal.

A pesquisa fornece, deste modo, relevantes subsídios para a estruturação da Polícia Judiciária Militar no âmbito das Forças Armadas, lançando as bases para que, de forma abrangente, o Ministério Público Militar desenvolva, como quer a vigente Carta Constitucional, o efetivo controle externo da atividade de polícia judiciária militar.

Trata-se, portanto, de texto oportuno e indispensável, contemplando reflexões críticas importantes, que poderão balizar mudanças significativas no panorama da investigação criminal militar e no próprio controle externo de sobredita atividade.

Em decorrência disso, felicito a Direção-Geral da ESMPU, tanto pela excelente iniciativa de propiciar a realização de cursos de pós-graduação *stricto-sensu* que contribuam para o desenvolvimento das habilidades dos membros do MPU quanto pela publicação das pesquisas empreendidas, conferindo a necessária visibilidade e acesso a todos que ansiamos por um Ministério Público sempre bem preparado e à altura de suas elevadas missões.

Boa leitura a todos!

Brasília, 7 de novembro de 2017.

Jaime de Cassio Miranda

Procurador-Geral de Justiça Militar

Introdução

A presente pesquisa teve por objeto de reflexão o modelo de polícia judiciária militar no Brasil e sua adequação ao arcabouço constitucional em vigor, contextualizando-a em relação aos paradigmas de uma Justiça e de um Ministério Público especializados, adotados como órgãos respectivamente responsáveis pela aplicação da lei penal militar e pelo controle externo da atividade policial, tendo como finalidade precípua a garantia da atuação hígida, eficiente e contínua das instituições militares, que exercem atribuições intransferíveis, inadiáveis e vitais para o País.

De igual maneira, objetivou-se discutir o alcance e necessidade desse controle externo em relação às atividades desempenhadas pelos denominados braços armados do Estado, como se pode depreender da previsão constitucional alusiva à Defesa Nacional e à tutela da Segurança Pública, estabelecendo-se os parâmetros que devem guiar a atuação tanto da Justiça quanto do Ministério Público na contenção de eventuais abusos e na preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Deste modo, procurou-se explorar, primeiramente sob o ponto de vista de um Direito Constitucional Militar ou Direito Constitucional das Forças Armadas, esse trato particularizado que foi conferido ao modelo de Justiça Militar, situando-o dentro do sistema de justiça nacional, em que se erigiu, igualmente, um ramo singular do Ministério Público da União (MPU), precisamente o Ministério Público Militar (MPM), investido, quer em tempo de paz ou de guerra, das atribuições criminais e da função de fiscal permanente do resguardo dos princípios basilares que norteiam a atuação coesa das instituições militares: a hierarquia e a disciplina.

Como corolário lógico desse aprofundamento investigativo, o estudo centrou sua sondagem no exame das atribuições concernentes às instituições militares, fazendo o cotejo dos mecanismos de concretização da Justiça Militar e das instâncias constitucionalmente concebidas para o resguardo da segurança no país, quer sob o ponto de vista interno ou internacional.

Após realizar o referido percurso, laborou-se na análise do instituto da polícia judiciária militar tal como definido e explicitado na lei processual penal militar pátria, examinando-o sob os vários matizes – jurídico, técnico e científico, com vistas a descortinar sua (in)eficiência e (in)compatibilidade com o sistema de Justiça Militar acolhido pela Carta Constitucional vigente. Nesse trajeto, colhe-se apoio nas experiências do direito comparado, com o claro propósito de poder perscrutar outro modelo existente como via de referência, trazendo-se à tona a polícia judiciária militar angolana, cotejando-o com o homólogo nacional, a fim de se aquilatar, em termos especialmente de estrutura, a dinâmica de funcionamento de cada um dos sistemas sondados.

Por derradeiro, o esforço se volta para um instrumental de trabalho que a Constituição de 1988 concedeu ao Ministério Público, que é o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), quer no plano difuso ou concentrado, interessando, para os fins do presente estudo, o alcance que possui em relação ao exercício da atividade de polícia judiciária militar, máxime em termos do quanto pode ser aferido em níveis de eficiência, dentro da roupagem principiológica que rege a Administração Pública.

Estruturalmente, a pesquisa foi desenvolvida em quatro capítulos, com a incursão necessária para se evidenciar o problema atinente à precariedade do funcionamento da polícia judiciária militar brasileira e encaminhar as possíveis soluções que visam contribuir para resolvê-lo ou atenuá-lo, de acordo com o detalhamento a seguir exposto.

No *Capítulo 1* delineiam-se os indispensáveis conceitos e atribuições das instituições militares responsáveis pela Defesa Nacional e pela Segurança Pública, fazendo emergir os aspectos que tangenciam, constitucionalmente, a consecução da segurança pública *lato sensu*, bem como os reflexos que dimanam da prática de infrações penais militares.

No *Capítulo 2*, por sua vez, abordou-se o direito constitucional militar, com suas inevitáveis imbricações, inclusive com a projeção de um ordenamento especial com codificação própria – Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar. Em razão disso, tornou-se imprescindível abordar o modelo de Justiça Militar adotado pelo país, responsável pela incidência das normas penais militares, a partir

da atuação do órgão ministerial mais especializado da República: o Ministério Público Militar, que titulariza o poder acusatório e a fiscalização do cumprimento dos princípios da disciplina e da hierarquia. A abordagem avança ainda sobre o controle judicial da atividade policial e militar, acenando com o seu papel de agência de *accountability*.

O *Capítulo 3* trabalha o modelo de Polícia Judiciária Militar adotado no Brasil, apresentando as diversas nuances que cercam sua atuação, destacadamente os pontos que mostram suas deficiências, levando à adoção de soluções parciais, que, nada obstante o mérito que possuem, não dirimem o problema, representando meros paliativos que precisam de uma melhor elaboração, enquanto não se logra definir uma solução de cunho mais avançado e que seja coetânea com a dimensão do problema. Neste norte, apresenta-se, como alternativa de reflexão, o modelo angolano de polícia judiciária militar, que estruturalmente parece possuir méritos que não podem deixar de ser sopesados, a começar por sua própria institucionalização, sendo, talvez, em termos de direito alienígena, o melhor paradigma digno de abordagem, sobretudo em face da escassez de outros modelos, visto que a tendência mundial tem sido a de se promover a extinção das Justiças Militares.

Na sequência, o *Capítulo 4* avança sobre o tema do controle externo da atividade de polícia judiciária militar, cuidando de seus traços teóricos e não se esquecendo sequer da projeção que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) vem emprestando ao instituto, com medidas que pretendem situá-lo num almejado patamar de eficiência, procurando assinalar as iniciativas do referido órgão constitucional de controle para tornar mais efetiva a atuação do Ministério Público em tal segmento. Aliás, como desenvolvido no texto, o controle externo exercido pelo MPM é bastante elástico, já que alcança a investigação de crimes militares praticados em áreas de fronteira, em operações de garantia da lei e da ordem e até nas Operações de Paz de que o Brasil participa, no exterior.

A pesquisa tem por meta, destarte, tomando como marco referencial ou teórico a própria Constituição e o arcabouço jurídico-militar que ela agasalha, perpassar as inevitáveis consequências lan-

çadas pela aplicação do princípio da eficiência à atividade policial e militar *lato sensu*, como uma expressão de uma atuação inerente à Administração Pública, procurando, ao final, demonstrar:

I – Que a ausência de uma Polícia Judiciária Militar institucionalizada, tecnicamente preparada e bem estruturada, conduz à apuração das infrações penais militares de forma incompleta e sem lastro científico, necessitando constantemente de complementação, em desapareço à própria regra da economicidade.

II – Que o Ministério Público Militar há de exercer um controle externo da atividade de polícia judiciária militar de forma abrangente e contínua, como quer o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de modo a ensejar um resultado mais eficiente na atividade de polícia judiciária militar.

III – Que o Ministério Público Militar, ao exercer o poder de direção da investigação criminal militar, deve evitar as omissões e sanar as deficiências, realizando diretamente, quando indispensável, a própria investigação.

Com essas constatações e lançando mão de pesquisa do tipo exploratória, com a explicitação do problema e buscando uma maior compreensão, procurou-se fazer um enfrentamento de problemas específicos da Polícia Judiciária Militar, apresentando, na sequência, propostas que possam direcionar a adequação de um modelo de polícia judiciária mais eficiente, na linha de uma verdadeira pesquisa aplicada.

Por fim, o estudo apresenta, à guisa de contribuição para uma mudança de paradigma da polícia judiciária militar, algumas propostas que objetivam sanar os problemas vivenciados pela administração militar e pelos órgãos afetos ao sistema de Justiça Militar no País, (i) seja com inspiração no direito comparado, trazendo à baila, como referência, o modelo institucionalizado de Polícia Judiciária Militar de Angola; (ii) seja com base na experiência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em seu papel de uniformizar o exercício de um controle externo cada vez mais proativo e bem gerido pelo Ministério Público, visando alcançar um patamar de excelência no exercício das atribuições de polícia judiciária, com a efetividade esperada.

Capítulo 1 – Segurança pública, defesa nacional e atividade de polícia

A Constituição de 1988 definiu o Título V para cuidar da defesa do Estado e das Instituições Democráticas, adotando dois Capítulos para tratar, respectivamente, das Forças Armadas e dos órgãos de Segurança Pública. No Capítulo II do aludido Título, as Forças Armadas são concebidas como instituições nacionais permanentes e regulares, que se organizam com base nos princípios da hierarquia e da disciplina, sendo responsáveis pela defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, ainda, pela garantia da lei e da ordem. Estão classificadas em força do mar, representada pela Marinha; força terrestre, constituída pelo Exército; e força do ar, integrada pela Aeronáutica.

No Capítulo III, observa-se a definição da segurança pública como dever do Estado e como direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para cumprir tais atribuições foram relacionadas diversas instituições policiais: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis e Polícias Militares, além dos Corpos de Bombeiros Militares.

Tanto as Forças Armadas quanto os órgãos de segurança pública previstos constitucionalmente exercem atividade de polícia e, no que concerne à presente pesquisa, interessa situá-los no seu respectivo campo de abrangência, para em seguida demonstrar a correlação entre a imprescindibilidade de um controle de suas atuações, especialmente no exercício da polícia judiciária militar.

Ressalta-se, desde logo, que o conceito de atividade de polícia é bastante abrangente¹. Nesse sentido, impõe-se esclarecer, com Diana (2013, p. 93), que por atividades policiais sujeitas ao controle ministerial público devem ser consideradas todas aquelas demarcadas no art. 144 da Carta Constitucional vigente, inclusive a segurança pública, a

1 Ávila (2016b, p. 147) destaca que, em relação aos destinatários da fiscalização pelo Ministério Público, a CRFB/1988 dá um norte genérico de atuação à 'atividade policial'. A CRFB/1988 não limitou essa atividade apenas à atividade de polícia judiciária, mas a toda a atividade policial e, onde não houve restrição, não cabe ao intérprete restringir.

preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, a apuração das infrações penais, a prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, o exercício das funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, o exercício das funções de polícia judiciária, o patrulhamento ostensivo das rodovias federais, o patrulhamento ostensivo das ferrovias federais, funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, polícia ostensiva e de preservação da ordem pública e a execução de atividades de defesa civil.²

Logo se percebe, portanto, que são numerosas as atribuições reputadas como atividades policiais, que atraem, portanto, o controle externo por parte do Ministério Público, desdobrando-se em áreas sensíveis como o emprego da violência policial, que envolve uso de armas letais nas situações de combate à criminalidade, as prisões efetivadas³, bem como a própria atuação das Forças Armadas, consoante descrito no art. 142, quando se veem designadas para atuar na garantia da lei e da ordem ou em outras atribuições subsidiárias, como no caso do combate aos crimes ambientais ou que ocorrem nas fronteiras, a exemplo do garimpo ilegal, contrabando, tráfico. Neste último caso, forçoso reconhecer que o controle externo há de ser exercido pelos órgãos do Ministério Público Militar, como se verá adiante.

Nos limites da presente pesquisa, contudo, o foco se direciona para a atividade propriamente de polícia judiciária militar, que se delimita na apuração das chamadas infrações penais militares. Muito em função disso, a abordagem conceitual será circunscrita às Instituições Militares federais e estaduais, que detêm, nos respectivos âmbitos de atuações, a titularidade do exercício da Polícia Judiciária Militar, o monopólio, segundo o texto constitucional, da apuração das denominadas infrações penais militares, seja no campo federal, seja no estadual.

2 E tão amplo conjunto de atividades é exercido pelos órgãos relacionados no citado artigo 142, consoante lembra Freyesleben (1993, p. 25), a saber: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar.

3 Diana (2013, p. 88), após enunciar que Forças Armadas e polícias são os braços violentos do Estado, no sentido de que empregam a força física e a violência em nome do Estado, observa que controle externo configura-se em instrumento apto para evitar que usos indevidos, desviados ou ineficazes da força física pelo Estado, tenham origem em condutas dos próprios policiais ou por parte de seus superiores no Poder Executivo, constituindo parte essencial de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos.

1.1 Forças Armadas

As designadas Instituições Militares Federais – Marinha, Exército e Aeronáutica – possuem, como visto, elevadas responsabilidades para com o Estado, já que são incumbidas diretamente da Defesa Nacional e da garantia da lei e da ordem.

Ademais, consoante as específicas normas de regência de sua organização, emprego e preparo, as Forças Armadas também poderão ser utilizadas em outras atribuições de caráter subsidiário, destacadamente na repressão aos crimes ambientais e transfronteiriços.⁴

Certo é que, em seu amplo espectro de atuação, as Forças Armadas, distribuídas por todo o território nacional e eventualmente atendendo a compromissos internacionais firmados pelo Estado brasileiro, se submetem aos riscos e exposições próprios das atividades que desempenham, estando os seus membros sujeitos à rigidez do sistema disciplinar e também podendo responder pelas práticas que caracterizam infrações penais militares. É exatamente em tal situação que surge a necessidade de que seja concretizada a apuração dos fatos, a fim de se buscar a autoria e a materialidade delitivas. Esta atividade investigatória deverá ser cumprida pelos órgãos de Polícia Judiciária Militar da União.

O que chama a atenção quanto às Forças Armadas é justamente o fato de que tem aumentado muito o emprego de tais Instituições em várias frentes, destacadamente em operações que fogem ao seu conjunto de atribuições originais, como no caso das forças de pacificação das comunidades do Rio de Janeiro e até em atividades de policiamento. Tal contexto incrementa o risco de práticas delituosas, a reclamar, pois, uma Polícia Judiciária bem estruturada para atender aos anseios de uma investigação bem dirigida sob o ponto de vista técnico e científico, com a possibilidade real de corresponder à obtenção de resultados em nível compatível com o princípio da eficiência, definido como um dos princípios constitucionais que regulam a atividade administrativa.

Em consequência disso, também passa a ser necessário um controle externo mais amiúde por parte do Ministério Público, a fim de

4 Tais atribuições encontram-se disciplinadas pela Lei Complementar 117, de 02 de setembro de 2004, que alterou a LC 97/99.

evitar as omissões, abusos e outras práticas passíveis de ocorrência exatamente pela superexposição de Instituições que se preparam para conflitos de muito maior dimensão.

1.2 Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares

As corporações estaduais são representadas pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e consideradas instituições auxiliares e reserva do Exército, de acordo com a definição constitucional.

As Polícias Militares têm a incumbência de realizar o policiamento ostensivo e preservar a ordem pública, enquanto que os Corpos de Bombeiros estão estruturados para executar a atividade de defesa civil. No cotidiano de seus misteres constitucionais, as Instituições Militares estaduais fazem os naturais enfrentamentos indispensáveis ao respeito à lei e à manutenção da ordem, devendo seus integrantes pautar suas ações em consonância com o equilíbrio e sentido de proporcionalidade, especialmente por deter o monopólio estatal do emprego da violência. Dentro dessa concepção e de acordo com Greco (2013, p. 15), reclama-se da polícia a observância irrestrita da dignidade da pessoa humana, evitando-se aquelas consequências perversas a que alude José Alaya Lasso (2001), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, quando as forças policiais descumprem as leis, resultando não apenas em um atentado à dignidade humana e à própria lei, mas também em um erguer de barreiras à eficaz atuação da polícia.⁵

5 Ainda de acordo com o representante da ONU, as violações da Lei por parte das forças policiais têm múltiplos efeitos práticos: “diminuem a confiança do público; agravam a desobediência civil; ameaçam o efetivo exercício da ação penal pelos tribunais; isolam a polícia da comunidade; resultam na libertação dos culpados e na punição dos inocentes; deixam a vítima do crime sem que se lhe faça justiça pelo seu sofrimento; comprometem a noção de ‘aplicação da lei’, ao retirar-lhe o elemento ‘lei’; obrigam os serviços de polícia a adotar uma atitude de reação e não de prevenção; provocam críticas por parte da comunidade internacional e dos meios de comunicação social e colocam o respectivo Governo sob pressão.

Pelo contrário, o respeito aos Direitos Humanos por parte das autoridades responsáveis pela aplicação da lei reforça de fato a eficácia da atuação dessas autoridades. Neste sentido, o respeito da polícia pelos direitos humanos, além de ser um imperativo ético e legal, constitui também uma exigência prática em termos de aplicação da lei. Quando se verifica que a polícia respeita, protege e defende os direitos humanos: reforça-se a confiança do público e estimula-se a cooperação da comunidade; contribui-se para a resolução pacífica de conflitos e queixas; consegue-se que a ação penal seja exercida com êxito pelos tribunais; consegue-se que a polícia seja vista como parte integrante da comunidade, desempenhando uma função social

Dá a importância capital do controle que se exerce sobre a atividade policial em todos os seus níveis, uma vez que o exercício abusivo da força ou a prática de condutas que se mostrem contrárias ao ordenamento jurídico pode conduzir ao cometimento de ilícitos penais próprios ou impróprios, que serão apurados pela polícia judiciária militar estadual.

Questão que merece destaque em tal abordagem é a atribuição para a investigação de crimes dolosos contra a vida de civis, que sejam praticados pelos militares estaduais. A Lei nº 9.299/96, que promoveu mudanças no art. 9º do Código Penal Militar em vigor, acrescentando-lhe parágrafo único, definiu que em tais situações a competência para o processo e julgamento seria do Tribunal do Júri.⁶

Em razão disso, parte da doutrina e alguns tribunais passaram a compreender que teria havido alteração na natureza do crime militar doloso contra a vida quando praticado contra civil, que se convolaria em crime comum, portanto devendo sua apuração ser deslocada para os órgãos de Polícia Civil.⁷

válida; presta-se um serviço à boa administração da justiça, pelo que se reforça a confiança no sistema; dá-se um exemplo aos outros membros da sociedade em termos de respeito pela lei; consegue-se que a polícia fique mais próxima da comunidade e, em consequência disso, em posição de prevenir o crime e perseguir os seus autores através de uma atividade policial de natureza preventiva; ganha-se o apoio dos meios de comunicação social, da comunidade internacional e das autoridades políticas.

Os agentes policiais e serviços responsáveis pela aplicação da lei que respeitam os direitos humanos colhem, pois, benefícios que servem os próprios objetivos da aplicação da lei, ao mesmo tempo que constroem uma estrutura de aplicação da lei que não se baseia no medo ou na força bruta, mas antes na honra, no profissionalismo e na dignidade” (LASSO, 2001, p. V-VI).

- 6 Vejam-se as alterações promovidas pela referida norma legal:

“Art. 1º O art. 9º do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 9º [...]

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.’

Art. 2º O *caput* do art. 82 do Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido, ainda, o seguinte § 2º, passando o atual parágrafo único a § 1º.

‘Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.’”

- 7 Para Fernandes (2005, p. 160), “Tornou-se controverso o § 2º, acrescido ao artigo 82. Com a Constituição Federal, em seu artigo 144, § 4º, atribuiu-se às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, as funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações, exceto as militares; a ela incumbiria a investigação dos crimes dolosos contra a vida praticados por mi-

O advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inserindo o § 4º ao art. 125, parece ter conferido sentido à interpretação que vinha sendo dada ao tema por uma das correntes, já que houve constitucionalização da mudança, pelo menos em nível de Justiça Militar Estadual, levando a deprender que, quando praticado contra civil, o crime militar doloso contra a vida perderia essa condição, convertendo-se em crime comum, por conseguinte atraindo a atribuição investigatória da polícia civil.⁸

litar contra civil, pois deixaram eles de ser crimes militares. Assim, não há motivo algum para ser o inquérito presidido por policiais militares e só ao final serem os autos remetidos pela Justiça Militar à Justiça Comum” [grifos do autor]. No STF, o entendimento sufragado passou a ser o seguinte: “Todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são de competência da justiça comum, isso porque a lei os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal (RE 260404, Relator: Min. Moreira Alves, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 22/03/2001; Data de Publicação: DJ 21/11/2003). O mesmo aconteceu no STJ, que estratificou a posição no sentido de que “encontra-se pacificado nesta Egrégia Corte o entendimento de que a Lei n.º 9.299/96 excluiu do rol dos crimes militares os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, competindo à Justiça Comum o julgamento dos referidos delitos”. (STJ, AgRg no Ag 480700, Relator: Ministra Laurita Vaz, Órgão Julgador: Quinta turma, Data de Julgamento: 24/03/2006, Data de Publicação: DJ 04/08/2003). O então Ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro, nos autos de Autos de Conflito de Competência nº 17.665, sustentou que “como, constitucionalmente, o crime militar é da competência da Justiça Militar, quando a lei determinar que o delito deixará de ser julgado pela Justiça Militar, lógico, desqualificá-lo da natureza anterior. Vale dizer deixou de ser o crime militar para ingressar na regra geral – crime comum”.

- 8 Acerca do assunto em evidência, Assis (apud FERRO, 2013) observa que “parece, portanto, que a ressalva constitucional da competência dos crimes dolosos contra a vida põe fim à controvérsia acerca da malsinada Lei 9.299/96 no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. E, da mesma forma, a Emenda constitucionalizou o deslocamento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, porém em nenhum momento retirou-lhes a natureza de crime militar, sendo possível afirmar que esta é uma hipótese em que a Justiça Comum processa e julga crime militar, contrariando o princípio da especialidade. Já em relação à Justiça Militar da União, permanece a inconstitucionalidade já declarada por ocasião da lei”. No mesmo diapasão, Neves, citado por Ferro (2013) argumenta que “em primeiro plano, percebe-se nitidamente que o dispositivo não mencionou a desnaturação do crime doloso contra a vida de civil para um crime comum, mas, ao contrário, enumerou um conjunto de delitos – o dos crimes militares – excepcionado um deles para o julgamento do Tribunal do Júri. Assim, o Tribunal do Júri, em uma situação excepcional trazida pela própria Constituição, passou a julgar crimes militares (dolosos contra a vida de civis), o que impõe uma nova realidade, contrária ao que se praticou até o advento da emenda constitucional em apreço: os processos no Tribunal do Júri deverão ter curso por subsunção da conduta do jurisdicionado nos arts. 205 ou 207 do CPM, ainda que o Tribunal do Júri, na atualidade, seja expressão da Justiça Comum”. No âmbito da Justiça Militar, há compreensão semelhante à esposada pelos referidos doutrinadores, como se colhe do seguinte decisório: Ementa: “POLICIAL MILITAR - Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10 reconhecido - Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal - A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis - Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM - Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação - Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 - Decisão unânime.” (TJM-SP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 01/10, Órgão Julgador: Pleno, Relator: Paulo Adib Cas-

Contudo, a despeito das múltiplas discussões doutrinárias e pretorianas, permanece o entendimento majoritário de que a investigação poderá se realizar de forma dúplice: tanto pela Polícia Militar quanto pela Polícia Civil.⁹ Isso evidentemente conduz a certos paradoxos, sobretudo pela possibilidade de entendimentos diversos pelas instâncias investigativas, além de submeter o militar a duas autoridades distintas, afrontando-se, ao que parece, os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica. Bem por isso, o STJ, por meio da Terceira Seção, de forma unânime, em autos de Conflito de Competência nº 144.919 – SP, sedimentou posição no sentido de que:

I – É assente na jurisprudência a admissibilidade de conflito de competência em fase inquisitorial.

II - Embora previsto no art. 125, § 4º, da CF, ser da competência da justiça comum processar e julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militar em face de civil, nota-se que inquéritos policiais persistem em juízo castrense indevidamente.

seb, Data de Julgamento: 03/12/2010). De outra feita, existe também posição que julga que a apuração pode ser em duas instâncias policiais, como se pode entrever no julgado a seguir transcrito em que a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim decidiu: EMENTA: HABEAS CORPUS – APRESENTAÇÃO DE POLICIAL MILITAR SUSPEITO DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO À POLÍCIA CIVIL – POSSIBILIDADE – REQUISICÃO POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONDUÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR QUE NÃO AFASTA A DA JUSTIÇA COMUM – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NÃO VERIFICAÇÃO – ORDEM DENEGADA. A competência atribuída à Justiça Militar para conduzir o inquérito policial, em casos de crimes dolosos contra a vida, sendo a vítima civil, estabelecida pelo art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, não afasta a competência da Justiça Comum, sendo admissível que haja duas frentes investigativas acerca de um mesmo fato. O Ministério Público atua no controle externo da atividade policial, sendo-lhe atribuída, constitucional e infraconstitucionalmente, a prerrogativa de requisitar a apresentação de policiais militares para prestarem declarações à Polícia Civil. HABEAS CORPUS nº 1.0000.14.060645-0/000 – COMARCA DE IPATINGA – PACIENTE (S): JORDÃO BUENO JUNIOR – AUTORI. COATORA: PJ I V COMARCA DE IPATINGA.

- 9 Isso porque, nos autos de ADI nº 1494, a Suprema Corte brasileira reconheceu a aparente validade da alteração promovida pela Lei nº 9.299/96, a qual se projeta sobre a regra do processo penal militar, já que determina que, quando se verificar a ocorrência de crime doloso contra vida, de competência do Tribunal do Júri, os autos de Inquérito Policial Militar deverão ser remetidos à justiça comum. Veja-se a Ementa do julgado: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES - CPPM, ART. 82, § 2º, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9299/96 - INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M. - APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL - VOTOS VENCIDOS - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal - vencidos os Ministros CELSO DE MELLO (Relator), MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE - entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/1996, reveste-se de aparente validade constitucional. (STF – ADI nº 1494 MC / DE, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 09/04/1997, Data de Publicação: 19/06/2001).

III - A interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar compele a remessa imediata dos autos de inquérito policial quando em trâmite sob o crivo da Justiça Militar, assim que constatada a possibilidade de prática de crime doloso contra a vida praticado por militar em face de civil.

IV - Aplicada a teoria dos poderes implícitos, emerge da competência de processar e julgar, o poder/dever de conduzir administrativamente inquéritos policiais.

Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juiz de Direito da Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Osasco/SP.

Sobre tal ponto, parece que o controle externo exercido pelo Ministério Público pode contribuir para solucionar a questão, desde o flagrante delito, na medida em que as investigações se destinam ao órgão ministerial, podendo o promotor que atua no Tribunal no Júri ou perante a Justiça Militar estadual, oferecer promoção no sentido de definir, desde logo, qual seria a autoridade policial competente para prosseguir com a apuração. Isso porque a concomitância de duas investigações gera insegurança e expõe o investigado a constrangimentos impensáveis como sujeição a vários atos em duplicidade, com reflexos também no contexto da própria eficiência e economicidade. O próprio Ministério Público, caso assim se convença, pode manejar *habeas corpus* para trancar uma das investigações que considere desnecessária ou manejar o Conflito de Competência, ainda que em fase inquisitorial, como admitido pelo STJ, a fim de restabelecer a Justiça competente para o processo e julgamento da conduta praticada pelo profissional da segurança pública.¹⁰

10 Através da Nota Técnica nº 04/2014, que contempla uma proposta de regulamentação da apuração dos crimes dolosos contra a vida praticados por profissionais da segurança pública, promotores de justiça do MP/MG evidenciaram a urgência de expedição de ato normativo no sentido de disciplinar a matéria, que venha a contemplar, entre outras coisas os seguintes aspectos: 1 – a ocorrência de conduta de policiais militares que, em tese, configure crime contra a vida de civis, sob a forma tentada ou consumada, deverá ser imediatamente comunicada à Polícia Civil, que deverá instaurar inquérito policial para investigação do fato e, também, ao Ministério Público; 2 – os procedimentos instaurados pela Polícia Militar para apurar o aspecto disciplinar do crime doloso contra a vida, a exemplo do procedimento administrativo disciplinar, deverão ser compartilhados com o Delegado de Polícia que esteja presidindo as investigações, tão logo concluídos ou, antes disso, quando as provas reunidas assim demandarem, de forma que possam integrar, sempre que conveniente, a instrução do inquérito policial; 3 – o

1.3 O princípio constitucional da eficiência e sua aplicabilidade à atividade de polícia e à atividade militar *lato sensu*

O princípio da eficiência foi consagrado na Carta de 1988 como um mecanismo de otimização do agir estatal no campo administrativo, objetivando que a atividade administrativa desenvolvida em várias frentes e setores da Administração Pública seja impulsionada por um padrão de excelência cada vez maior, dentro de um planejamento estratégico que possa produzir resultados positivos sob o ponto de vista da qualidade da prestação de serviços e da limitação de custos, numa equação que promova grau de elevada satisfação da coletividade.

Neste sentido, vale o escólio de Furtado (2013, p. 96), para o qual a eficiência foi elevada pela Constituição Federal à categoria de princípio geral da Administração Pública, sendo um dos aspectos da economicidade. Esta, além da eficiência, compreende a eficácia e a efetividade. Economicidade é gênero, portanto, do qual a eficiência, eficácia e efetividade são as suas manifestações.

Meirelles (2006, p. 90) apresentava o dever de eficiência como o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

A eficiência, segundo o autor (MEIRELLES, 2006, p. 97), requer do responsável pela aplicação dos recursos públicos o exame da relação custo/benefício da sua atuação. O primeiro aspecto a ser considerado em termos de eficiência é a necessidade de planejamento, de definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o

resultado de morte ou lesão corporal decorrente de uso da força física ou disparo de arma de fogo desferido durante a intervenção policial deve ser objeto de registro específico, individualizado e independente do registro do fato delituoso que, eventualmente, tenha desencadeado a referida intervenção policial; 4 – a autoridade policial militar somente poderá encaminhar diretamente à Justiça Militar os autos de prisão em flagrante e/ou inquérito policial militar quando a apuração versar, exclusivamente, sobre crime militar, haja vista que o poder investigativo da Polícia Militar se restringe a essas hipóteses; 5 – é imprescindível que ambas as polícias diligenciem no sentido de preservar o local de ocorrência da ação delitativa, e que seja determinada, pela Polícia Civil, a imediata realização de perícia técnica; 6 – no caso de crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, o inquérito policial deverá ser distribuído a membro do Ministério Público com atribuição no âmbito do Tribunal do Júri.

atendimento dessa necessidade pública. Como exemplo, tem-se que a Lei nº 8.666/93 apresenta a necessidade de elaboração do projeto básico e do projeto executivo para obras e serviços.

Furtado (2013, p. 98) observa, ainda, que principalmente na década de 90, em várias partes do mundo, sobretudo nos países desenvolvidos, chegou-se à conclusão de que para solucionar os limites intransponíveis da capacidade de arrecadação estatal era necessário gerir melhor os recursos arrecadados. Para tanto, concluíram ser necessário o planejamento das atividades estatais a serem desenvolvidas.

As etapas para melhor gerir recursos envolveriam três passos para o autor. Primeiramente o planejamento das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado. No segundo momento, a definição de metas a serem atingidas. Por último, cabe a avaliação dos custos necessários à realização das metas.

Eficácia significa o atendimento dos resultados, ou seja, a eficácia implica a avaliação dos resultados que as atividades desenvolvidas pelo Estado geram em favor da sociedade (FURTADO, 2013, p. 97).

A efetividade, por sua vez, pressupõe o cumprimento das etapas de eficiência (definição de metas) e eficácia (constatação dos resultados da atividade). Na efetividade é feita, portanto, a comparação entre os objetivos e metas inicialmente traçadas e os resultados que foram alcançados (FURTADO, 2013, p. 97-98).

Nesse sentido, o autor (2013, p. 98) diz que, considerando suas particularidades, todas as atividades do Estado podem, em alguma medida, ser incluídas dentro dessa ótica. Carvalho Filho (2014, p. 30) aponta, por sua vez, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos, mas também devem ser observados em relação aos serviços administrativos internos.¹¹

Como limites à eficiência existem, para Furtado (2013, p. 99), os outros princípios gerais da Administração Pública, e, assim, a própria legalidade. Isto é, entre as opções de atuação previstas em lei, o administrador deve buscar as opções de economicidade. Di Pietro

11 Nesse sentido também o Superior Tribunal de Justiça no REsp 960.280-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 7/6/2011.

(1998, p. 73) diz que a eficiência é o princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

É possível sancionar os comportamentos que sejam contrários à eficiência? Sim, para Furtado (2013, p. 99), o art. 70 da CF/88, ao instituir que o Tribunal de Contas da União realiza o controle externo dos gastos públicos, permite, sob o viés da economicidade, aplicação de sanções ao administrador que viole a eficiência.

Por outro lado, cabível asserir que os princípios gerais da Administração não devem ser considerados meras cartas de intenção. O seu cumprimento efetivo deve ser concretizado por todos os responsáveis pela gestão de recursos públicos.

Neste contexto, as instituições militares contemplam, em seus planos de gestão estratégica, a busca incessante de uma ampla eficiência em suas atividades, estabelecendo parâmetros de organização, preparo e emprego que exaustivamente visam, num rígido modelo de hierarquia e disciplina, alcançar uma completa coesão das tropas, para obtenção de respostas rápidas, seguras e eficientes.¹²

Trazendo a discussão para o campo da atividade policial *lato sensu*, o que se observa é que deve ser direcionada ao planejamento de sua intervenção, identificação das necessidades e procura das melhores soluções, ou seja, para alcançar seus objetivos, a atividade policial deve parametrizar todo o esforço na conquista permanente da eficiência, procurando evitar o inútil dispêndio de energia e gastos.

No que concerne precisamente à atividade de polícia judiciária militar, que se engloba no feixe próprio de atividades administrativas, a visão não pode ser diversa, de modo que é plenamente aplicável ao exercício dessa função investigatória o princípio constitucional da eficiência, tal como encartado no art. 37. E isso decorre do fato de que os órgãos previstos no Código de Processo Penal Militar para

12 A Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, define as normas gerais para organização, preparo e emprego das Forças Armadas, estabelecendo, por exemplo, no art. 14, que o preparo das Forças Armadas se pautará pela “permanente *eficiência operacional* singular e nas diferentes modalidades de emprego interdependentes” [grifo nosso].

desempenhar a referida atividade se subordinam, igualmente, aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública geral, incluindo a Administração Militar, ainda que haja particularidades inerentes a esse modelo, as quais não rechaçam, contudo, a cabal exigência da adoção de meios para tornar mais eficiente o cumprimento da predita atribuição.

Dentro dessa assertiva, é cabível lembrar, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, versando sobre o princípio da eficiência aplicado ao acesso à justiça (FURTADO, 2013, p. 30-33), dando a compreender, portanto, que a entrega efetiva da justiça deve ser ágil e abrangente, realizando o seu papel de compor os conflitos e garantir a convivência social pacífica e ajustada¹³. E nesse sentido, para extrair o maior alcance e proveito da aplicabilidade do princípio da eficiência, faz-se mister que todo o sistema de justiça e os órgãos que são essenciais ao atendimento de suas metas, como o Ministério Público e os órgãos de segurança e investigação, estejam em funcionamento regular, evitando as delongas que possam comprometer a concretização da justiça e a efetividade do processo.¹⁴

Não por outra razão, a mesma EC nº 45/2004 inovou com a criação de dois órgãos constitucionais de controle: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com as atribuições específicas de exercer o controle administrativo, financeiro e disciplinar dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, tendo por finalidade maior melhorar o perfil de tais instituições.

Assim, força é convir que, desde o advento dos precitados órgãos de controle externo, observa-se a adoção de uma série de medidas

13 Neste norte, vale a lição de Cintra et al. (2010, p. 30): “o que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com o que o Estado a exerce [...]. A *pacificação é o escopo magno da jurisdição* e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um” [grifos no original].

14 Dias (2013, p. 95-96), a propósito, comenta sobre a diversidade dos papéis que o Ministério Público desempenha, conferindo-lhe um caráter de multifuncionalidade, observando sua condição de ator importante no seio dos mecanismos existentes de acesso ao direito e à justiça dos cidadãos.

que têm por desiderato o implemento do princípio da eficiência no cumprimento de tão primordiais encargos que lhes são cometidos, de maneira tal que os órgãos judiciais e os órgãos ministeriais formulem políticas de gestão que persigam constantemente o atingimento dos objetivos com máxima presteza, qualidade e competência.

Essa atuação fiscalizatória que, no caso do CNMP alcança todo o Ministério Público brasileiro, adquire imenso destaque em variados aspectos da atuação ministerial e, nos lindes da presente pesquisa, o assunto atinge um significado maior, haja vista que cabe ao Ministério Público Militar a notável incumbência de realizar o controle externo da atividade policial desenvolvida no seio das Forças Armadas e, no caso do Estados-Membros, no âmbito das Corporações Militares, incluindo dentro dessa concepção o exercício da polícia judiciária militar.

Mais adiante, no Cap. 4 do presente trabalho, será mais bem tratada a questão atinente ao controle externo da atividade de polícia judiciária militar, porém é indispensável frisar, desde logo, que é também missão do Ministério Público Militar controlar a eficiência dessa atividade realizada pela Administração Militar, fazendo as recomendações ou promovendo as medidas que possam conduzir à elevação do padrão de qualidade da instituição em comento. Exatamente nesse sentido, Ávila (2016b, p. 292) acrescenta que uma das finalidades do acompanhamento obrigatório das investigações é a possibilidade de fiscalização constante da atividade policial, como instrumento de profilaxia de eventuais ilegalidades e para assegurar sua eficiência.

A seu turno, como se verá, o próprio Ministério Público Militar, que também não escapa ao facho de irradiação do princípio da eficiência, será, *pari passu*, instado pelo CNMP a prestar contas quanto ao cumprimento da ventilada atribuição.

Vale remarcar com Ávila (2016a, p. 345) que a eficiência da investigação criminal, derivada do princípio do art. 37, *caput*, da CRFB/1988, e da própria interpretação teleológica do princípio constitucional da segurança pública, pode ser subdividida em três outros princípios: princípio da obrigatoriedade da investigação criminal pelas autoridades policiais, princípio da busca da verdade na investigação e princípio da celeridade.

Corolário dessa concepção tripartite da eficiência da investigação criminal no âmbito penal militar é que: I – a autoridade militar não pode escolher se investiga ou não um fato penal militar, sob pena de incorrer em crime de prevaricação ou condescendência criminosa; II – a autoridade militar tem compromisso com a verdade que ressaí das provas arrecadadas ou por arrecadar, devendo-se esforçar para trazer à luz a real dinâmica dos acontecimentos. Não pode, pois, deixar de apontar os responsáveis pela prática ilícita e nem escamotear os fatos, agindo com seletividade ou se omitindo; III – a investigação deve ser ágil e rápida, com razoável duração. Quanto maior a demora em identificar o autor do ilícito ou a sua materialidade, mais distante se estará da realização da justiça, podendo inclusive acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

É preciso, portanto, ante a demonstração de que o princípio da eficiência atinge toda a atividade militar, evidenciar, no sistema constitucional vigente, as estruturas especialmente criadas para realizar o controle dessa atuação administrativa essencial, impostergável e insubstituível, que envolve os órgãos de segurança pública e as instituições responsáveis pela Defesa Nacional.¹⁵

15 E não se pode olvidar, como lembra Salgado (2013, p. 167), que a (in)eficiência do trabalho da polícia refletirá, em parte, na (in)eficiência do trabalho do próprio órgão ministerial.

Capítulo 2 – Sistema judicial e controle da atividade militar

Sendo a Constituição o documento que alicerça todo o Estado, por assim dizer, fundando as suas bases de sustentação, torna-se essencial perscrutar de que forma restou delineado, pelo constituinte, o arquétipo *jusmilitar* brasileiro. E aqui o objetivo é mesmo demarcar o trato veiculado às instituições militares em nível de estruturação e funcionamento.

Sob tal perspectiva, não é de se desprezar uma concepção de um Direito Constitucional Militar ou, como prefere Miranda (2009, p. 19), de um Direito Constitucional das Forças Armadas, plasmado por princípios e valores inerentes ao permanente, regular, e eficaz cumprimento das atribuições militares, naturalmente dentro de uma ótica sistêmica e unitária do próprio ordenamento constitucional.¹⁶

Com efeito, a complexa, multifária e infungível atuação das instituições militares reclamou, sabiamente, uma atenção especial do constituinte, que adotou regramentos que procuram estabelecer uma disciplina que melhor atenda a tal universo. Não à toa foram previstas exceções, no próprio texto constitucional, que contemplam vedações aos militares, como uma decorrência da própria natureza de suas atribuições, insuscetíveis de delegação e imposteráveis. Deste modo, não se permite a greve e nem a sindicalização.

Assente-se que, sob a perspectiva do direito positivo, foi remetida ao legislador ordinário a tarefa de balizar as normas infraconstitucionais sobre o ingresso, os limites de idade, a estabilidade, as condições de transferência para a inatividade, os direitos, os deveres, a remu-

16 Miranda (2009, p. 22), em Anais do VII Seminário de Direito Militar, organizado pelo Superior Tribunal Militar, ao palestrar justamente sobre o tema Direito Constitucional das Forças Armadas, nos concita a refletir sobre o trato que as Constituições direcionam às Forças Armadas, mas sempre atento à visão unitária e sistemática que deve nortear o intérprete, aludindo que “por mais importantes que sejam as normas específicas sobre as Forças Armadas, essas normas não devem ser entendidas isoladamente das demais, mas no sistema constitucional, no seu conjunto. É usual, em alguns autores, falar em Constituição das Forças Armadas ou em Constituição Militar, assim como há quem fale largamente, dentro da doutrina constitucionalista, em Constituição Financeira ou em Constituição Econômica ou em Constituição do Trabalho, etc. São formas de entender determinadas matérias, mas que não devem perder de vista a unidade sistemática fundamental de cada Constituição. As normas constitucionais sobre Forças Armadas e sobre defesa nacional devem ser sempre vistas nessa ótica de um tratamento unitário e sistemático”.

neração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. Essa a dicção do art. 142, § 3º, inciso X, *in verbis*:

A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

É possível, portanto, vislumbrar um arcabouço jurídico que se respalda constitucionalmente e que se compõe de um plexo de disciplinas voltadas a conferir efetividade ao funcionamento das instituições militares, resultando, pois, na existência do direito penal militar, direito processual penal militar, direito administrativo militar, direito disciplinar militar, direito previdenciário militar, direito internacional humanitário e suas ramificações.¹⁷

Para a missão de fazer operar tão singular ordenamento, criou-se uma estrutura própria, com a previsão de um Ministério Público especializado e a institucionalização de um aparato judiciário específico com a competência para o processo e julgamento dos crimes militares¹⁸. No plano estadual, além do processo e julgamento dos crimes militares estaduais, a competência se ampliou para o controle dos atos disciplinares¹⁹. A propósito do tema, incumbe esclarecer que na Reforma do Judiciário, que ainda não se completou, há proposta

17 Assim também pensam Zaffaroni e Cavallero (1980, p. 4), segundo os quais “no es casi necesario demostrar que resulta indispensable dotar a las fuerzas armadas de una organización jurídica que sea adecuada al cumplimiento de sus fines, compuestas por normas de distinta naturaleza, referidas todas a la organización de las mismas en tiempo de paz y de guerra”.

18 Souza (2009, p. 79) esclarece que as instituições militares estão sujeitas a uma ordem jurídica particular, possuindo códigos, leis e regulamentos próprios. Esse conjunto de diferentes regras orienta a vida e as ações dos seus membros, que apresentam valores distintos, além de cultura e psicologias diferenciadas. É a Justiça Militar – Justiça Especial – que aplica essa legislação particular, necessária e distinta da legislação comum em face da hierarquia e da disciplina existentes no interior das corporações militares. É essa condição militar do integrante da instituição castrense que o submete à legislação específica, e não porque a classe militar é levada em conta como um todo. A Justiça Militar existe não por causa dos crimes dos militares, mas para examinar o cometimento de crimes militares definidos pela lei como tais, o que é completamente diferente.

19 Proposta em trâmite no Congresso Nacional.

também de ampliação da competência da Justiça Militar para alcançar o controle das infrações disciplinares. O ideal seria que todas as questões afetas ao contencioso administrativo e previdenciário militar passassem para a competência singular do juiz-auditor, dotando a Justiça Militar de uma competência cumulativa em razão de sua notória especialização.

Infelizmente, no contexto da investigação criminal, como se verá adiante, o constituinte não se atentou para a instituição de um órgão também especializado para cumprir tal mister. De fato, embora tenha feito ressalva quanto à apuração das infrações penais militares (§ 4º do art. 142), quando tratou das atribuições das polícias civis, dando a entender que outro órgão investigativo exerceria o papel de polícia judiciária militar, não se preocupou em indicá-lo, remanescendo um espaço lacunoso no ordenamento constitucional. Poder-se-ia até cogitar que a incumbência recairia sobre a Polícia Federal, visto que o § 1º do art. 142 estatui que a referida instituição seria responsável pelo exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União. Entretanto, ante a precitada omissão, o que se observa é que teria sido recepcionado o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 02/1969) pela Constituição vigente, incluindo neste contexto a polícia judiciária militar ali prevista.

Feitas essas indispensáveis digressões, é possível, de imediato, detectar dois paradigmas constitucionais bem visíveis: a) a previsão de um ramo do Ministério Público da União especialmente instituído para deduzir a *persecutio criminis in judicio* e exercer o controle externo da atividade policial (art.128, “c”, da CF/88); e b) a previsão de uma Justiça Militar – tanto nos estados-membros quanto na União (arts. 122 a 124 e art. 125, §§ 3º a 5º), responsáveis, respectivamente, pelo processo e julgamento dos crimes militares estaduais e pelos crimes militares federais.

De tudo cabe, no entanto, uma observação crítica pela ausência de um paradigma constitucional pertinente à instituição de uma polícia judiciária militar, o que seria recomendável sobretudo para acompanhar o grau de especialização dos demais órgãos previstos na Constituição de 1988.

2.1 Ministério Público Militar

2.1.1 Origem

Antes de mais nada e em razão de sua evidente especialização, faz-se conveniente tecer, ainda que de forma resumida, um esboço sobre a trajetória desse ramo do Ministério Público da União denominado Ministério Público Militar. E isso ganha relevo na medida em que, dentro do escopo da presente pesquisa, trata-se de um Ministério Público que vem desempenhando, ao longo de quase cem anos, o controle da atividade militar em tempo de paz e em tempo de guerra.

Com esse registro introdutório, é possível afirmar que as origens do Ministério Público Militar remontam ao ano de 1920, quando, por força do Decreto nº 14.450, de 30 de outubro, foi instituído o Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Tal diploma legal já dispunha sobre os cargos de Procurador-Geral e Promotores Militares. Trata-se, portanto, do mais antigo ramo do Ministério Público da União. O Ministério Público Militar, de acordo com o referido decreto, detinha as atribuições próprias da acusação, firmando-se, ainda, a independência recíproca entre o Ministério Público e o Judiciário no que tange ao exercício das respectivas funções.

Desde sua criação, o Ministério Público Militar vivenciou marcantes momentos da história nacional, notadamente a Revolução de 1930, a Segunda Grande Guerra Mundial e o período do Governo militar, iniciado em 1964 e finalizado com a denominada reabertura política em 1985. E, ainda, como fato digno de registro, assistiu, em 1936, a instalação do Tribunal de Segurança Nacional – TSN, considerado tribunal de exceção, composto por juízes civis e militares, livremente escolhidos pelo Presidente da República, o qual deveria funcionar sempre que fosse deflagrado o estado de guerra, visando a processar e julgar os acusados envolvidos em atividades extremistas que pudessem atingir a segurança nacional ou malferir as instituições militares e a ordem política e social do país. Inicialmente concebido como órgão da Justiça Militar, subordinado ao então Supremo Tribunal Militar, o Tribunal de Segurança Nacional dele se desvinculou em 1937, quando emergido o Estado Novo, passando a ter atuação autônoma e regular.

Na dicção do art. 7º da Lei nº 244/36, perante o TSN funcionaria um Procurador nomeado pelo Presidente da República e, como seus adjuntos, os Promotores, os adjuntos da justiça local do Distrito Federal ou da Justiça Militar, requisitados por intermédio do Ministério da Justiça ou do Ministério da Guerra.

Certamente não era satisfatório para o Ministério Público Militar atuar em circunstâncias tão autoritárias, sobretudo pelo rompimento de garantias arduamente conquistadas ao longo dos tempos, como ocorrido em relação ao Decreto-Lei nº 4.766/42, que definia crimes militares e contra a segurança do Estado, prevendo sua aplicação retroativa. Ora, o fato de se estar em tempo de guerra, no qual normalmente são restringidas ou completamente tolhidas as garantias individuais, não justificava a aplicação retroativa de tal legislação penal, em completo descompasso com os princípios imanentes às ciências penais, especialmente os princípios da reserva legal e da anterioridade. Portanto, foi uma fase de anormalidade, que exigiu do Ministério Público Militar um imenso equilíbrio, dadas as próprias condições impostas para a aplicação das leis então vigentes e em virtude do cenário político reinante.

Saliente-se que, embora deva sua gênese ao Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 1920, o Ministério Público Militar brasileiro somente adquiriu assento constitucional com a Carta de 16 de julho de 1934, da qual o art. 98 previa o Ministério Público perante a Justiça Militar.

No plano infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 24.803/34 introduziu alterações significativas no Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 1920, dotando o Promotor Militar, em cada divisão, da atribuição de zelar pelo cumprimento das regras gerais de direito das gentes e convenções de Genebra, de 27 de julho de 1929, em matéria de tratamento de prisioneiros, feridos e enfermos de campanha, inclusive orientando o comando sobre as prescrições que deveriam chegar ao conhecimento da tropa. Com o advento do Decreto nº 17.231-A, em 26 de fevereiro de 1926, estatuinto o Código de Justiça Militar, foi criado o cargo de Subprocurador-Geral, com a missão de substituir o Procurador-Geral em suas faltas e impedimentos, bem como de atuar como Consultor Jurídico do Ministério da Guerra.

A Constituição de 1937 – denominada “Polaca” e outorgada por Getúlio Vargas – conferiu reduzido espaço ao Ministério Público, acarretando verdadeiro retrocesso institucional. Tal Constituição cingiu-se ao trato da figura do Procurador-Geral da República, então de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República, olvidando-se do Ministério Público Militar.

Posteriormente, a Instituição passou a ter sua estrutura disciplinada pelo Código de Justiça e Organização Militar, instituído pelo Decreto-Lei nº 925/38, que, à semelhança do Decreto nº 14.450/20, estabeleceu, quanto ao exercício funcional, independência recíproca entre os órgãos do Ministério Público e do Judiciário Militar. O velho Código de 1938, embora situasse o Ministério Público Militar como órgão auxiliar do Judiciário, conferia-lhe, por outro lado, a proeminência de incorporar o *jus puniendi* estatal, cabendo-lhe, por excelência, o manejo da ação penal militar.

A essa altura, é salutar não esquecer que, com o advento da Segunda Guerra Mundial, o Ministério Público Militar teve um papel destacado. Além de sua atuação nos Tribunais Militares e Especiais, esteve presente também na Itália para denunciar, fiscalizar e processar os crimes ocorridos no teatro bélico. O Decreto-Lei nº 925/38 – que revogou o Decreto-Lei nº 24.803/34 – não previa a atribuição do Ministério Público Militar de controlar a aplicação das normas e convenções concernentes ao período de guerra, mas fato é que, com o posterior desdobramento bélico e o ingresso do Brasil no II Conflito Mundial, ficou patente que tal função nunca foi tão imprescindível. Certamente que a fiscalização da observância das regras de Direito Internacional Humanitário caberia ao Ministério Público Militar, designado para seguir com as tropas no cenário da precitada conflagração.

A edição da Portaria de 9 de agosto de 1943, assinada pelo Ministro Eurico Gaspar Dutra, criando a 1ª Divisão de Infantaria, constituiu-se no passo inaugural para a estruturação das tropas que seriam enviadas para as operações no continente europeu. A partir de então, grande desafio foi projetado para o Ministério Público Militar, que acompanharia a Força Expedicionária Brasileira – FEB até a Itália, onde assumiu, inegavelmente, notável papel, haja vista que muitas foram as ações penais deduzidas e os julgamentos realizados, face à

expressiva ocorrência de crimes militares. Com o envio das tropas brasileiras à Itália, o Decreto-Lei nº 6.396/44 passou a reger a atuação do Ministério Público e da Justiça Militar, que funcionariam no contexto da hostilidade. Em tal *códex*, além de normas sobre a estrutura dos órgãos judiciários e suas competências, também foram disciplinadas regras pertinentes à instrução dos processos, aos julgamentos, assim como aos recursos cabíveis.

É de se observar que, por intermédio do Decreto-Lei nº 6.509/44, criou-se um Quadro Especial para os Membros da Justiça Militar da Força Expedicionária Brasileira. Com efeito, os Juízes, os Membros do Ministério Público e os Escreventes da Justiça Militar integravam um Quadro Especial de Oficiais na Reserva de 1ª Classe do Exército, inclusive usando fardamentos de acordo com seus postos.

Findada a Segunda Grande Guerra Mundial, em 2 de setembro de 1945, o Ministério Público Militar, à semelhança das demais Instituições Públicas brasileiras então existentes, procurou reorganizar-se, a fim de bem cumprir sua missão. Fundamental para tanto foi a promulgação da Constituição de 1946, denominada de “Carta Democrática”, que restituiu ao Ministério Público o prestígio solapado pela Constituição de 1937, de modo que a Instituição voltou a figurar em título próprio, garantindo-se aos seus membros estabilidade e inamovibilidade, além de ingresso na carreira mediante concurso público. Também estabeleceu sua organização na seara federal e estadual, prevendo atuação perante a Justiça Militar.

A unidade institucional aclamada no texto da Carta de 1946 foi concretizada pela Lei nº 1.341/51, que materializou o primeiro estatuto orgânico do Ministério Público da União. No referido texto normativo, restou assente o papel do Ministério Público da União, com a função de zelar pela observância da Constituição Federal e das leis, bem como a independência que regeria a atuação de cada um de seus órgãos ante as justiças em que funcionariam. Reservando o Título III para tratar do Ministério Público Militar, a Lei nº 1.341/51 conferiu à Instituição trato singular, especificando sua estrutura interna e as funções cometidas tanto ao Procurador-Geral da Justiça Militar quanto aos Promotores Militares.

O Procurador-Geral, na vigência do estatuto de 1951, era nomeado em comissão, recaindo sua escolha entre bacharéis em Direito que apresentassem ao menos dez anos de prática de foro. Relacionavam-se, entre suas inúmeras atribuições, o manejo da ação penal nos crimes de competência originária do Superior Tribunal Militar, bem como a promoção da declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato. Tal diploma ainda extinguiu o cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar, que, entretanto, seria restaurado por meio do Decreto-lei nº 267/67.

A Constituição de 1967 foi econômica no trato da Instituição, apenas fazendo constar que a lei disporia sobre o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais. No Decreto-Lei nº 1.002/69, que instituiu o Código de Processo Penal Militar, diversos dispositivos disciplinam o exercício da ação penal pelo Ministério Público Militar, bem como suas atribuições perante o Superior Tribunal Militar e órgãos judiciários de 1ª Instância. Ademais, ficou consagrada, como atribuição especial, a fiscalização do cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases de sustentação das Forças Armadas.

Em 20 de novembro de 1973, veio a lume o Decreto nº 73.173, que cuidou da feição básica do Ministério Público Militar, assim delineada: Procurador-Geral, Subprocurador-Geral e Procuradores Militares. Com a promulgação da Lei nº 8.457/92, restou organizada a Justiça Militar da União, ficando estabelecido, nos arts. 67 e 68, que o Ministério Público da União manteria representantes naquela Justiça especializada.

A Constituição de 5 de outubro de 1988, por sua vez, instituiu um marco significativo na valorização do Ministério Público brasileiro, conceituando-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, proveu-o de princípios essenciais para o pleno e equilibrado exercício das atribuições previstas em lei: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Ademais, a Carta de 1988 conferiu-lhe completa autonomia administrativa e financeira, separando-o do Poder Executivo, inclusive alocando-o em capítulo distinto dos demais Poderes, caracterizando-o como Instituição essencial à concretização da Justiça.

A Lei Complementar nº 75/93, em consonância com o texto constitucional em vigor, definiu o estatuto orgânico do Ministério Público da União, fixando no Capítulo III, arts. 116 a 148, diversos regramentos sobre a estrutura do Ministério Público Militar e inúmeras de suas atribuições.

Finalmente, convém ressaltar que a Lei nº 8.975, de 6 de janeiro de 1995, determinou a criação de oito cargos de Subprocurador-Geral de Justiça Militar e vinte cargos de Procurador de Justiça Militar. Posteriormente, por intermédio da Lei nº 12.673, de 25 de Junho de 2012, foram criados mais três cargos no quadro do Ministério Público Militar: um de Procurador de Justiça Militar e dois de Promotor de Justiça Militar. A carreira passou a contar, por conseguinte, com 79 membros, apresentando a seguinte composição: treze cargos de Subprocurador-Geral de Justiça Militar; vinte e dois cargos de Procurador de Justiça Militar; e quarenta e quatro cargos de Promotor de Justiça Militar.

Essa é a estrutura do Ministério Público Militar, com uma longevidade que já chega aos 96 anos de existência, sendo reconhecida o ramo mais especializado do Ministério Público da União.

2.1.2 Concepção e atribuições

O Ministério Público Militar foi definido na Constituição de 1988 como uma das ramificações do Ministério Público da União, sendo sua concepção um desdobramento do paradigma constitucional de uma estrutura de justiça especializada com competência para a aplicação das leis militares²⁰. Aliás, cabe lembrar que o próprio Código de

20 A Justiça Militar da União atualmente só detém competência criminal, nos termos do quanto disposto no art. 124 da Carta vigente. Há, no entanto, Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que visa ampliar a competência desse órgão judicial especializado, de modo a que também passe a atuar em relação às questões cíveis. No âmbito dos Estados-Membros, a Emenda Constitucional 45/2004 promoveu mudança na competência das justiças militares estaduais, pelo que se observa do conteúdo do art. 125, § 4º, que passaram a se debruçar sobre as ações

Processo Penal Militar, em seu art. 55, define a Instituição como fiscal da observância dos princípios da hierarquia e disciplina. Por outro lado, como fato de grande repercussão histórica, pode-se mencionar que, no bojo do Decreto-lei nº 24.803, de 14 de julho de 1934, já se dispunha sobre a incumbência dos membros do Ministério Público Militar de fiscalizar o cumprimento das normas gerais de Direito das Gentes e das Convenções de Genebra, de 27 de julho de 1929.²¹

Na acepção de Freitas (2003, p. 233),

O caráter peculiar do MPM é dado justamente pela palavra “militar” inserida na sua denominação constitucional. Significa que este ramo do MPU atua junto aos órgãos da *Justiça Militar*, promovendo, privativamente, ação penal pública (LC n. 75/93, art. 116, inciso I); requisitando diligências investigatórias e instauração de *inquérito policial militar* (LC n. 75, artigo 7º, inciso II e artigo 117), exercendo o controle externo da atividade de *polícia judiciária militar* (LC n. 75/93, artigo 3º, alínea a; artigo 9º e artigo 117, inciso II), tudo em face do respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito [grifos do original].

Perante as Justiças Militares estaduais, atua um órgão do Ministério Público estadual, mas sem deter o mesmo grau de especialização do Ministério Público Militar da União, cujos membros, desde o ingresso na carreira, cumprem suas atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar da União. Conforme remarcado na Lei nº 8.457/92, em seu art. 68, “os membros do Ministério Público desempenham, junto à Justiça Militar, atribuições previstas no Código de Processo Penal Militar e leis especiais”.²²

Em suma, o Ministério Público, em nível federal ou estadual, com maior ou menor grau de especialização, assume, como bem apontado por Ávila (2016b, p. 292), o dever de fiscalização continuada da eficiência e das eventuais ilegalidades da atividade militar.

judiciais contra atos disciplinares militares. Particularmente, sustentamos a posição de que a competência da Justiça Militar da União deveria ser ampliada para alcançar todas as matérias inerentes ao contencioso administrativo militar, inclusive questões previdenciárias.

21 O Decreto-lei nº 24.803, de 14 de julho de 1934, produziu alterações no Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 1920.

22 Assis e Campos (2015, p. 151) assinalam que o Ministério Público Militar (MPM) é o ramo do Ministério Público da União ao qual compete promover, privativamente, a ação penal militar, a representação pela declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato e se manifestar, em qualquer fase do processo, quando entender existente interesse público que justifique sua intervenção (art. 116 da Lei Complementar nº 75/1993).

2.2 A Justiça Militar brasileira e sua justificação constitucional

Falar de Justiça Militar no Brasil constitui tarefa árdua, já que envolve aspectos pertinentes ao período do governo militar, quando foram aplicadas as normas da Lei de Segurança Nacional, em que milhares de civis terminaram sendo processados e julgados pelos órgãos de tal justiça especializada. O debate, portanto, vem carregado de toda uma visão ideológica, que impede um exame mais acurado e isento, sobretudo sob o ponto de vista de sua eficiência em virtude de se constituir em instância especializada e afeta às infrações específicas da caserna. Com efeito, a Justiça Militar integra o Poder Judiciário nacional, possuindo traços particulares que a destacam dos demais órgãos jurisdicionais do país, nomeadamente a existência do sistema de escabinato²³, representado por colegiados julgadores mistos, formados necessariamente pela figura de um juiz togado e quatro militares do quadro de oficiais.²⁴

23 Colegiado julgador de natureza híbrida, formado por um juiz togado e quatro oficiais militares. Na Justiça Militar brasileira, há duas espécies de Conselho: o permanente e o especial. O primeiro processa e julga militares até o ponto de Oficial Superior; o segundo se destina ao processo e julgamento de civis e praças.

24 A organização da Justiça Militar da União está definida na Lei 8.457/92, estruturando-se em órgãos de primeiro e de segundo grau. No primeiro caso, encontram-se os Juízes-Auditores e Juízes-Auditores Substitutos e os Conselhos de Justiça. Na segunda hipótese, apenas o Superior Tribunal Militar. A Justiça Militar da União tem suas competências demarcadas no diploma legal supracitado, cabendo a seus órgãos processar e julgar os crimes militares praticados por civis e militares, sendo certo que à primeira instância estão sujeitos militares até o posto de Oficial Superior. No ápice da estrutura da Justiça Militar da União encontra-se o Superior Tribunal Militar (STM), que funciona como instância originária e recursal. Tal esclarecimento se faz necessário na medida em que podem ser submetidos ao STM, de forma privativa, os Oficiais Gerais, cabendo ao Procurador-Geral da Justiça Militar, neste caso, exercer o controle externo da atividade de Polícia Judiciária Militar. O STM também tem a competência de processar e julgar as denominadas ações de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, que se constituem em um processo especial que afere, sob o ponto de vista da honra, se o militar mantém as condições imprescindíveis para prosseguir envergando a farda e tudo o mais que decorre do posto e da patente.

As Justiças Militares estaduais, em alguns Estados da Federação, possuem um órgão de segundo grau denominado Tribunal de Justiça Militar, situação que ocorre em Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. Nos demais Estados, os Tribunais de Justiça exercem a competência originária e recursal quanto aos fatos administrativos e penais militares.

Entre as novidades da Justiça Militar da União, pode-se destacar a existência de uma Auditoria de Correição, a qual não possui, porém, função judicante, atuando como instância fiscalizatória e de orientação judiciário-administrativa, na dicção do art. 13 da Lei de Organização Judiciária Militar da União. Atualmente compõe-se de um Juiz-Auditor Corregedor, com jurisdição em todo o território nacional, um Diretor de Secretaria e Servidores auxiliares. Há projeto de lei em trâmite que visa modificar a atual estrutura da Auditoria de Correição, que passaria a denominar-se Corregedoria da Justiça Militar e seria conduzida por um Ministro-Corregedor, um Juiz-Corregedor Auxiliar, um Diretor de Secretaria e auxiliares. Cuida-se do

Portanto, em que pesem os diversos argumentos que buscam questionar a validade de sua existência, não se pode desconsiderar sua fundamentação constitucional como juiz natural de fatos singulares previstos em um Código Penal próprio, dentro de uma concepção de um direito penal especial.²⁵

Ademais, não é desprezível sua longevidade, posto que se trata da Justiça mais antiga do país, criada por Alvará Régio, que remonta ao ano de 1808, quando da chegada da família real portuguesa ao Brasil.²⁶

É certo, e isso não pode passar ao largo de uma análise contemporânea, que existe mundo afora uma tendência de se limitar a atuação das justiças militares aos crimes propriamente militares ou mesmo de se extinguir sua existência autônoma, na linha do quanto preconizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), conforme se percebe dos estudos desenvolvidos pelo Professor da Universidade Panthéon-Assas Paris II, Emmanuel Decaux²⁷, que reproduz o Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares, destacando-se, no primeiro destes princípios, que os Tribunais

PL 7683/2014, que altera dispositivos da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Atente-se para o fato de que a implantação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com sua Corregedoria Nacional, em nada interfere com o trabalho desenvolvido pela Auditoria de Correição, o qual se limita ao contexto do Judiciário Militar federal. A Auditoria de Correição também promove inspeções periódicas nas Auditorias Militares de todo o país, verificando, entre outras coisas, a regularidade dos arquivamentos deferidos pelos magistrados, bem como a correta tramitação dos processos em curso no órgão judicial inspecionado. ASSIS et al. (2015, p. 71) destaca que “a ação corregedora do CNJ, no entanto, é supletiva, não afastando a intervenção originária do órgão correicional de cada um dos ramos do Poder Judiciário”. Discordamos, entretanto, de tal posicionamento, na medida em que a Corregedoria Nacional, tanto do CNJ quanto do CNMP, de acordo com decisões do Supremo Tribunal Federal, não apenas complementa o trabalho desenvolvido pelas Corregedorias Gerais do Poder Judiciário ou do Ministério Público, podendo atuar concomitantemente e mesmo avocar os processos em curso em tais instâncias correicionais.

25 É o que ensinam Zaffaroni e Cavallero (1980, p. 4), consoante os quais o Direito Penal Militar é tão especializado que suas normas chegam a ser derogatórias das normas do Direito Penal comum.

26 No dia 1º de abril de 1808, com a chegada da família real ao Brasil, D. João VI cria o Conselho Supremo Militar e de Justiça, portanto origem remota do atual Superior Tribunal Militar (STM).

27 Actualité de la Justice Militaire dans les travaux des Organes des Nations Unies. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coords.). *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 663-667. Opinião também compartilhada por: CHENUT, Kathia Regina Martin. *Jurisdições Militares em face das exigências do Direito Internacional*. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, v. 12, p. 15-18, set./out. 2008; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coords.); CARVALHO, Alessandra Ferreira Couto de et al. (Org.). *Seminário de Direito Militar*, 7. *Anais*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009.

Militares, quando existirem, devem ser instituídos pela Constituição ou pela lei, respeitando o princípio da separação de poderes.

Neste particular, é consabido que a Justiça Militar brasileira, com sua peculiar estrutura, foi acolhida no seio da Constituição de 1988, resistindo a todas as tentativas que propunham sua extinção, projetando-se como órgão jurisdicional que cumpre uma função constitucional previamente definida, não se podendo rotulá-la de justiça de exceção ou justiça corporativista, já que os magistrados de carreira que a compõem são civis, o mesmo se podendo afirmar em relação aos promotores de Justiça Militar e aos defensores públicos que atuam perante seus órgãos. Abstraídas as críticas que possam ser assacadas ao adjetivo militar que se integra ao vocábulo justiça, não há, de fato, outro fundamento que possa tisonar tal órgão do Poder Judiciário de qualquer mácula, já que, estruturalmente, no plano da União, representa uma justiça militar federal especializada, com dotação orçamentária própria e com funcionamento inteiramente independente da administração militar.²⁸

Aliás, não é demais ressaltar que inexistente demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos motivada por atuação da Justiça Militar da União, mesmo diante do esclarecido pela Ministra Maria Elizabeth Rocha, do Superior Tribunal Militar, no sentido de que, das recomendações da Corte, inferem-se, em larga maioria, pronunciamentos sobre ser a jurisdição castrense incompetente para processar e julgar civis ou militares que cometeram atos de violência aos direitos humanos de civis.²⁹

Isso, contudo, não quer dizer que não haja espaço para adequações e mudanças que se mostram necessárias, conforme as recomendações da ONU e de acordo com o que já restou assentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em estudo desenvolvido por Comissão especialmente criada para avaliar a posição da Justiça Militar no contexto do Poder Judiciário brasileiro.

28 Roth (2003, p. 71) acentua esse caráter de autogoverno, independência e autonomia da Justiça Militar, que possui, como Órgão do Judiciário, as mesmas garantias institucionais, além das garantias funcionais de seus membros.

29 “Julgamento de civis pela Justiça Militar e direitos humanos”. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/publicacoes/noticias-de-2014/julgamento-de-civis-pela...>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

Neste ângulo, um dos pontos que mais provocam discussões diz respeito à sujeição de civis à jurisdição militar em tempo de paz, o que estaria em rota de colisão com os princípios sustentados pela ONU. Sobre isso, Duarte e Couto de Carvalho (2014, p. 39) já haviam se posicionado no sentido de que a justiça militar brasileira precisa se reinventar para continuar contribuindo com o Estado Democrático de Direito, sendo uma das mudanças sugeridas justamente a alteração de competência de tal justiça especializada em relação ao processo e julgamento de civis, que deixaria de ser realizado pelo colegiado militar, passando a ser da competência singular do juiz-auditor, que verdadeiramente se constitui num juiz federal especializado.³⁰

Nos Estados-Membros também funcionam justiças militares que são competentes para processar e julgar os crimes militares praticados por policiais militares e bombeiros militares. A propósito, impende considerar que, no bojo da reforma do Judiciário, que foi fatiada e resultou, inicialmente, na promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, as justiças militares foram extremamente fortalecidas, na medida em que tiveram ampliadas suas competências para atuarem também com questões cíveis, passando a exercer o controle jurisdicional dos atos disciplinares, antes afetos à jurisdição ordinária.

Esta ampliação de competência mostra que há espaço para que a Justiça Militar, tanto em nível estadual quanto federal, dentro da concepção de órgãos dotados de especialização, possa ser melhor aproveitada, podendo solucionar questões não apenas de natureza penal, como também outras que se relacionam à atividade militar no sentido amplo, envolvendo concursos públicos de ingresso na carreira, previdência militar, reformas, meio ambiente militar etc.

É importante registrar que esta breve incursão sobre a Justiça Militar brasileira se mostra indispensável, especialmente porque, como ressaltado por Marcelo dos Anjos (2015, p. 119), os órgãos judiciais militares funcionam como agências de *accountability* da atividade policial.³¹

30 Nos autos de habeas corpus nº 112.848/RJ, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, ao realizar interpretação conforme a Constituição, reputou que o civil deveria ser julgado monocraticamente pelo juiz-auditor.

31 Lembra o autor que, no que se refere à fiscalização e controle do sistema policial e sua consequente responsabilização perante os órgãos judiciários, vale ressaltar que a polícia militar, que tem seus integrantes respondendo por delitos de homicídio praticados contra civil, delitos de

Este ponto é de capital relevância, visto que a atividade policial, por deter o monopólio da força e do uso de armas, não pode deixar de ser rigidamente submetida a controle. Neste sentido, Davis (1974, p. 703), ao tratar do controle legal da polícia, advoga a tese de que a criação requisitada de regras de polícia parece promissora, tanto quanto a responsabilidade governamental por atos ilícitos de polícia. Contudo, adverte que muito mais promissora é a combinação dos dois com outros controles, incluindo a regra de exclusão, um sistema de *ombudsman*, e vários tipos de conselhos de revisão.³²

Pode-se também afirmar que, no contexto federal, a Justiça Militar da União cumpre esse papel de controle da atuação das Forças Armadas, especialmente a partir da provocação exercida pelo Ministério Público Militar, que, além de ser o titular da ação penal militar, exerce ainda a atribuição especial de zelar pelo respeito aos princípios nucleares do sistema castrense: a disciplina e a hierarquia. E tal controle da atividade militar ganha maior preponderância em razão da frequência cada vez maior com que são utilizadas as Forças Armadas em atividades que, a rigor, não seriam propriamente de sua incumbência, como se pode entrever na sua participação como integrante das chamadas forças de pacificação das comunidades cariocas, quando não foram raros os episódios de confrontos de civis com militares federais.

Por conseguinte, os órgãos de Justiça Militar exercem papel destacado no controle da atividade militar, incluindo a atividade de polícia judiciária militar, podendo, desse modo, concomitantemente com o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público Militar, contribuir para que se evite o uso excessivo da força, bem como se busque, de maneira eficiente, apurar as práticas, em todos os níveis, de condutas que afrontem os direitos humanos.

tortura e de abuso de autoridade perante a Justiça Comum, responde também por uma gama de delitos militares perante a Justiça Militar Estadual.

- 32 Precisamente sobre o tema do controle da letalidade da Polícia, é de todo indispensável que o Ministério Público acione o Poder Judiciário para que sejam responsabilizados os agentes que venham a praticar atos ilícitos sob o pretexto de zelar pela segurança pública. Não é razoável que, munidos de armas, terminem por cometer execuções sumárias ou limitar, de forma truculenta, o exercício de direitos ou garantias fundamentais. Não por outra razão, a Lei Complementar 75/93, que se constitui no estatuto orgânico do Ministério Público da União, criou a figura do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), consoante arts. 11 a 16. Tal figura, que funciona semelhantemente a um *ombudsman*, tem atribuição de velar para que não sejam afetados os direitos dos cidadãos. Previsão semelhante se encontra no art. 27 da Lei 8.625/93, denominada de estatuto nacional dos Ministérios Públicos dos estados-membros.

Capítulo 3 – Polícia judiciária militar

3.1 Polícia administrativa e polícia judiciária

Na visão doutrinária de Lobão (2009, p. 45), em função de suas atribuições, a polícia das corporações militares federais se classifica em administrativa e judiciária. A primeira previne e reprime o crime militar, no âmbito das respectivas corporações, e, excepcionalmente, fora delas. Como exemplo de polícia administrativa militar, podemos citar a Polícia do Exército e a Polícia da Aeronáutica.³³

Lazzarini (1996; p. 98), a seu turno, considera que a linha de diferenciação entre o que seja polícia administrativa e polícia judiciária é bem precisa, porque sempre será a ocorrência ou não de um ilícito penal, entendendo, porém, que essa divisa é apenas doutrinária, visto que na prática seria difícil de ser efetivada, tanto que o órgão policial que está exercendo atividade de polícia preventiva – polícia administrativa – diante do ilícito penal que não conseguiu evitar, passa, automática e imediatamente, ao exercício da atividade de polícia repressiva – polícia judiciária. E acresce que seria inadmissível que ele assim não pudesse proceder. Agindo dessa maneira, o órgão estará restaurando a ordem pública naquele momento e local, e mais, fazendo atuar as normas de Direito Processual Penal, terá em vista o sucesso da persecução criminal, pois não podem ser perdidos os elementos indispensáveis à realização da Justiça Criminal.

A Polícia Judiciária Militar, sob o ponto de vista de uma concepção funcional, cumpre atribuições investigatórias, voltadas à apuração das infrações penais militares, tanto em nível federal quanto estadual, subsidiando o MP com os elementos indispensáveis à dedução da pretensão acusatória, à promoção de arquivamento ou outra providência considerada mais pertinente, como, por exemplo, o requerimento de *declinatoria fori*, quando não constatada, já na fase

33 Para o mesmo autor, “em relação aos integrantes das respectivas corporações, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militares exercem função de polícia administrativa militar e de polícia judiciária militar, no que diz respeito às infrações penais da competência da Justiça Militar estadual”.

inquisitorial, a competência da Justiça Militar para o processo e julgamento dos fatos elucidados.³⁴

O modelo brasileiro de Polícia Judiciária Militar está descrito no direito positivo, mais precisamente no Código de Processo Penal Militar de 1969, aprovado pelo Decreto-Lei nº 1.002, sendo, portanto, uma herança do regime militar. Não houve, entretanto, uma institucionalização da Polícia Judiciária Militar, mas apenas a indicação das autoridades militares titulares de seu exercício, as quais estariam investidas do poder para apurar as infrações penais militares, estabelecendo os contatos com o Ministério Público Militar e os órgãos de Justiça Militar, bem atendendo às requisições ou determinações destes emanadas. Difere, pois, do antigo modelo português, que previa a polícia judiciária como instituição e estrutura orgânica.³⁵

De imediato se percebe, pois, que a inexistência de uma instituição própria de Polícia Judiciária Militar, com estrutura mínima de direção e serviços auxiliares, incluindo órgãos periciais e agentes de investigação, constitui um forte óbice para uma atuação tecnicamente à altura de uma instância de investigação criminal, especialmente quando envolvidas situações complexas e de difícil elucidação.

3.1.1 Polícia judiciária ou polícia do Ministério Público?

Ribeiro (2003, p. 252) apresenta as razões históricas que, ao longo dos tempos, levaram à utilização reiterada da expressão polícia judiciária, demonstrando que isso se deveu às confusões entre polícia que julga e juízes-policiais, algo que seria comum à época. Enfatiza, porém, que atualmente, com as funções de processar e julgar atribuídas exclusivamente aos juízes e a promoção da ação penal instituída como função privativa do Ministério Público, o termo já não se justifica. Não por outra razão, o autor sustenta que

34 Neves (2014, p. 207), citando o escólio de Álvaro Lazzarini, esclarece que polícia judiciária “é polícia repressiva, porque atua após a eclosão do ilícito penal, funcionando como auxiliar do Poder Judiciário. Trata-se de uma polícia desenvolvida por órgãos do Poder Executivo e, como tal, também se enquadra como atividade da Administração Pública, de sorte que, apesar de auxiliar do Poder Judiciário, os procedimentos por ela produzidos são *procedimentos administrativos*” [grifos no original].

35 NEVES, 2014, p. 255.

No sistema vigente, essa polícia prepara parte das ações do Ministério Público, de quem – imagem por imagem – é uma lupa, uma lente de aumento, um instrumento de auxílio no processo de visualização das infrações penais; mas não mais seus olhos, porque o Ministério Público tem vista própria. Por tais argumentos, em vez de *polícia judiciária*, a designação mais apropriada seria *polícia do Ministério Público* ou *polícia ministerial* [grifos no original].

De fato, o Ministério Público passou a ter um protagonismo muito claro dentro do sistema acusatório, algo reforçado pela Constituição de 1988, tanto que o Supremo Tribunal Federal inclusive reconheceu seu poder de investigar, podendo, pois, até dispensar a atividade de polícia judiciária.³⁶ Sobre isso, ressalte-se que o Ministério Público, por iniciativa própria ou por intermédio de suas escolas superiores, vem procurando ampliar o domínio de seus membros sobre as técnicas de investigação, melhor capacitando-os para atuação em ofícios extrajudiciais ou núcleos de investigação criminal.

Em outros países, também fica muito bem definida essa nova faceta do Ministério Público, como na Argentina, que, na reforma constitucional de 1994, elevou a sua importância, apartando-o do Judiciário. Marchisio (2011, p. 182), a propósito, esclarece que há uma tendência geral de encarregar praticamente todo o trabalho de investigação ao Ministério Público, como é próprio do sistema acusatório formal, sendo esse o motivo pelo qual, hoje, seria acertado pensar em uma Polícia Judiciária subordinada ao Ministério Público, e não ao Judiciário.³⁷ Já em Portugal, o Código de Processo Penal vigente define que a direção do inquérito cabe ao Ministério Público, que exercita, como mencionado por Cunha (1993, p. 130), um poder de direta orientação sobre os órgãos de polícia criminal durante a fase do inquérito.³⁸ Ávila (2016b, p. 218) defende que no Brasil se pro-

36 Conforme Decisão majoritária lavrada nos autos de Recurso Extraordinário (RE) 593727.

37 Marchisio (2011, p. 183) considera que cada vez é mais urgente dotar o Ministério Público de policiais especializados em investigação, como também de equipes técnicas de investigação que não estejam subordinados a outros poderes, como acontece atualmente com o laboratório químico, de vídeo e fotografia, e de espectrometria, todos da Polícia Federal, do corpo de peritos balísticos de Polícia Nacional etc.

38 Sobre tal ponto, Ávila (2016b, p. 139) assevera que a maioria da doutrina portuguesa entende que o domínio das investigações pelo Ministério Público é a única opção admissível com o sistema constitucional, que lhe assegura a titularidade da ação penal e a estrutura acusatória do processo penal.

mova uma abertura constitucional para uma reforma legislativa que contemple uma investigação controlada diretamente pelo Ministério Público, com o auxílio da Polícia Judiciária.³⁹

Por tudo isso, o que se percebe é que a denominação “polícia judiciária” não mais tem sentido hodiernamente, sendo mero resquício de uma fase histórica já suplantada, visto que se caminha para uma vinculação cada vez maior e necessária da Polícia Judiciária ao Ministério Público.

3.1.2 Relação jurídico-institucional entre a polícia de investigação e o Ministério Público

A natureza do relacionamento que se trava entre a Polícia de Investigação e o Ministério Público deve ser examinada à luz do sistema acusatório inserto na CRFB/1988, que elegeu o órgão ministerial como titular da ação penal, sendo, por isso mesmo, destinatário das apurações realizadas pelo aludido órgão policial.

Nesse sentido, Ribeiro (2003, p. 190-202), em profuso estudo, analisa tal vínculo como decorrente de delegação ou mandato, pendendo para uma concepção de uma Polícia como mandatária do Ministério Público, já que na delegação inexistiria o controle por parte do delegante quanto ao cumprimento dos atos decorrentes da delegação.

Mais recentemente, Ávila (2016b, p. 191) sustenta o ponto de vista de que o liame se dá por coadjuvação, de sorte que haveria uma independência orgânica entre as instituições, sendo que o órgão coadjuvante teria autonomia para exercer suas atribuições sempre em favor do outro órgão principal (coadjuvado), com uma dependência funcional, estando a Polícia obrigada a cumprir as requisições feitas pelo Ministério Público.

³⁹ O autor se reporta não à investigação direta pelo MP, que já foi admitida pelo STF, mas àquela em que o órgão ministerial instaura a investigação e posteriormente requisita diligências à Polícia Judiciária, já assinalando a linha investigativa, com a vantagem do acompanhamento imediato de todos os desdobramentos. E em abono de sua tese, sustenta que, em termos de maximização da eficiência do sistema investigativo, é muito mais produtivo que o Ministério Público possa acompanhar, desde o início das investigações, o desenrolar dos fatos, indicando precocemente as diligências que reputa mais relevantes para o esclarecimento dos fatos, ou afastando liminarmente linhas de investigação que em sua opinião não sejam juridicamente viáveis.

O que resta patente é que, seja na condição de mandatária ou de coadjuvante, a Polícia cumpre seu papel na estrita observância das requisições do Ministério Público, sendo forçoso considerar que não há como o órgão ministerial diretamente realizar todas as investigações de que toma ciência, dependendo, sobremaneira, do suporte da Polícia de Investigação, que possui toda uma engrenagem voltada para cumprir a mencionada tarefa.⁴⁰

Na seara militar, a situação não se modifica, e talvez até faça estreitar ainda mais a relação entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público Militar, dada a necessidade premente de um acompanhamento muito mais acurado da investigação que esteja sendo produzida, visto que os encarregados designados para cumprir o papel conferido, em regra, a delegados com formação técnica e jurídica são oficiais, com pouca ou nenhuma experiência na área da investigação criminal, carecendo de uma orientação do MPM bem mais constante e abrangente.

Pode-se mesmo dizer que, a prevalecer o atual quadro, o melhor seria que o MPM pudesse assumir por completo, e de forma direta, por meio de ofícios extrajudiciais, a investigação criminal no âmbito militar.

3.2 Tratamento legal

Não há previsão de uma polícia judiciária militar na Constituição de 1988; apenas fica subtendido⁴¹ que a apuração das infrações penais militares não se inserem nas atribuições das polícias civis⁴². Quanto aos crimes praticados pelos integrantes das Corporações Militares estaduais, não paira maior dúvida, cabendo a investigação à polícia judiciária militar de cada Estado-membro. Por outro lado, e isso é até digno de nota, o constituinte, ao descrever as atribuições da Polícia Federal,

40 Para Ávila (2016b, p. 189), há, portanto, uma simbiose interinstitucional, uma espécie de mutualismo cooperativo entre Ministério Público e a Polícia de investigação. Ambos se precisam reciprocamente para que o exercício de suas atribuições seja eficiente.

41 Assis (2012a, p. 36) colaciona que “a polícia judiciária militar está prevista de forma implícita no art. 144, § 4º, da Carta Magna, quando assevera que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, *exceto as militares*” [grifos no original].

42 Barroso (2008, p. 283) esclarece que “a noção de Polícia Judiciária Militar está relacionada à atividade de investigação, não ao órgão que a executa. Não há um órgão encarregado de exercer exclusivamente a atividade de Polícia Judiciária Militar”.

relacionou o exercício exclusivo da polícia judiciária da União, o que poderia levar a crer que estaria incluída nesse contexto a investigação dos crimes praticados pelos membros das Forças Armadas, visto que tais instituições fazem parte da Administração Direta, dentro de um organograma que tem o Chefe do Executivo como Comandante supremo, distribuindo-se as competências pelo Ministério da Defesa e Comandos das três Forças Singulares.

Somente com o emprego de uma interpretação sistemática, chega-se à constatação de que faleceria à Polícia Federal atribuição para o exercício de polícia judiciária militar, na medida em que, compulsando-se o art. 109, incisos IV e IX, da Carta Maior, fica claro, na indicação das competências afetas à Justiça Federal, que estariam excluídas as infrações penais militares. Pode-se, então, depreender que, pela leitura do art. 144, § 1º, inciso IV, em conjugação com o disposto no art. 109, incisos IV e IX, embora envolvendo fatos pertinentes à União, os de natureza militar seriam da competência da Justiça Militar da União e, neste caso, escapariam da responsabilidade investigativa da Polícia Federal.

O ideal teria sido a existência de uma previsão constitucional que já institucionalizasse a Polícia Judiciária Militar, à semelhança do que foi feito em relação às Justiças Militares e ao Ministério Público Militar, que possuem um privilegiado assento constitucional. Não o fazendo, o constituinte deixou margem para especulações interpretativas e, mais do que isso, abriu espaço para que a questão fosse tratada no plano infraconstitucional, não conferindo a necessária relevância ao assunto. Exatamente nessa esteira, Ribeiro (2003, p. 206) destaca que

Mesmo renunciando a uma interpretação sistemática, inviabilizada pela falta de cuidados técnicos na produção dos textos que envolvem o tema, houve uma novidade na Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993: usou-se a expressão *polícia judiciária militar*, que por estar sujeita ao controle do Ministério Público Militar Federal é polícia judiciária para as Forças Armadas, sem uma correspondente previsão constitucional. Não há, na Constituição, uma *Polícia Judiciária Militar* [grifos no original].

Confinada à seara infraconstitucional, a organização e estruturação da Polícia Judiciária Militar, tal como hodiernamente funciona no Brasil, terminou sendo aquela mesma definida pela propecta Lei

Processual Penal Militar (Decreto-Lei nº 1002, de 1969), que veio a ser recepcionada pela Constituição de 1988, mas que ficou submetida a um natural anacronismo, com evidente ausência de adequação técnica e científica.

3.3 Funcionamento

A Lei Processual Penal Militar, aprovada pelo Decreto-Lei nº 1.002/1969, ao cuidar da Polícia Judiciária Militar, estabeleceu um elenco de autoridades que são os titulares de seu exercício. Sobre a matéria, Saraiva (1999, p. 18) alerta que o poder de polícia é conferido aos oficiais das Forças Armadas, que não a têm como atividade-fim, diferentemente do que ocorre com policiais civis e federais.

Em decorrência do sistema hierárquico disciplinar que regula as Instituições Militares, cumpre se diga que o poder de polícia judiciária militar é conferido originariamente aos oficiais que detêm cargos de comando, direção ou chefia, razão pela qual, em consonância com lei processual penal militar vigente, estariam incumbidas de tais atribuições as seguintes autoridades: a) os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Comandos⁴³, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro; o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição; b) os chefes do Estado-Maior e o secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados; c) os comandantes de Exército e o comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando; d) os comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios; e) o secretário do Comando do Exército e o chefe

43 Com a mudança de nomenclatura ocorrida com a Emenda Constitucional nº 23, de 02 de setembro de 1999, e a Lei Complementar 97, de 09 de junho de 1999, que trata das normas gerais de organização, emprego e preparo das Forças Armadas, as antigas pastas militares passaram a ostentar a natureza jurídica de Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Dentro desta alteração, em que restou criado o Ministério da Defesa como órgão de cúpula do sistema administrativo militar, os ministros das antigas pastas militares passaram à condição de Comandantes.

de Gabinete do Comando da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados; f) os diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; g) os comandantes de forças, unidades ou navios. Segundo Lobão (2009, p. 45), “o Ministro da Defesa, na condição de Ministro de Estado civil, não exerce função de polícia judiciária militar”.⁴⁴

No entanto, mais do que estabelecer o rol de titulares do exercício da Polícia Judiciária Militar, a referida norma também se preocupou em fixar a possibilidade de delegação de tal responsabilidade para oficial da ativa que ocupe posto superior ao do indiciado, ou ao menos que seja mais antigo, desde que para fins preestabelecidos e por tempo determinado.

De fato, em razão de exercerem funções tão proeminentes na estrutura da administração militar, os titulares das atribuições de Polícia Judiciária Militar dificilmente poderiam cumprir ditos encargos, delegando essas responsabilidades para outros Oficiais que não estejam comandando, dirigindo ou chefiando algum órgão militar⁴⁵, os quais desempenharão o papel de encarregados de Inquéritos Policiais Militares, realizando a investigação e encaminhando o relatório com as conclusões a que chegaram, submetendo-as ao crivo do titular a fim de que seja produzido um ato derradeiro denominado Solução, que poderá concordar com o quanto apurado ou discordar, encaminhando posição diversa ou determinando a produção de outras diligências complementares. Interessa anotar que essa delegação tem caráter temporário, destinando-se apenas a uma determinada investigação, sendo, de regra, cumulativa com o exercício das funções ha-

44 O mesmo autor salienta que, “na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militares, a polícia judiciária militar é exercida pelo Comandante-geral da corporação militar estadual, em relação aos militares integrantes dos quadros da referida corporação sob seu comando; pelos oficiais que exercem comando ou chefia, em unidades ou repartições militares estaduais. O Secretário de Segurança, como servidor civil, mesmo que a corporação militar lhe seja subordinada, não exerce função de polícia judiciária militar”.

45 Como bem pontificado por Saraiva (1999, p. 19), sobre os motivos que levam ao manejo sistemático do instituto da delegação do poder de polícia judiciária militar por parte de seus titulares originários, “[...] não seria razoável exigir-se que referidas autoridades se mantivessem inteiramente disponíveis às atividades de polícia judiciária, priorizando-as em detrimento do planejamento, execução e fiscalização do emprego, preparo e manutenção das Forças Armadas, guardiãs da soberania brasileira”.

bituais do Oficial designado. Após o término da apuração, exaure-se a participação daquele encarregado de IPM, que voltará ao exercício pleno de suas funções, podendo ou não vir a ser novamente designado para conduzir outra investigação criminal militar.

3.4 Virtudes, limitações e deficiências do modelo

Em países do continente europeu, como Portugal, a direção da investigação criminal se funda numa relação de coadjuvação entre Polícia e Ministério Público, ao passo que no Brasil, como defende Ávila (2016b, p. 301), há uma direção imediata pelo Delegado de Polícia e um controle mediato por parte do Ministério Público, mediante a fiscalização obrigatória da atividade policial e das requisições de diligências de caráter obrigatório.

Desse modo, em seu papel de órgão de controle externo da atividade policial, não basta ao Ministério Público analisar tão só o pronto atendimento às suas requisições, sendo precípuo que examine o material investigativo e a qualidade do trabalho realizado, de modo a identificar eventuais falhas e determinar as medidas para a sua correção e mesmo a sua reiteração.⁴⁶

Quanto à atividade de polícia judiciária militar, que também passa por essa atuação fiscalizatória do Ministério Público Militar, é de se dizer, primeiramente, que a despeito dos vícios que conformam sua própria configuração legal, há algumas virtudes que precisam ser acentuadas, destacadamente que inexistente sobreposição de bacheréis entre promotor e delegado, fortalecendo, de certo modo, a atividade diretiva da investigação por parte do Ministério Público Militar. Outro ponto positivo refere-se à disposição de bem cumprir as requisições ministeriais, estabelecendo-se um canal de diálogo que se estende até o término das investigações, sendo solicitado o apoio direto de membro do MPM, especialmente nas apurações de maior complexidade.

⁴⁶ Conforme aceção de Ávila (2016b, p. 296), especialmente no momento do arquivamento de uma investigação criminal, o Ministério Público deve declinar por escrito em sua manifestação uma análise da qualidade da atividade desenvolvida pela Polícia, indicando se houve diligências que poderiam ter sido realizadas para esclarecer o fato, mas não o foram, arquivando tais considerações em pasta especificamente destinada ao controle externo da atividade policial e encaminhando cópia da manifestação à autoridade policial responsável ou ao seu superior hierárquico, para que sejam sanados os eventuais defeitos verificados.

Sob outro ângulo, quando se observa a estrutura da Polícia Federal brasileira – órgão permanente mantido e organizado pela União, composto por Delegados de Carreira, com formação jurídica e em técnicas de investigação científica, além de um quadro de agentes e peritos com ampla especialização, a impressão que fica é a de que se trata de uma instituição apta a alcançar os objetivos para os quais foi criada, podendo, com eficiência, cumprir as atividades de polícia definidas no § 1º do art. 144 da Constituição em vigor, máxime as atividades de polícia judiciária da União.

O mesmo não se pode dizer da Polícia Judiciária Militar descrita no Código de Processo Penal Militar, que tem a responsabilidade de apurar as infrações penais militares, mas que não foi regularmente institucionalizada, com estrutura física ou pessoal, não possuindo quadro de profissionais com formação adequada para cumprir o fim a que se destina.

Na verdade, o que se observa é que a Polícia Judiciária Militar tem sua estrutura legalmente definida em termos de titularidade e atribuições, mas não houve uma preocupação de se criar sequer um órgão interno no âmbito militar que pudesse ser responsável pelas investigações policiais militares, com uma estrutura própria, com direção e corpo de servidores, de modo a poder dar visibilidade física e institucional ao órgão.

Demais disso e como já ressaltado, as autoridades que a lei define como os titulares do exercício da Polícia Judiciária Militar são os próprios Comandantes, Diretores ou Chefes Militares, que já vivem assoberbados com as inúmeras responsabilidades que lhes são afetas, visto que comandam Regiões Militares, Guarnições, Batalhões e outras Organizações Militares, não sobrando qualquer tempo para o acúmulo de atribuições de caráter investigativo. Disso resulta, como já explanado alhures, que tais atribuições são delegadas a Oficiais Militares, que serão os encarregados de Inquéritos Policiais Militares.

Contudo, um ponto que gera grande impacto negativo na condução desse trabalho é justamente a falta de preparo técnico elementar para o trabalho investigativo, e mesmo a ausência de uma formação jurídica, gerando a necessidade cada vez maior de um acompanha-

mento *pari passu* por parte dos órgãos do Ministério Público Militar, com a imperiosidade de se baixar o Inquérito à autoridade investigante, em várias oportunidades, visando a produção de provas consideradas imprescindíveis ao descortino dos fatos ou à complementação das diligências que não foram atendidas em conformidade com o requisitório ministerial.

É natural que a situação apresentada não seja da responsabilidade direta da autoridade militar investigante, mas se deva sobretudo ao próprio modelo de Polícia Judiciária Militar constante do CPPM, que impõe deveres a Oficiais que não detêm formação específica para o ofício de investigação, o que evidentemente se reflete na condução de inquéritos com deficiências ou falhas notáveis, dificultando o cumprimento das atribuições cometidas aos órgãos do Ministério Público Militar.

Sobre isso, Ávila (2016b, p. 136) adverte que há determinados equívocos na fase investigativa que serão raramente compensados posteriormente. Especialmente em casos de maior complexidade, apenas o Ministério Público sabe quais outras informações investigativas são essenciais para assegurar o sucesso da futura ação penal, pois é ele quem se responsabiliza em juízo pelo sucesso da demanda e, nessa medida, sua intervenção é uma garantia de eficiência da atividade investigativa.

Por outro lado, aspecto que tampouco deve ser negligenciado na presente abordagem é o fato de que as investigações encetadas no contexto militar são produzidas por órgão que, apesar de não institucionalizado, funciona internamente, podendo acarretar uma indesejável seletividade, em claro prejuízo ao amplo esclarecimento dos fatos.

Todos esses pontos foram objeto de debate no Ministério Público Militar, no período de 19 de maio a 1º de junho de 2015, durante a realização de um curso de aperfeiçoamento promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União, que teve como tema exatamente “A institucionalização da Polícia Judiciária Militar”⁴⁷. O aludi-

47 Eis as conclusões extraídas do conclave: 1. Considerar a matéria, já prevista no Planejamento Estratégico do MPM, como um aspecto importante do projeto institucional. 2. Um diálogo permanente de membros do MPM com as autoridades de polícia judiciária militar faz-se fundamental para o aperfeiçoamento da atividade investigativa no âmbito das Forças Armadas. 3. Iniciativas de institucionalização da polícia judiciária militar proporcionam resultados po-

do evento teve por objetivo conhecer a estrutura, funcionamento e ideologias de Polícia Judiciária Militar no âmbito das Forças Armadas, bem como discutir sobre as tendências de institucionalização de tal Polícia e suas consequências na atuação do Ministério Público Militar.

Claro é que as limitações e deficiências vislumbradas na atividade de polícia judiciária militar se projetam em todo o Sistema Judicial Militar. Exatamente em virtude de envolver investigação criminal, que afeta garantias fundamentais, é exigível que o órgão que a realiza tenha a cabal compreensão dos limites de sua tarefa para não violar a Constituição Federal.⁴⁸ É de todo recomendável que saiba atender às orientações do órgão controlador, possuindo, para tanto, o conhecimento das ações que desencadeará e de que modo se pautará, segundo os cânones constitucionais. Como assinalado por Suárez-Bárcena (2001, p. 339),

La Policía Judicial debería poder dar cuenta al Ministerio Fiscal del curso de la investigación en cualquier momento, especialmente cuando limitar derechos fundamentales de alguna persona en el curso de la misma [...]. En tales casos el Fiscal decidirá sobre la necesidad y utilidad para la investigación de la limitación del derecho que se trate, valorando especialmente la legalidad y proporcionalidad de la medida interesada por la Policía Judicial [...]. Al propio tiempo el Ministerio

sitivos na investigação criminal. 4. A especialização das funções de polícia judiciária militar – oficial encarregado de IPM, presidente de APF, escrivão, perito e investigador – mostra-se uma necessidade para o aperfeiçoamento dessa atividade. 5. A atuação da Delegacia de Polícia Judiciária (DPJM) da Força de Pacificação no Rio de Janeiro revelou-se uma experiência bem-sucedida, justificando-se sua aplicação em operações de GLO e outras operações de segurança pública e vigilância de fronteiras. 6. A troca contínua de experiências entre as Forças Armadas sobre a atividade de polícia judiciária militar pode contribuir para a melhoria dos procedimentos investigatórios.

48 Ávila (2016b, p. 21), acerca disso, se posicional afirmando que não se admite restrição de direitos fundamentais sem mecanismos de controle de sua adequação e necessidade, perspectivando-se que toda investigação criminal é uma restrição ao direito fundamental de não sofrer intrusões desnecessárias em sua esfera de tranquilidade (*right to be let alone*); permitir que uma investigação criminal seja conduzida sem esse juízo de correlação entre meio e fim seria igualmente uma violação ao princípio da proporcionalidade, portanto ao paradigma de Estado de Direito. Nessa perspectiva, o zelo pela efetividade da investigação criminal também é uma garantia do investigado contra investigações desnecessárias e excessivas. Além, é claro, de uma garantia de toda a sociedade de efetividade da proteção penal. Não à toa, como se verá, é tendência internacional que cada vez mais o Ministério Público se aproxime do direcionamento da investigação criminal (v.g., Recomendação REC [2000] 19 do Conselho da Europa), seja executando-a diretamente (o que é uma possibilidade teórica, mas é menos ordinário em termos práticos), seja controlando o direcionamento das investigações executadas pela Polícia mediante um conjunto de atividades de acompanhamento obrigatório e expedições diretivas abstratas ou no caso concreto.

Fiscal podrá en cualquier momento reclamar a la Policía Judicial que lo informe de las investigaciones que lleve a cabo, a fin de controlarla cuando las circunstancias lo exijan, así como dar a la Policía Judicial las órdenes o instrucciones que en cada caso considere oportunas y deducir las acciones que legalmente procedan en consecuencia o promover la incoación de los procedimientos administrativos correspondientes, incluso disciplinarios.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e enaltecendo a importância da proximidade que o Ministério Público deve ter das investigações criminais, Kai Ambos (2001, p. 141) destaca que “la autoridad acusatoria debe ser partícipe lo más amplia y tempranamente posible de las investigaciones para poder ejercer su función de control”.

Inevitável, pois, que para cumprir tamanha gama de atribuições e corresponder, eficazmente, aos anseios de uma investigação técnica e legalmente bem estruturada, se faz necessária uma profissionalização da polícia judiciária militar ou mesmo que a Polícia Federal possa assumir as investigações criminais militares, já que possui todo o aparato para tal mister, inclusive pessoal altamente qualificado, bem como ampla estrutura ramificada por todo o país.

3.4.1 Exemplos concretos de ineficiência da polícia judiciária militar

Para Lazzarini (1996), resulta evidente que a redução da impunidade no ciclo da persecução criminal depende do aperfeiçoamento da coleta das provas durante a fase policial, sendo necessário saber com precisão que do seu ato de coleta e preservação da prova dependerá, no final do ciclo, a punibilidade ou não do acusado⁴⁹. É justamente sob esse ponto de reflexão que se mostram inadequados alguns proce-

49 Especificamente em relação ao policial militar, o autor traça alguns pontos que considera úteis para aclarar sua responsabilidade na prova criminal, propondo um padrão de atuação em que o policial, ao realizar a repressão imediata, ou seja, atender à ocorrência policial, saiba no mínimo: a) os limites precisos de sua competência legal e consequente autoridade; b) aplicar o poder de polícia, distinguindo entre as atividades de polícia administrativa e polícia judiciária; c) coletar provas e simultaneamente preservar locais de crime em casos que requeiram a presença de peritos e investigadores; d) nos casos de menor gravidade, coletar provas e realizar pequenas perícias como: levantamento de impressões digitais, marcas e manchas, fotografia, mensuração de frenagens etc., isso quando a polícia judiciária não comparecer ao local; e) entender a participação e importância de seu trabalho para a persecução criminal, conhecendo inclusive o órgão da administração pública e a justiça competente para dar continuidade ao que ele está fazendo.

dimentos adotados na fase de investigação, muitos dos quais se projetam na persecução penal, comprometendo-a irremediavelmente.

Assim, com o propósito de assinalar algumas das vulnerabilidades decorrentes da ausência de institucionalização da polícia judiciária militar, foram selecionados casos concretos que podem evidenciar as falhas que ocorrem no desempenho da atividade de investigação levada a cabo por militares investidos temporariamente de tais atribuições, muitos dos quais sem lastro de experiência e sem capacidade jurídica para compreender com mais largueza as medidas que estão sendo tomadas.

Em ambos os casos abaixo transcritos, o que se observa é exatamente a falta de conhecimento técnico por parte dos encarregados dos respectivos inquéritos, na medida em que ouviram possíveis e futuros indiciados como testemunhas, que prestaram juramento e não poderiam mentir, fazendo com que se auto incriminassem.

No primeiro caso, constante da alínea A, houve a concessão de liminar para sustar os efeitos de Acórdão do Superior Tribunal Militar até decisão final do *writ*, reputando-se que o paciente foi ouvido como testemunha e, por estar nesta condição, terminou confessando a prática da conduta do crime previsto no art. 290 do CPM.⁵⁰

No segundo caso, constate da alínea B, também se procedeu à oitiva de envolvidos com a prática de libidinagem descrita no art. 235 do CPM⁵¹, na qualidade de testemunhas, ocasião em que confessaram sua participação no crime. Posteriormente, por instâncias do Ministério Público Militar, foram ouvidos como indiciados, vindo a se retratarem. Na verdade, o encarregado do Inquérito Policial Militar desconhecia que o tipo penal ínsito no art. 235 é classificado como delito plúrimo de condutas convergentes, isto é, o militar que pratica ou consente que com ele se pratiquem atos homossexuais ou não, em lugar sujeito à administração militar, responde pela conduta penalmente ilícita tanto quanto os militares que participarem do ato. Na hipótese vertente, um oficial superior foi acusado pelo crime de

50 Tráfico ou uso de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar.

51 "Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano."

libidinagem, praticando e permitindo que outros militares com ele praticassem atos homossexuais, em lugar sob administração militar. Todos, portanto, foram denunciados pelo crime do art. 235. Na primeira instância, houve absolvição de todos, exatamente porque o Conselho Especial considerou, por maioria de 4 votos a 1, que a confissão anterior se deveu à forma como ouvidos os autores, de forma que a retratação posterior invalidaria aquela confissão. A condenação somente sobreveio porque o Superior Tribunal Militar, ao cotejar as provas constantes dos autos, observou que, ainda que se admitisse a retratação, os demais elementos probantes se harmonizavam no sentido de apontar a dinâmica dos acontecimentos, comprovando a violação do ventilado dispositivo penal. Não fosse por tal motivo, todo o trabalho de investigação teria sido comprometido por conta da atuação tecnicamente ineficiente da polícia judiciária militar.

A – Supremo Tribunal Federal

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 133.621/PERNAMBUCO
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): K. B. S.

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de K. B. S., contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar (STM), nos autos da Apelação n. 102-28.2014.7.07.0007/PE. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano de reclusão pela prática do delito descrito no art. 290, *caput*, do Código Penal Militar (posse de substância entorpecente dentro de estabelecimento militar), com benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e concedida a possibilidade de apelar em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação no Superior Tribunal Militar, que negou provimento ao apelo em acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO. PRELIMINAR DO RELATOR. MANIFESTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DA DEFESA. MATERIALIDADE COMPROVADA. ADEQUAÇÃO AO TIPO LEGAL PREVISTO NO ART. 290, ‘CAPUT’, DO CPM, NA MODALIDADE ‘TRAZER CONSIGO’. RÉU CONFESSO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFI-

CÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PREVALÊNCIA DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MILITAR COMPILADA NO CPM (*LEX SPECIALIS*). NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/06 (*LEX GENERALIS*). 'ULTIMA RATIO'.

Preliminar: as nulidades da instrução processual que, porventura, não forem questionadas nas alegações escritas, no julgamento ou nas razões do recurso de Apelação (alíneas 'a' e 'b' do art. 504 do CPPM), estarão preclusas, desde que não envolvam matéria de ordem pública.

[...]

Preliminar não conhecida por unanimidade.

Apelo não provido. Decisão por unanimidade."

Daí a impetração do presente *habeas corpus*, no qual a defesa alega, em síntese, ser nulo o interrogatório, porquanto o paciente teria confessado a autoria durante a inquirição como testemunha.

Sustenta que:

"Em sede de inquérito policial, quando estava sem advogado ou Defensor, sem qualquer apoio jurídico para alertar-lhe de seus direitos, K. foi interrogado como testemunha, como comprova o Auto de Prisão em Flagrante, fls. 07-10, quando foi obrigado a jurar que diria a verdade, somente a verdade e nada mais do que a verdade.

[...]

Depois que jurou 'dizer a verdade, somente a verdade e nada mais que a verdade', K. confessou.

Sua confissão imbricou em autoincriminação. Sua autocondenação foi, na verdade, fruto do juramento inconstitucional que teve que fazer em interrogatório, quando estava sendo questionado como indiciado.

[...]

O interrogatório, tanto em Inquérito Policial quanto em Juízo, é um recurso defensivo. É o momento mais importante da auto-defesa.

É a ocasião em que o acusado pode fornecer ao Juiz sua versão pessoal sobre os fatos e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do direito de defesa, inclusive pela faculdade de permanecer em silêncio (o que, em inquérito, foi negado a K.)." (eDOC 1)

Requer a concessão de medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pelo STM até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pede a concessão definitiva da ordem para absolver o paciente, porquanto interrogado como testemunha e ante a ausência de oportunidade de contraditar as testemunhas. Alternativamen-

te, postula a nulidade do interrogatório e de todos os atos processuais subsequentes.

É o relatório.

Decido.

A concessão de liminar em *habeas corpus* dá-se em caráter excepcional, em face da configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Da análise dos autos, neste exame preliminar, vislumbro constrangimento ilegal manifesto a justificar o deferimento da medida de urgência. Vejamos.

Sustenta a defesa que o paciente foi inquirido na qualidade de testemunha, fato que afrontou seu direito a não autoincriminação.

Sobre o tema, destaco que o direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, Günther Dürig afirma que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.”*] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1/18). O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não autoincriminação.

A Constituição Federal consagra expressamente o direito do preso de ser informado do seu direito de permanecer calado – art. 5º, LXIII.

Assim, é um direito aplicável não apenas no momento da prisão, mas permeia todo o processo penal. Ainda sobre o tema, destaco precedente desta Corte:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. 3. Alegação de nulidade do processo por ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* em razão da confissão da autoria durante a inquirição como testemunha. 4. Denúncia recebida apenas

com base em elementos obtidos na confissão. 5. Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal. 6. Recurso provido.” (RHC 122.279/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 30.10.2014)

No caso dos autos, verifico que o paciente, quando de sua oitava no 14º Batalhão de Infantaria Motorizado do Estado de Pernambuco, promoveu juramento de *dizer a verdade, somente a verdade e nada mais que a verdade*. Após, confessou os fatos. (DOC 2, p. 12)

Houve, dessa forma, clara violação ao direito de defesa do paciente. Isso porque, para validade das declarações prestadas pelo paciente, a autoridade deveria ter respeitado as regras do interrogatório. Ou seja, deveria ter advertido formalmente o depoente do direito ao silêncio. Isso não aconteceu – ou ao menos não foi registrado.

Assim, num juízo preliminar do mérito, concluo que houve afronta ao direito constitucional de o paciente permanecer em silêncio, de forma que defiro o pedido liminar para determinar a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pelo STM até o julgamento final deste *writ*.

Solicitem-se informações ao Juízo da Auditoria da 7ª Circunscrição Judiciária Militar (Processo n. 0000102-28.2014.7.07.0007).

Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 20 de maio de 2016.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

B - Superior Tribunal Militar

APELAÇÃO Nº 200201049082-5I / MG

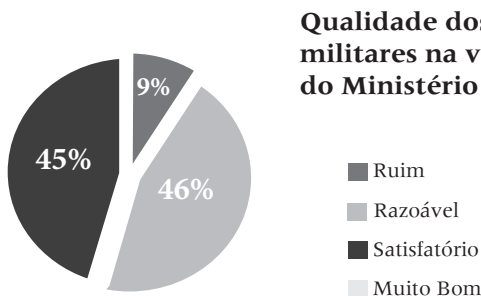
EMENTA. APELAÇÃO. ATO LIBIDINOSO. CONFISSAO EM IPM RE-TRATADA EM JUIZO.

O militar que pratica, ou permite que com ele se pratique, ato libidinoso, em lugar sujeito a Administração Militar, comete o crime previsto no artigo 235 do CPM. Havendo confissões em IPM, por alguns dos acusados, quando ainda tidos como testemunhas, mesmo retratadas judicialmente, tem valor probante, uma vez que, além de não haverem sido contrariadas por outros elementos, se coadunam com outras provas dos autos. Apelo do MPM provido. Decisão majoritária. Relator: Ministro Gen. Ex. JOSE LUIZ LOPES DA SILVA Revisor: Ministro Dr. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH Apelante: O MINIS-

TÉRIO PÚBLICO MILITAR junto à Auditoria da 4ª CJM, no tocante a absolvição do Ten. Gel. Ex. L. C. F. N. P., do Cb. Ex. P. E. S. e do Sd. Ex. L. S. dos crimes previstos no art. 235, c/c. os arts. 237, inciso II, e 79, todos do CPM, e a absolvição do ex-Sd. Ex. M. A. M. dos crimes previstos no art. 235, c/c. o art. 237, inciso II, ambos do citado diploma legal. Apelada: A Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 4ª ICJM, de 12/04/2002.

Advogados: Drs. Walter Julio de Nazareth, Silvana de Nazareth Rosa e Regivano Fiorindo, Defensor Público da União.

Além de tais e claras evidências do despreparo dos encarregados das investigações penais militares, é também digno de nota a baixa qualidade dos laudos periciais militares. De acordo com Gorrilhas et al. (2016, p. 211), “em pesquisa realizada com membros do Ministério Público Militar lotados no Rio de Janeiro, acerca da qualidade dos laudos periciais produzidos por peritos militares, foi possível inferir que a atividade pericial militar carece de aprimoramentos técnicos e estruturais”.



Fonte: Pesquisa com membros do MPM/RJ realizada no período de 20 a 30 de maio de 2016.

3.5 Funções típicas e atípicas

As autoridades de polícia judiciária militar, para bem cumprir o seu papel, deverão, de acordo com o que determina o art. 8º do Código de Processo Penal Militar, desenvolver diversas funções, destacadamente:

a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;

- b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;
- c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;
- d) representar a autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado;
- e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido;
- f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo;
- g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;
- h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.

Para Lobão (2009, p. 47), as atribuições consignadas no citado art. 8º constituem rol apenas exemplificativo, não exaurindo a matéria, tanto que outras funções poderão ser cometidas no sentido de atender ao titular da ação penal, na fase pre-processual ou processual, e ao Juiz, basicamente na fase processual. Assim, afirma que “antes da propositura da ação penal e no curso do processo, o Juiz poderá requisitar outras providências não enumeradas no artigo, que digam respeito à prestação jurisdicional, inclusive as relativas à execução de sentença condenatória da Justiça Militar”.⁵²

No elenco de funções atípicas exercitadas pela polícia judiciária militar, podem ser mencionadas a representação pela interceptação das comunicações telefônicas do indiciado, a representação pela prisão temporária, além de outras medidas que dizem respeito à incidência de normas legais comuns no contexto militar, como no caso da Lei Maria da Penha, Lei do Crime Organizado e Lei de Proteção de Testemunhas.⁵³

52 A Lei Complementar nº 75/93, que institui o estatuto orgânico do Ministério Público da União, em seu art. 117, fixa que o Ministério Público Militar poderá requisitar o cumprimento de diligências por parte das autoridades de polícia judiciária militar.

53 Conforme o magistério de Neves (2014, p. 242), que esmiúça as hipóteses de cabimento de tais medidas e sua aplicabilidade na área militar.

3.6 Procedimentos de polícia judiciária militar

O Inquérito Policial Militar, mais conhecido por IPM, é o procedimento administrativo mais corriqueiro de que se vale a polícia judiciária militar para revelar o passo a passo do quanto apurado, nele constando os elementos arrecadados na elucidação da prática de um crime militar. Possui caráter de instrução provisória, conforme descrito no CPPM, tendo como finalidade maior guarnecer o órgão de acusação do suporte imprescindível à propositura da ação penal.

O IPM tem função, portanto, meramente informativa, embora os exames, perícias e avaliações que sejam realizados ao longo de seu curso possuam natureza instrutória e não careçam de repetição durante a fase processual propriamente dita.

O encarregado do inquérito, que seria, no âmbito militar, o congênere da figura do delegado de polícia, embora sem a formação técnica e jurídica deste, é o responsável por conduzir as investigações, devendo tal atribuição ser exercida por oficial de posto superior ao do indiciado ou, se envolver oficial subalterno ou civil, por um capitão ou capitão-tenente. O interessante a se observar é que a precedência do encarregado sobre o indiciado é de regra, cabendo ao Ministério Público Militar ficar atento a tal exigência, mesmo porque é a instituição com a atribuição especial de zelar, consoante remarcado no art. 55 do CPPM, pela observância do acatamento aos princípios da hierarquia e da disciplina.

Lobão (2009, p. 54), a propósito, excogita sobre uma situação específica que poderia gerar algum impasse, consistente exatamente em se saber quem presidiria o IPM em caso de crime militar praticado por oficial-general do último posto e mais antigo da Força. É que, nesse caso, valeria a incidência da regra contida no art. 7º, § 5º do CPPM, que resolveria a princípio a dúvida, já que manda, em caso de um indiciado com posto e antiguidade na ativa acima de qualquer outro, que se designe oficial da reserva de posto mais elevado do que o oficial-general do último posto na ativa. Ocorre, como bem lembrado pelo autor, que não existe na reserva um oficial que seja mais antigo do que um general da ativa do último posto, já que a figura do marechal da reserva que já existiu outrora não mais remanesce no ordenamento

jurídico militar. Diante disso, assevera o autor que recairia o *mínus* sobre a figura do Comandante da Força, visto que, independentemente de antiguidade, a superioridade hierárquica decorrente da função o legitimaria para presidir o IPM.

Outros interessantes aspectos acerca do IPM poderiam ser ventilados, como o sigilo do procedimento, a decretação de prisão provisória nos crimes propriamente militares etc., mas, em razão dos objetivos delimitados para o presente trabalho, há de se aproveitar o espaço para aduzir que outros procedimentos são usualmente empregados no exercício de polícia judiciária militar, como na apuração dos crimes de insubmissão e de deserção, que possuem rito sumário, com a confecção de dois procedimentos: a Instrução Provisória de Insubmissão (IPI) e a Instrução Provisória de Deserção (IPD), além, naturalmente, do Auto de Prisão em Flagrante (APF).

Em relação aos procedimentos levados a termo pelas autoridades de polícia judiciária militar, impende assinalar que todos se destinam ao MPM, no sentido de empreender, *a posteriori*, as ações e medidas que julgar convenientes ante os órgãos judiciais militares competentes. No entanto, fato de grande relevância é que não poderá o MPM deixar de exercer um zeloso controle externo de todos os procedimentos deflagrados pela polícia judiciária militar, até porque, em muitas circunstâncias, pelas peculiaridades que cercam o ordenamento jurídico militar, é possível que haja prisões provisórias, como no caso da insubmissão e deserção, cujos Termos de Insubmissão e Termos de Deserção já autorizam a captura do insubmisso ou desertor, devendo-se atentar, com muita brevidade, para o cumprimento de todas as formalidades. Além disso, conforme o próprio permissivo constitucional ínsito no art. 5º, as transgressões disciplinares e os denominados crimes propriamente militares autorizam, desde logo, independentemente de flagrante ou de mandado judicial, a prisão dos infratores.

São aspectos próprios desse ordenamento especial, em absoluta consonância com o texto constitucional, que, aliás, o acolhe e o direciona, mas que reclama redobrada vigilância por parte do *Parquet Milicien*.⁵⁴

54 Por alusão à seara militar de sua atuação. Alguns também o designam por *Parquet* das Três Armas Nacionais.

Outro procedimento disciplinado pelo CPPM é o Auto de Prisão em Flagrante (APF), que poderá inclusive levar à dispensa de instauração de IPM, porventura contemple todos os elementos hábeis à formação da *opinio delicti* do MPM.

3.7 Ações de garantia da lei e da ordem e polícia judiciária militar itinerante

Dentro do permissivo constitucional que prevê o emprego das Forças Armadas para resguardar a lei e a ordem, não têm sido poucas as ocasiões em que se autoriza que tais instituições se prestem às mais diversas atuações, algo que precisa ser repensado, sobretudo para não vulnerar a índole própria dessas instâncias que são responsáveis diretamente pela Defesa Nacional.

Sem pretender adentrar criticamente em um debate sobre o alcance desse emprego político das Forças Armadas, conforme enfatizado por alguns⁵⁵, torna-se inarredável dizer que ele existe e, já por isso, enseja a ocorrência de uma série de consequências, avultando-se aquelas decorrentes do surgimento de ilícitos penais comuns e militares, devendo ser reportados os eventos transcorridos nas chamadas Comunidades Pacificadas do Rio de Janeiro, que contaram com a presença de contingentes militares em várias operações então realizadas.

Com efeito, durante o tempo em que as Forças Armadas permaneceram nos Complexos do Alemão e da Penha, por exemplo, vários acontecimentos de origem penal reclamaram a pronta atuação

55 É o que adverte Arruda em seu trabalho *O Uso Político das Forças Armadas* (2007). No mesmo sentido, Miranda (2009, p. 29), em palestra proferida no VII Seminário de Direito Militar, organizado pelo Superior Tribunal Militar, também se posiciona acerca da questão, afirmando que “em geral, a meu ver, num estado democrático de direito, as Forças Armadas devem estar confinadas à defesa nacional e às atividades conexas com a defesa nacional. Não devem intervir na segurança interna. Uma coisa é a atividade própria das Forças Armadas, outra é a atividade própria das polícias ou das instituições de segurança interna. Todavia, as vicissitudes que temos acompanhado nos últimos anos, especialmente o terrorismo, o narcotráfico, a criminalidade organizada, tornaram inúmeras vezes muito fluida a divisa entre aquilo que é defesa nacional e o que é segurança interna”. Barroso (2008, p. 283), de igual modo, adverte que “a participação das Forças Armadas em ações de segurança pública tem fundamento constitucional em relação a diversas situações. Sem embargo, à luz de sua precípua destinação constitucional – que é a ‘defesa da Pátria’, isto é, a preservação da soberania nacional contra agressões externas – e de inúmeras outras considerações institucionais, inclusive as que se relacionam com a tutela dos direitos fundamentais e o respeito à Federação, tal atuação deve ser concebida de *maneira moderada e excepcional*”. [grifo nosso].

de uma Polícia Judiciária. Diante disso, foi criada uma Delegacia de Polícia Judiciária Militar, a qual funcionou junto aos demais órgãos instalados naquele local, servindo para empreender as medidas necessárias à investigação e acompanhamento dos fatos ali ocorridos.⁵⁶

Gorrilhas et al. (2016, p. 212) enfatizam que, de forma embrionária e temporária, as Forças Armadas, por ocasião dos grandes eventos no Estado do Rio de Janeiro, instituíram Delegacias de Polícia Judiciária Militar (DPJM). E citando Neves, aludem que a primeira experiência ocorreu no Município do Rio de Janeiro na operação “Cimento Social”, no Morro da Providência – 2007, vindo a ser criadas Delegacias de Polícia Judiciária Militar nas operações de Garantia da Lei e da Ordem no Complexo do Alemão, no Complexo da Maré, na Copa do Mundo e nos Jogos Olímpicos e Paralímpicos, abrangendo os anos de 2011, 2013, 2014 e 2016.⁵⁷

Em razão da implantação de tais delegacias, novamente os supracitados autores, com suporte em Neves (2012, p. 4), assinalam que foram observadas diversas contribuições, destacadamente:

- a) execução de investigações policiais imparciais, pois os oficiais que atuaram como Delegados de Polícia Judiciária não pertenciam aos quartéis dos militares investigados;
- b) emprego dos Peritos Criminais Militares em conjunto com os Delegados de Polícia Judiciária Militar;
- c) mais eficiência na resposta penal, uma vez que a atividade de polícia judiciária exigia qualificação técnica especializada.

Muito em decorrência do êxito verificado com a experiência de adoção da Delegacia de Polícia Judiciária Militar nos aludidos eventos, Gorrilhas et al. (2016, p. 222) sugerem sua estruturação permanente,

56 De acordo com Assis (2012b, p. 150), “todavia, nunca houve operação de tamanha envergadura com o emprego das Forças Armadas em atuação no caótico quadro de insegurança pública que vivia e ainda vive o Rio de Janeiro. A partir de 2010, iniciou-se a participação das Forças Armadas na garantia da Lei e da Ordem no Estado, visando, principalmente, garantir a instalação das chamadas Unidades de Polícia Pacificadora – UPPs, nome midiático dado pelo Governo do Estado, para designar aquelas frações de policiais que são inseridas em lugares onde, até então, a criminalidade organizada tinha tomado as rédeas da vida em comunidade, cobrando altos preços, em detrimento população ordeira”.

57 Conforme NEVES, M. A. M. P. *Delegacia de Polícia Judiciária Militar: uma experiência exitosa*. Rio de Janeiro: Comando Militar do Leste, 2012. 4 p. Relatório.

acrescida da criação de um Centro de Criminalística do Exército, o que resultaria no aprimoramento das investigações criminais e, em consequência, no fortalecimento da própria Justiça Militar da União.⁵⁸

3.8 Direito comparado: a Polícia Judiciária Militar de Angola como um modelo bem estruturado

Embora a realidade histórica de Angola, país da África Subsaariana que integra a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), guarde semelhança com a do Brasil, já que ambos foram colonizados por Portugal, o certo é que se distinguem quanto à independência alcançada, visto que a brasileira foi obtida em 1822 e a angolana, arduamente conquistada somente em 1975, seguida de conflitos internos que só chegaram ao fim em 04 de abril de 2002, com a assinatura de um acordo de paz entre o Movimento Popular de Libertação de Angola (MPLA) e a União Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA)⁵⁹. Nesse período de quase 28 anos de disputas internas pelo poder, Angola se viu obrigada a ajustar, minimamente que fosse, sua Ordem Jurídica, para poder seguir adiante, ainda que as normas adotadas refletissem em muito a influência portuguesa. Assim é que o país estruturou o funcionamento de seus órgãos de Justiça Militar, a Procuradoria Militar e a Polícia Judiciária Militar.

Neste passo, importa que se realize, para o fim da presente pesquisa, um apanhado em torno do modelo de Polícia Judiciária Militar adotado pelo mencionado país coirmão de língua portuguesa, destacando-se, desde logo, que, talvez premido pelas circunstâncias, Angola tenha tido a necessidade de estabelecer uma Polícia Judiciária Militar que pudesse funcionar por todo o seu território, então ocupado por diversos movimentos de libertação apoiados por países diversos – e com interesses voltados para as reservas petrolíferas e diamantíferas angolanas, que se digladiavam pela ascensão ao poder.

58 Consoante os ventilados autores, os investimentos para a implantação da DPJM não seriam elevados, uma vez que os espaços físicos poderiam ser adaptados, diminuindo-se o custo com obras.

59 De fato, em 04 de abril de 2002, terminou sendo assinado o acordo de paz entre o governo do MPLA – Movimento Popular de Libertação de Angola – e a UNITA – União Nacional para a Independência Total de Angola –, as duas agremiações políticas que mais influência tinham e continuam a ter no país.

É justamente em tão inquietante caldeirão histórico que se delineia, por meio da Lei nº 5, de 11 de fevereiro de 1994, a institucionalização de um sistema de Polícia Judiciária Militar com uma estrutura centrada numa Direção-Geral, situada em Luanda, Capital do país, sob a condução de um Oficial-General com formação jurídica e uma estrutura descentralizada, com Direções-Regionais, distribuídas pelas Regiões Militares situadas em Províncias e geridas por Oficiais Superiores igualmente detentores de formação jurídica. Em apoio aos trabalhos da Polícia Judiciária Militar de Angola encontram-se os Inspetores, os quais exercem funções investigativas.

A despeito de traços da herança lusitana em sua estruturação, nota-se uma composição de Polícia Judiciária muito enxuta e apta ao bom funcionamento, com aspectos peculiares que chamam a atenção, especialmente em comparação com a congênera brasileira. É que, diversamente do que acontece no sistema jurídico nacional, a Polícia Judiciária Militar de Angola está institucionalizada e os seus Diretores, embora Oficiais Militares, possuem formação jurídica⁶⁰. Ora, no Brasil, conforme já remarcado, as atribuições de polícia judiciária militar não são exercidas por profissionais com formação jurídica plena⁶¹, não sendo exigido o bacharelado em Direito.

A Polícia Judiciária Militar constitui a autoridade investigante na estrutura judiciária militar angolana, procedendo à instrução dos feitos penais militares, bem como realizando as medidas preventivas e assecuratórias indispensáveis à concretização da lei penal militar. Os Oficiais integrantes de tal órgão atuam junto ao Exército, Força Aérea e Marinha de Guerra, arrecadando as provas relativas a crimes cometidos pelos militares em unidades situadas naqueles três ramos militares.

60 Veja-se que é um avanço, pois no Brasil, somente com o advento da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, é que os cargos de Delegados de Polícia passaram a se integrar às carreiras jurídicas, como se pode entrever do conteúdo do art. 2º da referida norma legal, *apertis verbis*: “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”.

61 Os Oficiais usualmente designados para desempenhar as atribuições de Encarregados de Inquéritos Policiais Militares possuem formação bem rudimentar de Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar, não sendo totalmente leigos, já que tais disciplinas, que integram o Ordenamento Jurídico Militar, são ministradas superficialmente nos Cursos de Ciências Militares das Academias e/ou Escolas Militares.

Estruturalmente, é integrada por Oficiais do Quadro Permanente, subordinando-se ao Estado Maior General das Forças Armadas Angolanas, estando concebida com a seguinte organização: I - Polícia Judiciária das Forças Armadas; II - Polícia Judiciária Militar dos Ramos; III - Polícia Judiciária Militar Regional, de Zona e de Guarnição.

Sediada na capital do país, a Polícia Judiciária Militar angolana exercita suas funções em todo o território nacional⁶². O seu Diretor está subordinado ao Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas. As competências cometidas à Polícia Judiciária Militar estão disciplinadas na Lei sobre a Justiça Penal Militar, estando classificadas, em regra, de acordo com a patente dos investigados ou a área de ocorrência do fato – *locus commissi delicti*.

A Polícia Judiciária das Forças Armadas angolanas atua, portanto, em todo o território angolano, tendo por incumbência instruir e investigar os fatos alusivos a processos que envolvam Oficiais Gerais, assim como todos os outros feitos cuja importância e complexidade conduzam à avocação. A Polícia Judiciária das Forças Armadas está, organicamente, estruturada de forma vertical e acompanha a organização administrativa e operacional das Forças Armadas angolanas, funcionando a estrutura superior junto ao Estado-Maior General

62 Em Portugal, antes de se extinguir a sua Justiça Militar, em 2003 com o advento do novo Código de Justiça Militar, passando-a para o contexto da jurisdição civil, vigia o Decreto-Lei nº 200, de 13 de julho de 2001, o qual instituiu a Lei Orgânica da Polícia Judiciária Militar. Vale a pena, ainda que *an passant*, analisar alguns aspectos do normativo em apreço, que concebia a Polícia Judiciária Militar, consoante as fincas de seu artigo 1º, como um corpo superior de polícia criminal auxiliar da administração da justiça, organizado hierarquicamente na dependência do Ministério da Defesa Nacional. As atribuições que foram destinadas a esse corpo superior ficaram limitadas à coadjuvação das autoridades judiciárias na investigação em processos relativos a crimes cuja apuração lhe incumbia realizar ou quando se fizer necessária a prática de atos que antecedem o julgamento e que requerem conhecimentos ou meios técnicos especiais, sendo de sua competência específica a investigação dos crimes reputados estritamente militares. Aqui há de ser destacado o ponto em que a então vigente Polícia Judiciária Militar se afigurava com contornos de uma especialização e preparo técnico. Na sua estruturação ficou definido o seguinte organograma: a) o diretor; b) o subdiretor; c) a Direção de Serviços Administrativos e Financeiros (DSAF); d) a 1ª Divisão de Investigação Criminal (PDC), com sede em Lisboa; e) a 2ª Divisão de Investigação Criminal (SDIC), com sede no Porto; e f) a Divisão de Apoio Técnico (DAT). Este modelo de Polícia Judiciária Militar que era adotado em Portugal, pelo quanto consta de seu estatuto orgânico, revela-se com uma estrutura enxuta, porém bem aparelhada, para o cumprimento de suas competências. Trata-se, pois, de uma experiência de polícia judiciária militar que foi regularmente institucionalizada para fins específicos e que, conquanto já extinta, merece ser objeto de estudo, juntamente com o modelo angolano que permanece em franca vigência.

das Forças Armadas, com a seguinte composição administrativa: 1 – Direção; 2 – Gabinete de Inspeção; 3 – Repartição de Planejamento e Estatística; 4 – Repartição de Investigação Criminal; 5 – Seção Técnica; e 6 – Secretaria Judiciária.

De forma descentralizada, restou institucionalizada a Polícia Judiciária Militar dos Ramos, que atua no seio de cada Arma – Exército, Força Aérea e Marinha de Guerra, sendo responsável pela realização da coleta de provas que envolvam práticas delituosas perpetradas por militares com patentes até Coronel ou equivalente.

Ainda dentro do escopo de descentralização das atribuições desempenhadas pela Polícia Judiciária Militar de Angola, criou-se a chamada Polícia Judiciária Militar Regional, de Zona ou de Guarnição, a qual desempenha, basicamente, o mesmo trabalho da Polícia Judiciária Militar dos Ramos, competindo-lhe a instrução e investigação dos delitos ocorridos nas áreas de jurisdição da respectiva Região, Zona e Guarnição.

3.8.1 Quadro comparativo

Em termos de estrutura, pode-se compreender que a Polícia Judiciária Militar de Angola, no campo da investigação criminal militar, possui um aparato muito mais adequado do que o consagrado no Código de Processo Penal Militar brasileiro.

É que, na sistemática implantada no Brasil, a polícia judiciária militar é exercida pela figura do Encarregado de Inquérito, o qual é incumbido de arrecadar as provas indispensáveis à elucidação do crime militar e sua autoria. No entanto, tal função é cometida, por delegação, a um oficial da Organização Militar em cujo âmbito de atuação ocorreu o fato delituoso, sendo correto afirmar que tal profissional não possui, em regra, qualquer formação científica na área investigativa, além de ostentar, geralmente, formação jurídica superficial, alcançada ainda nos tempos de Academia Militar, quando tem contato com rudimentos do direito penal militar e do direito processual penal militar. Normalmente, jovens oficiais terminam assumindo essa difícil empreitada, lançando mão de roteiros que seguem à risca, embora sem a percepção aguçada

que deve ter um delegado de polícia. Com isso, não raras vezes, a condução das investigações não alcança o nível adequado, sendo forçoso asseverar que, em muitos casos, a produção probatória pode até ser comprometida, especialmente no terreno das denominadas medidas preventivas e assecuratórias que recaem sobre coisas ou pessoas, consistentes nas tutelas de urgências no Processo Penal Militar.⁶³

O ideal, por conseguinte, seria que, da mesma forma que acontece em Angola, existisse no Brasil uma Polícia Judiciária Militar da União muito bem estruturada, com um órgão central em Brasília e outros regionalizados, a fim de garantir uma investigação racional⁶⁴, nos moldes, a propósito, do que ocorre com a Polícia Federal, que, sediada em Brasília, possui superintendências por todo o território nacional, com uma capilaridade extraordinária, que a habilita a desenvolver com celeridade e presteza investigações complexas e de largo alcance, muitas das quais envolvendo organizações criminosas.

63 Não é desconhecido que as provas periciais devem ser realizadas com a agilidade indispensável nas chamadas infrações que deixam vestígios, não devendo ser comprometidas por qualquer retardo, sob pena de se esvaír, comprometendo todo o deslinde dos fatos. Ademais, exames periciais são provas, em regra, que não permitem repetição após a deflagração do processo penal. Portanto, a concretização temporânea e eficiente das perícias é medida salutar e inadiável, exigindo que o responsável pela investigação deflagre as ações com agilidade para resguardar a produção de tão relevante prova.

64 Note-se que, no antigo Código de Justiça Militar lusitano de 1977, havia a previsão de um Serviço de Polícia Judiciária Militar (SPJM), que era responsável pela investigação dos crimes sujeitos à jurisdição militar. Naquela altura, houve mudança substancial em relação ao exercício do poder de polícia judiciária militar, antes coincidente com o poder hierárquico (comando ou chefia), passando, com a modificação legislativa então operada, a titularidade para Agentes da polícia judiciária militar, que integravam um Serviço especializado e autônomo em relação aos comandos tradicionais. Em anotações lançadas ao então vigente Código de Justiça Militar português, Villa Nova *et al.* (1977, p. 204) apresenta glosa crítica à mencionada mudança, registrando que “as invocadas razões da especialização que toda e qualquer investigação requer poderão justificar a criação e autonomia de um Serviço especializado como o de Polícia Judiciária Militar, mas não constituem fundamento suficiente para o radical afastamento dos comandos tradicionais, limitados, hoje, tão somente, a participar as infrações criminais de que tenham conhecimento, inclusive as praticadas na sua unidade ou estabelecimento (art. 334.º) e a guardar os indícios da infração, bem como os criminosos presos em flagrante delito, até a chegada dos agentes da polícia judiciária militar (art. 335º)”. Abstraídas as críticas lançadas pelos autores nominados, forçoso vislumbrar como mérito desse antigo formato da polícia judiciária militar portuguesa a preocupação em se garantir que as investigações criminais militares fossem procedidas com foco em uma especialização, ainda que se tivesse para tanto que afastar a atuação direta dos comandos e chefias militares, instituindo-se um Serviço autônomo para o cumprimento de tal mister. Isso nitidamente se refletiu em Angola, colônia então recém-liberta de Portugal, que também resolveu instituir um Serviço especializado de Polícia Judiciária Militar, só que sem a autonomia do modelo lusitano, posto que subordinada às Forças Armadas angolanas, embora com estrutura orgânico-administrativa bem especificada.

Nesse sentido, como as Forças Armadas estão distribuídas pelo Território Nacional por meio de suas organizações militares, seria possível e de todo recomendável que também se instituíssem órgãos regionais de polícia judiciária militar, os quais ficariam subordinados ao mencionado órgão central.

De forma similar, Gorrilhas et al. (2016, p. 220) defendem que:

Uma visão de futuro desejável para a Polícia Judiciária Militar seria aquela que permitisse que cada Força Armada tivesse condições estruturais para implementar Delegacias de Polícia Judiciária Militar dotadas de profissionais especializados de modo a atuar com técnica, confiabilidade e agilidade nas investigações criminais. Uma proposta seria que cada Força implementasse um número adequado de Delegacias de Polícia Judiciária ou Núcleos de Polícia Judiciária Militar, de acordo com a distribuição territorial de cada Força e um Centro de Criminalística.

3.9 Núcleo de Polícia Judiciária Militar da Marinha/RJ

No Rio de Janeiro, no propósito de melhor aperfeiçoar os trabalhos investigativos levados a termo por sua polícia judiciária militar, a Marinha criou um Núcleo voltado exatamente para, consoante se extrai da Norma nº 315, de 13 de Janeiro de 2011, da Diretoria Geral de Pessoal de Marinha, “instrumentalizar e tornar mais ágeis e eficientes os procedimentos para a apuração dos crimes militares”, qualificando pessoal para garantir um “respaldo técnico” no exercício do poder de polícia judiciária.

Projeta-se a instalação de Núcleos de Polícia Judiciária Militar (N-PJM) por todos os Comandos da Marinha, o que poderá trazer muito maior eficiência na condução das investigações no contexto de atuação da referida Força Singular, sobretudo pelo suporte que seria oferecido aos Encarregados de Inquéritos Policiais Militares, principalmente na área pericial.

No Exército Brasileiro também se buscou o aprimoramento da atividade investigativa, com a criação do Curso de Perícia e Investigação Criminal Militar (CPICM), o qual é ministrado pela Escola de Instrução Especializada.

Todas essas iniciativas mostram bem que há a preocupação no âmbito militar de se encontrar soluções que possam melhorar a atuação da polícia judiciária, especialmente no que tange à celeridade na apuração das infrações, com a arrecadação eficiente das provas e a identificação ágil da autoria das condutas delituosas.

Isso, aliás, torna-me muito importante, visto que os severos princípios que regem o sistema militar lastreiam-se na lealdade, confiança e senso de camaradagem, sendo necessário que se apure rapidamente toda e qualquer conduta ilícita, a fim de se evitar que se dissipem dúvidas e graves inquietações, que decorrem, não raras vezes, do efeito de suspeita que recai sobre todos.

Destarte, apenas para melhor esclarecer o ponto de vista, imagine-se o desaparecimento de um celular num determinado alojamento, onde vários militares transitam ou repousam no cotidiano das atividades castrenses. A partir dessa simples, mas corriqueira ocorrência, é feita uma Parte, com a narrativa do acontecimento, gerando, em seguida, a provável instauração de um Inquérito Policial Militar para apurar a eventual subtração de coisa alheia móvel (*rectius*: furto simples). Todos passam à condição de suspeito, gerando um desconforto sem par e comprometendo o bom andamento dos trabalhos naquela Organização Militar (OM). Até que efetivamente se descubra a autoria do furto, pairará sobre a OM um clima de irrefutável mal-estar e desconfiança. Somente com a atuação imediata da Polícia Judiciária, empregando as modernas técnicas de investigação, com uso de exames periciais etc, é que se restabelecerá a ordem, com o esclarecimento dos fatos.

E agem bem as Forças Armadas em melhor qualificar seus quadros para a atribuição de Polícia Judiciária, uma vez que atualmente eleva-se o nível de sofisticação dos crimes, especialmente na área financeira, a exigir uma atuação investigativa tecnicamente à altura dos desafios contemporâneos, em que as Instituições Militares vêm colaborando na repressão às práticas ilícitas desenvolvidas por organizações criminosas, especialmente aquelas que anseiam pela posse de armamentos de grosso calibre, de uso restrito.

3.10 A experiência da Corregedoria-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal

Por meio das Instruções Normativas n.º 001 a 003, todas do ano de 2014, a Corregedoria-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal resolveu instituir um sistema de orientação aos encarregados de inquéritos policiais militares instaurados no âmbito da Corporação, estabelecendo, igualmente e de forma inovadora, um modelo de correição das investigações realizadas, nos seguintes termos: “O controle e correição dos Inquéritos Policiais Militares instaurados no âmbito da Corporação serão exercidos pela Seção de Procedimentos Judiciais do Departamento de Controle e Correição e, subsidiariamente, pelas Subseções competentes das unidades, quando instauradas por seus respectivos Comandantes, Chefes ou Diretores”.⁶⁵

Tudo leva a crer que esse Departamento de Controle e Correição da Polícia Militar do Distrito Federal não apenas faça um acompanhamento das investigações conduzidas pelos órgãos de polícia judiciária militar, mas também realize a depuração necessária, escoimando os eventuais vícios e determinando a consecução de medidas não enviadas, tudo objetivando o aprimorando da apuração.

Este controle e correição dos Inquéritos, dentro dos prazos e antes mesmo do envio ao Ministério Público, se mostra salutar, podendo evitar omissões, equívocos ou repetições desnecessárias, em claro prejuízo ao regular e bom andamento das investigações. Evita-se, deste modo, que o órgão do MP se veja compelido a solicitar baixas infundáveis do Inquérito para atendimento de alguma diligência que já poderia ter sido cumprida pela autoridade policial judiciária, como, por exemplo, a juntada de antecedentes do investigado ou a oitiva de uma testemunha dos fatos. Em tal cenário, a celeridade unida à eficiência da apuração se torna de grande valia para o trabalho a ser desenvolvido pelo *Parquet* perante o Poder Judiciário, sobretudo

⁶⁵ Conforme art. 43 da Instrução Normativa nº 002/2014. Tais normativos também regulamentam a instrumentalização das prisões, estabelecem os procedimentos a serem seguidos para a lavratura de auto de prisão em flagrante e fixam os parâmetros que deverão ser utilizados para a instrução provisória de deserção.

mantendo-se o controle sobre os prazos da prescrição da pretensão punitiva estatal, que, infelizmente e não raras vezes, termina por fulminar todo o esforço empreendido, pela ocorrência de fato extintivo de punibilidade.

Nesta linha de abordagem, já tivemos a oportunidade de expressar com Couto (2015, p. 32) que:

Portanto, são muitas e inquietantes as questões que são suscitadas no cotidiano da atuação da polícia judiciária militar, as quais necessitam ser refletidas por profissionais com conhecimento apropriado, que possam sopesar as correntes hermenêuticas e adotar os parâmetros corretos, especialmente em respeito aos princípios e garantias constitucionais.

Em tal direção, vale acrescentar que a Polícia Militar do Distrito Federal instituiu uma Corregedoria de Polícia Judiciária Militar, dividida em departamentos e que tem atribuições para a apuração dos crimes militares, fixando-se várias instruções normativas sobre os procedimentos que devem ser adotados. Em consequência, seria adequado que, no âmbito da Polícia Judiciária Militar da União, na ausência de uma reestruturação mais ampla da instituição, fosse criado ao menos um órgão semelhante, devidamente adaptado às peculiaridades das Forças Armadas Brasileiras.

No âmbito da Justiça Militar da União, a criação de uma Corregedoria vinculada ao Ministério da Defesa, poderia ser uma medida relevante para gerenciar o trabalho da Polícia Judiciária Militar da União, evitando-se equívocos primários na condução da investigação criminal⁶⁶. Isso faz sentido, visto que, desde o advento do Ministério da Defesa, que estabelece as diretrizes de atuação das três Forças Nacionais, o mais correto, sob a ótica da economicidade, seria a implantação de uma única corregedoria vinculada ao Ministério da

66 Gorrilhas et al. (2016, p. 212), a propósito, alertam que “uma polícia judiciária militar ineficiente contribui para o desprestígio de todos os órgãos que compõem o sistema criminal militar, vale dizer, Defensoria Pública da União, Ministério Público Militar e Justiça Militar da União. Com efeito, a polícia judiciária militar é o primeiro órgão destinado a apurar autoria e materialidade de crime militar e, nessa vereda, a inabilidade policial em descortinar a autoria de crime repercute, de forma negativa, para a credibilidade destas instituições perante a sociedade. Assim, torna-se imprescindível criar melhores condições para a profissionalização da PJM, consistentes na criação de estruturas eficazes para o assessoramento e a condução de investigações criminais, o que inclui um aperfeiçoamento significativo dos recursos humanos focados nesta atividade”.

Defesa, com os encargos de fiscalizar a Polícia Judiciária Militar do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.

De todo modo, o exercício de controle da atividade policial e das investigações criminais promovidas pelos órgãos de segurança pública e pelas Forças Armadas se torna muito apropriado, ainda que seu alcance seja interno, pois evita que, posteriormente, haja o retrabalho, conforme as determinações que venham a ser encaminhadas pelos órgãos de controle externo, especialmente o Ministério Público.

Capítulo 4 – Controle externo da atividade de polícia

Conceitualmente falando, por controle externo da atividade de polícia deve-se compreender a fiscalização exercida sobre o trabalho desenvolvido pelas polícias (conceito *lato sensu*), ou, mais restritivamente, a fiscalização da atuação investigativa de tais órgãos (conceito *stricto sensu*).

A atividade de polícia, que se insere no contexto da Administração Pública, é bem abrangente, conforme rapidamente se pode compreender dos dispositivos constitucionais que distribuem as diversas incumbências entre as diferentes instituições policiais definidas pelo constituinte originário.⁶⁷

Na presente pesquisa, entretanto, importa discorrer sobre a atividade de polícia judiciária militar exercida, correspectivamente, pelas Polícias Militares e pelas Forças Armadas, centrando a atenção sobre o controle externo efetivado pelo Ministério Público com atuação perante as Justiças Militares.

Deste modo, o controle externo da atividade de polícia judiciária militar vem a ser a fiscalização do Ministério Público sobre a investigação dos crimes militares promovida pelas Polícias Militares, Corpos de Bombeiros Militares e Forças Armadas. É, pois, um controle sobre a própria atividade de polícia judiciária militar. Mas não é um controle apenas sobre prazos e ritos, mas sobretudo um controle da eficiência de tal atividade e do cumprimento dos direitos e garantias fundamentais.⁶⁸

67 Pode-se dizer que o controle externo *lato sensu* alcança, como destacado por Sousa Júnior (2015, p. 114), todo organismo que detenha poder de polícia relacionado com a segurança pública ou persecução penal.

68 Buscando dar uma dimensão para o controle externo da atividade policial, o Conselho Nacional do Ministério Público – que vem procurando uniformizar, tanto quanto possível, as atuações dos diversos Ministérios Públicos pátrios – aprovou a Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, balizando, por assim dizer, o alcance de tal controle, especificando, em seu art. 2º, que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltadas para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; III – a prevenção da criminalidade; IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; e VII – a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

No caso do Ministério Público Militar, o controle é mais de caráter difuso, tal como assinalado pelo art. 3º da Resolução CNMP 20, de 28 de maio de 2007⁶⁹, pois todos os membros desse *Parquet* especializado possuem atribuições criminais. Na Procuradoria de Justiça Militar do Rio de Janeiro, no entanto, os 5º e 6º Ofícios exercem atribuições investigatórias, e bem poderiam atuar também em sede de controle concentrado, passando a cuidar do controle externo da atividade policial.

Entre as propostas que fortaleceriam a atuação do Ministério Público Militar, no plano investigativo, certamente que a criação de um número maior de ofícios extrajudiciais poderia se tornar uma opção válida não só para garantir investigações com maior lastro e efetividade, mas também para sobraçar a atribuição de controle externo.

Isso, aliás, viria ao encontro do que atualmente tem ocorrido em diversos estados da Federação, em que os Ministérios Públicos estão preocupados em criar grupos específicos para atuação no controle externo, com atuação mais concentrada.

4.1 Concepção constitucional e infraconstitucional

Para Ribeiro (2003, p. 206),

Sem a exigência de vínculos funcionais de origem constitucional para o exercício de atividade de polícia, a enumeração do art. 144 não constitui um limite estrutural para realização dessas atividades que podem ser executadas por agentes não-policiais. Assim é que, dentre as alternativas viabilizadas pela forma genérica do termo *atividade policial* – a do sujeito ativo, a da natureza do ato controlado e a de um consórcio desses dois critérios –, restou vencida a primeira: a atividade policial não decorre da condição do sujeito ativo. Em consequência, ficou prejudicada a terceira, que exige uma afinação entre a condição policial do sujeito e natureza da atividade exercida. Se essa fosse adotada, nem todas as ações dos *órgãos policiais* constituiriam *atividades policiais*; portanto, nem todos estariam sob o controle do Ministério Público. Desse modo, o controle da atividade policial decorre da natureza da ação,

69 De acordo com o art. 3º de tal norma, o controle externo da atividade de polícia 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”.

independente do sujeito ativo, o que não constitui uma solução exclusivamente infraconstitucional. A Constituição brasileira optou pelo mesmo critério do Código de Processo Penal português, partindo “da ideia de que o que define a atividade de um órgão, enquanto órgão de polícia criminal, é, não a sua qualificação orgânica ou institucional, mas sim a qualidade dos atos que pratica” [grifos do original].

Portanto, a Constituição mais se ateuve à qualidade dos atos praticados, o que também restou assente na legislação ordinária, que repete a fórmula lançada pelo constituinte originário. É o que se colhe do previsto no art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e do art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por seu turno, buscando regulamentar o controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público, caminhou no mesmo sentido, ao fixar, na Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, os órgãos que estariam sujeitos ao controle externo, mas em decorrência da atuação com parcela de poder de polícia, atrelada à segurança pública e à persecução criminal. Portanto, também o CNMP demonstra a preocupação com a qualidade dos atos praticados.⁷⁰

70 Ávila (2016a, p. 444) afirma que, enquanto a Constituição já deu as diretrizes concretas de como seria realizado o controle externo pelo TCU e a atividade de controle pelo CNJ e CNMP, a previsão do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público foi estabelecida como norma de eficácia contida, dependente de regulamentação por lei complementar (CRFB/1988, art. 129, VII). Todavia, a ideia central de que deve haver um controle externo da Polícia pelo Ministério Público não pode ser totalmente anulada, pois o próprio conceito de controle externo possui um referencial no texto constitucional, portanto, um sentido mínimo não aniquilável. Comparando-se essa atividade de controle externo realizada pelo TCU sobre o poder executivo e as atividades de controle do CNJ sobre o Poder Judiciário e do CNMP sobre o Ministério Público, conforme já regulamentadas pela própria CRFB/1988, e a de controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial, conforme regulamentada pela LC nº 75/1993, verifica-se que, entre as diversas atividades comuns, apenas a função de aplicação de sanções ao órgão controlado não foi expressamente prevista ao Ministério Público em relação à Polícia. Assim, da mesma forma que o TCU, CNJ e CNMP, o Ministério Público possui o poder de apreciar periodicamente o trabalho da atividade policial (e, portanto, a garantia de que não haverá atividade policial fora desse quadro de controle externo constante), o poder de requisições obrigatórias para a realização de atividades pela Polícia investigativa (instauração de IP e realização de diligências investigativas), poder de expedir recomendações genéricas sobre a atividade policial e o poder de investigar os eventuais desvios realizados no âmbito da atividade policial e, acrescentamos, ainda que não explicitado, um dever de elaborar relatórios periódicos sobre a atuação da Polícia.

De fato, razão assiste ao autor, devendo-se registrar que o CNMP vem exigindo que o controle externo da atividade policial conste de registros periódicos que são enviados à Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública (CSP), que posteriormente será convertido em Relatório a ser disponibilizado para consulta.

Ao abordar a questão do controle externo da atividade policial no texto das Leis Orgânicas, Ribeiro (2003, p. 203) aduz que o que há de original legislado sobre o assunto está na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, especificando seus fins: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a preservação e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

No mesmo diapasão, ao lidar com o tema da relevância constitucional do controle externo da atividade policial, Ávila (2016b, p. 129), após discorrer sobre a genérica previsão do art. 129, VII, e explicitar a finalidade do controle externo delineado no art. 3º da Lei Complementar nº 75/93, bem como as ferramentas específicas de atuação delineadas no art. 9º do referido *códex*, termina por compreender que o exercício do controle da atividade policial pelo Ministério Público pode ser sintetizado em dois fundamentos: a titularidade da ação penal (garantia de eficiência) e a sua função mais geral decorrente da obrigação constitucional de o Ministério Público fiscalizar a legalidade e proteger o sistema de direitos fundamentais (garantia contra abusos).

E para assegurar o cumprimento de tal atribuição ministerial, o legislador infraconstitucional relacionou uma série de mecanismos judiciais e extrajudiciais que visam operacionalizar o controle externo da atividade policial, que garantem ao membro do MP: 1 – livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; 2 – acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; 3 – a informação imediata da prisão de qualquer pessoa, por parte da autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão; 4 – o direito de representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial sobre a

omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; e, por último, 6) o direito de promover a ação penal por abuso de poder.⁷¹

A relevância do controle externo é tamanha, que há quem defenda que a norma constitucional que o prevê se insere naquele rol de direitos e garantias alcançados pela cláusula de inalterabilidade, tal como previsto no art. 60, § 4º.⁷²

E é bom que seja assim, na medida em que essa atribuição ministerial, especialmente a partir dos posicionamentos que vêm sendo firmados pelo CNMP⁷³, deve ampliar seu foco, fortalecendo o papel do MP como instância guardadora de direitos e garantias individuais e coletivos, predisposta a rechaçar, pronta e eficazmente, toda e qualquer prática arbitrária e/ou violadora do sistema de direitos humanos.

4.2 O Ministério Público e o controle externo da atividade de polícia judiciária militar

A Constituição brasileira de 1988 representa, inelutavelmente, um marco divisor na história do Ministério Público, guindando-o a patamar realmente admirável, especialmente quanto às missões conferidas. Depositário, portanto, de elevadas atribuições, o Ministério Público se apresenta à contemporaneidade como instituição indispensável para o país em vários aspectos, tornando-se instância capaz de induzir políticas públicas, promover justiça, resguardar os interesses individuais e sociais indisponíveis e empreender esforços em prol da paz e da estabilidade das instituições democráticas. De fato, a Carta de 1988 dotou a Instituição de instrumental imprescindível para o cumprimento de suas tarefas, inclusive no campo do controle da atividade policial.

71 Na linha do quanto esposado por Ribeiro (2003, p. 204).

72 Este o posicionamento externado por Diana (2013, p. 110), para o qual o controle externo da atividade policial é instrumento de freio e contrapeso ao emprego do poder armado estatal, sendo, por vocação constitucional, exercido pelo Ministério Público. Portanto, de acordo com a lição acima transcrita, insere-se como garantia constitucional, a qual visa assegurar o respeito aos direitos e (demais) garantias fundamentais, com a eficácia da atividade policial –, e, portanto, efetivação dos direitos que tal atividade objetiva.

Prossegue o autor, considerando que, dessa maneira, os incisos II e VII do art. 129 constituem cláusulas pétreas, pois sua supressão desampara os demais direitos e garantias individuais, ou seja, tende a aboli-los, já que o enfraquecimento da proteção de um direito é parte do caminho para sua supressão.

73 Veja-se a Resolução CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007, e seus consectários, que estabelecem parâmetros de atuação para todo o Ministério Público na área do controle externo.

Sendo assim, o Ministério Público detém, inequivocamente, a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial, de modo que as práticas abusivas por parte do agente policial devem ser exaustivamente apuradas, por meio de inquérito policial ou outro mecanismo de coleta de provas, a fim de se poder aquilatar as responsabilidades e postular a aplicação das consequências jurídicas cabíveis.

O Ministério Público Militar, cujo leque de atribuições vem emoldurado nos arts. 116 e 117 da LC nº 75/93, embora a ele não se limite, vem procurando desenvolver especial atenção ao controle externo da atividade policial, tanto que, com o fim de melhor atender às normas emanadas do Conselho Nacional do Ministério Público, aprovou a Resolução 55/CSMPM, de 9 de abril de 2008, que trata exatamente dos mecanismos de implementação do controle externo no âmbito militar, explicitando que a ele estarão sujeitos, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas e, principalmente, a polícia judiciária militar ou civil, federal ou Estadual, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a persecução dos crimes militares da competência da Justiça Militar da União.

Para alcançar o êxito necessário em tal atividade, o MPM também vem exercitando o trabalho preventivo, participando de reuniões que precedem a atuação das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) e quando do envio de tropas para cumprimento de missões no exterior, máxime as Operações de Paz.

Não bastasse isso, a Instituição criou ofícios extrajudiciais voltados para o acompanhamento das investigações deflagradas no âmbito das Forças Armadas, conforme melhor será visto mais à frente, embora essa salutar iniciativa tenha se restringido à Procuradoria de Justiça Militar sediada no Rio de Janeiro.

4.2.1 O CNMP e a efetividade do controle externo relacionado à atividade de polícia judiciária militar

O surgimento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, como ór-

ção de extração constitucional incumbido do controle administrativo, financeiro e disciplinar do Ministério Público, tornou-se marco essencial no redimensionamento do papel reservado a tal instituição, inclusive no que concerne ao exercício do controle externo da atividade policial de uma maneira geral e, especificamente, da atividade de polícia judiciária militar.⁷⁴

Para tanto, foram criados formulários específicos que objetivam cobrar dos Ministérios Públicos as informações pertinentes ao controle exercido tanto em nível difuso quanto concentrado. No primeiro caso, tem-se o exercício por todos os membros com atuação em escritórios criminais, através do exame dos procedimentos distribuídos. No segundo aspecto, observa-se a forma como o Ministério Público vem controlando as investigações por meio de órgãos especificamente criados para tal fim.

Por meio da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, o CNMP houve por bem definir uma linha de atuação por parte dos membros do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado do controle externo, que alcança visitas ordinárias e extraordinárias a repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares, e o exame de inquéritos, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro documento de natureza persecutória penal, procedendo à efetiva fiscalização de seu andamento e regularidade.

Os órgãos do Ministério Público não de fiscalizar, ainda, a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos⁷⁵, bem como acompanhar o cumprimento de mandados de prisão, atendimento das requisições e demais medidas determinadas tanto pelo próprio Ministério Público quanto pelo Poder Judiciário.

74 A propósito das dificuldades para efetivar o controle externo, Lemgruber et al. (2016, p. 39) mencionam pesquisa em que promotores e procuradores responderam com que frequência certas dificuldades se interpunham à sua atuação em tal área, sendo que os maiores percentuais de alta ou muito alta frequência foram, com efeito, para investigação policial deficiente (84%) e inobservância de prazos (80%)

75 Esse controle é de suma importância, pois, vez por outra, são presos policiais que passam a negociar com traficantes, desviando substâncias entorpecentes, como ocorreu no dia 16 de outubro de 2016, quando a Polícia Federal (PF) prendeu, em São Paulo, três policiais do Departamento de Investigações sobre Narcóticos (Denarc) suspeitos de desviar drogas que eram apreendidas pela unidade, em São Paulo. A Polícia monitorava uma quadrilha de traficantes e terminou, por meio de escutas telefônicas, descobrindo que os membros do Denarc repassaram as drogas para o bando. Foram apreendidos 300 quilos de cocaína. Disponível em: <<http://spnoticias.com.br/?p=8088>>. Acesso em: 23 out. 2016.

Além disso, incumbe ao Ministério Público avaliar os boletins de ocorrências e sindicâncias, identificando as razões pelas quais não foram instaurados inquéritos, determinando os procedimentos que devem ser adotados. Pode também o Ministério Público solicitar apoio das corregedorias dos órgãos policiais para concretizar o controle externo. Deve, igualmente, fiscalizar o cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações e expedir recomendações visando melhorar os serviços policiais e garantir o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de sua atribuição.

Por conseguinte, a partir do que se extrai da Constituição e das leis orgânicas dos Ministérios Públicos, o CNMP regulamentou de maneira abrangente o exercício do controle externo da atividade policial, disciplinando, igualmente, na esfera militar, o alcance de tal controle, que pode levar, inclusive, à instauração de procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial ou de procedimento administrativo para sanar as deficiências ou irregularidades detectadas, apurando as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.⁷⁶

É possível, por outro lado, que se observe, como decorrência do exercício de controle externo, algum fato com repercussão na área cível, podendo, neste caso, ocorrer o encaminhamento de peças para deflagração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa praticada pelos órgãos policiais.

Dessa forma, o CNMP disciplinou o manejo de inúmeros instrumentos que podem garantir um controle externo mais efetivo e apto a promover uma permanente e contínua eficiência da atividade de polícia judiciária militar. Atento a isso, o Ministério Público Militar, na Resolução 55, de 9 de abril de 2008, que disciplina o controle externo da atividade policial militar, chegou a inovar, como lembrado por Gorrilhas e Brito (2016, p. 182), quando sujeitou ao dito controle todos os órgãos policiais que, porventura, estejam apurando crimes de natureza militar.⁷⁷

76 De acordo com os §§ 1º e 2º do inciso IX do art. 4º da Resolução CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007.

77 E, mais que isso, a precitada Resolução do Conselho Superior do Ministério Público Militar relacionou como propósito do controle externo a ser concretizado por tal *Parquet* especializado

Por outro lado, é relevante assinalar que, desde que o CNMP passou a exigir do Ministério Público o cumprimento da atribuição constitucional do controle externo, seja em nível difuso ou concentrado, tem havido reações de órgãos policiais, que não se sentem confortáveis com as visitas periódicas de promotores de justiça.

Tanto que, em Minas Gerais, por exemplo, houve a edição de portaria, por parte do Secretário de Defesa Social, restringindo o controle pelo *Parquet*. Após entendimentos patrocinados pelo Procurador Geral de Justiça, Carlos André Mariani Bittencourt, e pelo Conselheiro do CNMP, Marcelo Ferra de Carvalho, então Presidente da Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público, a portaria foi revogada, possibilitando aos membros daquele *Parquet* estadual livremente exercerem seu múnus constitucional.

Posteriormente, o Conselho Superior de Polícia – afeto ao Departamento de Polícia Federal – e o Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil chegaram a editar resolução conjunta que pretendia também limitar o exercício do controle externo, o que foi prontamente questionado pelo CNMP, que aprovou Nota Técnica no sentido de rechaçar toda e qualquer medida que pretendesse impedir a atuação do Ministério Público.⁷⁸ Ademais, o Procurador Geral da República houve por bem ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

o atingimento dos seguintes objetivos: “I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; III - a prevenção da criminalidade; IV - a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; VI - a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; VII - a probidade administrativa no exercício da atividade policial, e, por fim, VIII - a manutenção dos princípios de hierarquia e disciplina militares”. Particularmente, chama a atenção o objetivo inscrito no inciso VI, ou seja, a superação de falhas na produção probatória, o que, em face da ausência de formação adequada dos Encarregados de Inquéritos, pode ocorrer com frequência, tornando-se, portanto, indispensável que o controle externo acompanhe todo o desenrolar da investigação criminal militar a fim de evitar tais falhas, que podem, inclusive, comprometer o deslinde da prática delituosa.

78 Nota Técnica nº 07, de 26 de janeiro de 2016, cuja Ementa contém o seguinte teor: Nota Técnica referente a normas editadas isolada e conjuntamente pelo Conselho Superior de Polícia/DPF e Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, visando, por via transversa, delimitar o alcance de atribuição constitucional do Ministério Público inerente ao controle externo da atividade policial. Impossibilidade. Usurpação da competência regulamentar do CNMP. Afronta evidente à *Lex Legum*. Natureza jurídica de cláusula pétrea do inciso VII do art. 129, por representar garantia constitucional concernente ao controle da eficácia da atividade policial.

contra o mencionado ato normativo, a qual se encontra em fase de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁹

4.3 O controle externo da apuração das mortes decorrentes de intervenção policial

A Comissão Permanente do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP, atenta à necessidade de acompanhar de perto a eficiência do controle externo exercido pelo Ministério Público quanto às investigações sobre as mortes oriundas de intervenções policiais, houve por bem desenvolver, em 2014, a Cartilha “o MP no enfrentamento à morte decorrente de intervenção policial”, distribuída a todo o Ministério Público brasileiro, contendo objetivos, ações e prazos a serem implementados, no intuito de alcançar os resultados descritos no Mapa Estratégico Nacional do CNMP: “fortalecer o controle externo da atividade policial” (Ação Nacional nº 15) e “fortalecimento da prevenção e repressão dos crimes graves, tanto comuns como militares” (Ação Nacional nº 18).

Trata-se de uma atuação concreta, cujo desiderato é justamente incentivar o desenvolvimento de ações uniformes em todo o território nacional, de maneira que o Ministério Público possa dar ênfase ao controle da apuração das mortes ocorridas em intervenções policiais, tanto pela instauração imediata de inquéritos, quanto pelas medidas que promovam a realização de perícias de local, balística, laudo cadavérico etc., visando, sobretudo, esclarecer detalhadamente o verdadeiro encadeamento fático do transcorrido.

Em setembro de 2015, o Plenário do CNMP houve por bem aprovar proposta de resolução⁸⁰ que estabelece regras mínimas de atuação

79 A ADI 5.515, que foi intentada em 4 de maio de 2016, está tramitando em regime de urgência, estando concluso atualmente à Relatora, Ministra Carmen Lúcia, desde 13 de setembro de 2016. Na petição inicial, o Procurador Geral da República é bem enfático ao registrar que as normas constantes da referida resolução conjunta “destinam-se, essencialmente, a criar restrições à atuação do Ministério Público, como se coubesse à polícia controlar os limites em que pode agir o órgão constitucionalmente incumbido do controle dela, ou seja, o MP”. E vai além, aduzindo que “com o pretexto de orientar atividades policiais e administrativas, e de regulamentar procedimentos adotados pela polícia criminal em face de solicitações ou requisições externas, as resoluções invadem a competência legislativa do Congresso Nacional e restringem indevidamente a atuação do Ministério Público. Podem, assim, ser cotejadas de forma direta com os preceitos dos arts. 2º, 5º, II, e 129, VI e VII, da Constituição da República”.

80 Conselho Nacional do Ministério Público, Proposição nº 0.00.000.000538/2015-17, aprovada

do MP na apuração das mortes resultantes de intervenção policial. A iniciativa tem por escopo garantir: I – que a autoridade policial compareça pessoalmente ao local dos fatos tão logo seja comunicada a ocorrência, providenciando o seu pronto isolamento, a requisição da respectiva perícia e o exame necroscópico; II – que seja realizada perícia do local do suposto confronto, com ou sem a presença física do cadáver; III – que no exame necroscópico seja obrigatória a realização de exame interno, documentação fotográfica e a descrição minuciosa de todas as demais circunstâncias relevantes encontradas no cadáver; IV – que haja comunicação do fato pela autoridade policial ao Ministério Público em até 24 horas; V – que seja instaurado inquérito policial específico, sem prejuízo de eventual prisão em flagrante; VI – que o inquérito policial contenha informações sobre os registros de comunicação, imagens e movimentação da viaturas envolvidas na ocorrência; VII – que as armas de todos os agentes de segurança pública envolvidas na ocorrência sejam apreendidas e submetidas a perícia específica; VIII – que haja uma denominação específica nos boletins de ocorrência policial para o registro de tais fatos; IX – que haja regulamentação, pelos órgãos competentes, da prestação de socorro por agentes de segurança pública em situação de confronto, visando coibir eventual remoção indevida de cadáveres; X – que seja designado um órgão ou setor no âmbito do Ministério Público capaz de concentrar os dados relativos a tais ocorrências, visando alimentar o “Sistema de Registro de Mortes Decorrentes de Intervenção Policial”, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Ainda não se consolidou o banco de dados do CNMP sobre a matéria, mas é fato que, tão logo disponibilizado, será possível saber se o Ministério Público vem desempenhando bem o seu múnus e realizando o controle externo a que está compelido.⁸¹

por unanimidade na 18ª Sessão Ordinária de 22/09/2015, que deu origem à Resolução CNMP nº 129, de 22 de setembro de 2015.4.

81 Em texto a que nominou de “Três áreas nevrálgicas de atuação do MP pós-1988”, Lemgruber (2016, p. 39) adverte que, “como já ressaltavam estudos anteriores (Macaulay 2002; Lemgruber, Musumeci e Cano 2003), a maioria dos membros do MP parece encarar sua função de forma ‘minimalista’, isto é, limitada à revisão técnica das evidências apresentadas nos inquéritos, em vez de assumir a responsabilidade pela fiscalização de todos os aspectos e etapas da atividade das polícias. Noutras palavras, a maioria permanece circunscrita ao seu papel de controlar apenas o ‘produto final’”.

De qualquer modo, a referida norma permitirá, pois, que os órgãos do Ministério Público com atuação no controle externo ampliem o foco fiscalizatório sobre a letalidade policial, acompanhando os desdobramentos de toda a investigação que deverá ser iniciada tão logo seja constatada alguma morte decorrente de intervenção policial, de modo a empreender, o mais breve possível, todas as demais medidas concernentes à responsabilização dos agentes.

A preocupação do CNMP com o cenário de crimes violentos e as subnotificações existentes em muito se justifica, já que, segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), ao se comparar os dados preliminares de 2014 com os dados publicados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública para o mesmo ano, tem-se uma dimensão da subnotificação existente. Segundo Cerqueira et al. (2016, p. 15), “[o] SIM apresenta um total de 681 mortes por intervenções legais, enquanto o anuário, utilizando dados coletados diretamente dos estados através da Lei de Acesso à Informação, apresenta um total de 3.009 mortes decorrentes de intervenção policial, das quais 2.669 causadas por policiais durante o serviço”. Mesmo que não se mencione o problema de subnotificação também existente nesses registros e se contabilize apenas as mortes em confronto com policiais em serviço, há uma diferença de 1.988 mortes.

Por isso, razão assiste a Cerqueira et al. (2016, p. 16), quando assevera que

O controle do uso da força deveria ser a essência de qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito, mas no Brasil ainda é um tema cercado de tensões. Trata-se de uma questão sensível para as instituições policiais ainda não acostumadas à prestação de contas e controles externos e, sobretudo, atreladas a práticas pautadas pela lógica do enfrentamento e da garantia da lei e da ordem acima de direitos. E, ainda, uma questão tão cara para uma sociedade que manifesta a cada momento sua percepção do medo, alimentado tanto pela violência quanto pela falta de confiança nas instituições do Estado.

Urge, portanto, que o Ministério Público cumpra, e muito bem, o seu papel, promovendo o controle da letalidade policial e rompendo com essa “espiral de violência que naturaliza os homicídios em nossa sociedade” (CERQUEIRA et al., 2016, p. 16). O que se espera é que, com a uniformização de procedimentos desenvolvida pelo CNMP,

mude-se a própria cultura ministerial de se contentar com os chamados autos de resistência, deixando de desencadear as necessárias investigações de todas as mortes oriundas de ação policial, seja ou não em serviço, esteja ou não justificada no plano penal.

A toda evidência, isso reclama coragem e denodo, envolvendo enfrentamento de estruturas que se acostumaram ao uso imoderado da violência como método de reação contra os possíveis infratores da lei, não se pautando pela proporcionalidade⁸² e por isso mesmo ferindo princípios constitucionais tão caros, fazendo desacreditar um dos principais fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

O Ministério Público, contudo, moldado dentro de uma visão garantista, não pode, não deve e certamente não deseja passar para a história como omissor, letárgico ou inerte. Antes, há de se mostrar destemido, indômito e tenaz, arrostando, como aliás tem arrostado ao longo dos tempos, todos os riscos inerentes à sua atividade. O Promotor de Justiça assume os perigos próprios de um profissional que, representando a sociedade, se antepõe *têt-a-têt* diante de interesses escusos que jamais podem sobrepujar os interesses individuais e sociais indisponíveis, na perfeita e grandiloquente expressão constitucional.⁸³

4.4 Controle das apurações dos delitos ocorridos nas ações de garantia da lei e da ordem

Essa é uma matéria muito sensível, pois envolve o emprego das Forças Armadas em ações constitucionalmente definidas visando o resguardo da lei e da ordem, em situações que podem afetar a normalidade do país. Assim sendo, muitas têm sido as oportunidades em que as Forças Armadas vêm sendo designadas para tais missões constitucionais: I – período de eleições; II – realização de grandes eventos: Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas

82 Segundo pesquisa revelada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2014 foram 3.146 mortes e em 2015, 3.345 mortes, todas por intervenção policial, em serviço e fora de serviço (Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública).

83 Não por acaso, o CNMP reconheceu, nos autos Procedimento de Controle Administrativo nº 1.00209/2015, que o Ministério Público exerce atividade de risco inerente.

de 2016; III – Forças de Pacificação no Rio de Janeiro; IV – contenção de ataques decorrentes de rebeliões em presídios.

Por óbvio, ao se exporem tais Forças em diversas ocasiões, é natural que aumentem os riscos de práticas delituosas, surgindo a necessidade de se providenciar a investigação de condutas que venham a ser concretizadas por militares que façam parte da missão ou mesmo por civis.⁸⁴

Em muitos casos, como no Rio de Janeiro, foi instalada uma polícia judiciária militar de caráter itinerante para poder, de forma rápida, proceder às investigações e encaminhar para o Ministério Público tomar as providências cabíveis.

O Ministério Público Militar, quando do emprego das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem, vem se fazendo presente no próprio contexto da atuação, passando a acompanhar de perto os seus desdobramentos, procurando, tanto quanto possível, prestar as orientações de cunho preventivo, especialmente para a preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Há, por outro lado, uma tendência para que as Forças Armadas prestem segurança à sociedade, como ressaltado por Ribeiro (2003, p. 219), o que realmente não deveria ocorrer. No entanto, essa é uma tendência que vem se ampliando em nítido desafio ao texto constitucional. Isso se viu materializado por meio de diversas mudanças legislativas, que vão alargando as atribuições das Forças Armadas, fazendo com que, direta ou indiretamente, promovam operações de policiamento de rua.⁸⁵

Tudo isso evidencia que, ao executarem atividades policiais, estarão submetidas ao controle externo do Ministério Público, com a consequente responsabilização por excessos e omissões.⁸⁶

84 Consoante Duarte e Couto (2014, p. 47), analisando a Lei Complementar nº 117/2004, parece claro que o legislador infraconstitucional também acenou que, nas ações de garantia da lei e da ordem, e mesmo nas atuais atribuições de escopo subsidiário, as Forças Armadas estariam a exercer atividade militar sujeita às tipificações ínsitas no ordenamento penal positivado no Decreto-Lei nº 1001/69.

85 Conforme Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996; Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004.

86 Na linha do preconizado por Ribeiro (2003, p. 226), tal controle incidirá no interesse imediato das Forças Armadas: a preservação da autonomia militar nas ações de policiamento civil, decorrentes do desvio de suas funções para a segurança cidadã, quer para o policiamento ordinário das grandes cidades, quer para o combate ao tráfico de drogas.

4.5 Controle das apurações dos delitos ocorridos no exterior durante as operações de paz

O Brasil vem sendo acionado sistematicamente pela Organização das Nações Unidas (ONU) para participar das Operações de Paz, tornando-se verdadeira referência mundial no atendimento destas missões de caráter humanitário.⁸⁷

Num rápido retrospecto, identifica-se a atuação brasileira em países como Angola, Haiti, Timor-Leste, Chipre, Sudão do Sul, Líbano, entre outros. Todas essas operações, precedidas de rígido preparo e organização, envolvem o envio de tropas com efetivos consideráveis, que permanecem por longos períodos no país objeto do esforço pela paz, havendo contínuas substituições dos efetivos, conforme os desdobramentos das missões, com variadas implicações, visto que os militares brasileiros, que se somam a outros militares egressos de diversos países, devem agir em inumeráveis frentes, tendo que usar da força, muitas das vezes, para afastar obstáculos como a violência das gangues territoriais, os homicídios, os estupros, saques e outras práticas que, inevitavelmente, ocorrem em países submetidos a conturbações de toda ordem. Dentro desse panorama, é provável que possam

87 De acordo com estudo constante da página institucional do Ministério das Relações Exteriores, “para um membro fundador das Nações Unidas, historicamente comprometido com a solução pacífica de controvérsias, participar de operações de manutenção de paz é um desdobramento natural de suas responsabilidades internacionais. Conforme o art. 4º da Constituição Federal, entre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil estão a defesa da paz, a solução pacífica de conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. O Brasil não se tem furtado a engajar-se na superação de conflitos – como os de Angola, Timor Leste, Líbano e Haiti. O Brasil já participou de mais de 50 operações de paz e missões similares, tendo contribuído com mais de 33.000 militares, policiais e civis. Atualmente, participa com mais de 1700 pessoas em nove operações de paz: MINURSO (Saara Ocidental), MINUSTAH (Haiti), UNFICYP (Chipre), UNIFIL (Líbano), MONUSCO (República Democrática do Congo), UNISFA (Abyei/Sudão), UNMIL (Libéria), UNMISS (Sudão do Sul), UNOCI (Côte d’Ivoire). O Governo brasileiro defende que os mandatos das operações de manutenção de paz destacuem a interdependência entre segurança e desenvolvimento como elemento indispensável à paz sustentável, bem como a necessidade de proteção de populações sob ameaça de violência e a ênfase na prevenção de conflitos e na solução pacífica de controvérsias. O Brasil se orgulha de sua participação histórica e consistente nas operações de paz da ONU, sempre em consonância com os interesses de política externa, com os princípios e regras nacionais e internacionais. Coerência e prudência têm balizado a definição das missões nas quais o Brasil opta por se engajar. Aliada ao exemplar desempenho dos militares, policiais e civis brasileiros, essa orientação tem permitido ao Brasil contribuir para um sistema internacional mais próximo dos ideais de paz, justiça e cooperação. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/4783-o-brasil-e-as-operacoes-de-paz>>. Acesso em: 8 out. 2016.

ocorrer condutas militares que se amoldam ao Código Penal Militar brasileiro, levando à instauração da investigação criminal.

É conveniente esclarecer que as tropas brasileiras vêm sendo orientadas por membros do Ministério Público Militar acerca das normas do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Militar, antes de seu deslocamento até o país em que ocorrerá o cumprimento da missão. Essa atuação se mostra de grande valia, pois pode ensejar a prevenção de crimes militares sujeitos à jurisdição militar brasileira e até de crimes previstos no Estatuto de Roma, do qual o Brasil é signatário.

As eventuais violações às normas penais militares, ao longo das mencionadas missões de paz, acarretam a apuração e remessa dos autos a uma das Auditorias da 11ª Circunscrição Judiciária Militar da União, situadas na Capital Federal, que detêm a competência para o processo e julgamento dos crimes militares sucedidos no exterior.⁸⁸

Incumbirá ao Ministério Público Militar, com atuação perante os referidos Juízos Militares da União, o controle de todas as fases da investigação no exterior, podendo haver deslocamento do membro até o palco da ocorrência para melhor dimensionar o trabalho desenvolvido pela Polícia Judiciária Militar, bem como propor as medidas que considerar pertinentes para os esclarecimentos dos fatos. Isso, por exemplo, ocorreu no caso relativo ao suicídio de um general que comandava a missão brasileira no Haiti, no ano de 2006, quando o então Promotor de Justiça Militar Jaime de Cássio Miranda⁸⁹ esteve presente acompanhando toda a apuração.⁹⁰

De igual maneira, quando do incêndio na Base da Marinha na Antártida, houve o deslocamento do então Procurador de Justiça

88 No ano de 2005, a então Vice-Procuradora-Geral da Justiça Militar, Adriana Lorandi, e o Procurador de Justiça Militar em Brasília, Giovanni Rattacaso, estiveram no Haiti, onde acompanharam de perto o trabalho das tropas brasileiras, ressaltando nas considerações finais do Relatório apresentado o que se segue: “Por fim, cumpre-nos ressaltar que, tendo em vista a extraterritorialidade da Lei Penal Castrense, que significa a longa *manus* da tutela do Estado brasileiro sobre eventuais crimes militares ocorridos fora do território nacional, e que os integrantes da Procuradoria da Justiça Militar em Brasília/DF são os denominados ‘promotores naturais’ para essas hipóteses, a participação dos signatários na presente visita foi de inestimável valia para o aperfeiçoamento de nossas funções institucionais”.

89 Atualmente ocupando o cargo de Procurador de Justiça Militar e exercendo mandato de Procurador-Geral de Justiça Militar.

90 Em janeiro de 2006, o general Urano da Matta Bacellar, então comandante das tropas da Minustah (Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti), suicidou-se no hotel onde morava.

Militar Giovanni Rattacaso⁹¹ até aquela região, oportunidade em que pôde ver de perto a extensão do dano provocado, recolhendo, também, *in locu*, elementos de convicção acerca da conduta dos militares ali temporariamente lotados.

Todas essas experiências permitem constatar que o controle exercido pelo Ministério Público Militar nas práticas ocorridas no exterior mostra-se absolutamente necessário, cabendo dizer que na questão envolvendo o suicídio do oficial que comandava as tropas brasileiras no Haiti, restou categoricamente afastada qualquer hipótese de homicídio ou mesmo de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, conforme perícia muito bem conduzida, com atuação efetiva do membro do MPM.

Por outro lado, após a competente apuração e controle do MPM, restou deflagrada ação penal concernente ao evento ocorrido na Antártida.⁹²

4.6 Controle das apurações dos delitos ambientais e transfronteiriços

O vasto território nacional vem sendo objeto de várias incursões delituosas em suas áreas de fronteira que afetam o meio ambiente, como garimpos ilegais, crimes contra a fauna e a flora, além de ações ilícitas de traficantes, reclamando redobrada vigilância e efetivo combate por parte das autoridades policiais e das próprias Forças Armadas, por afetarem diretamente a Soberania Nacional.

Ante tal cenário, além das funções de natureza constitucional, que envolvem a defesa nacional, a garantia dos poderes e da lei e da ordem, em consonância com a moldura do art. 142, outras atribuições

91 Hoje ocupando o cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

92 O Ministério Público Militar ofertou denúncia em desfavor de um sargento da Marinha por homicídio culposo e por dano devido ao incêndio provocado nas instalações da Estação Comandante Ferraz, base da Marinha do Brasil na Antártida, em 25 de fevereiro de 2012. Para o MPM, o referido militar detinha a incumbência de transferir o óleo diesel de um tanque maior para outros dois tanques externos, existentes na Praça de Máquinas, e que alimentavam os geradores da base. O denunciado, sargento Luciano Gomes Medeiros, era responsável pelo setor de máquinas da estação, tendo sofrido queimaduras ao tentar apagar as chamas. Outros dois militares morreram no incêndio, que destruiu completamente a base e causou um prejuízo da ordem de R\$ 24,6 milhões.

de caráter subsidiário foram cometidas às Forças Armadas, estando demarcadas na Lei Complementar n.º 97/1999 e seus consectários.⁹³

As Forças Armadas estão, destarte, também investidas da tarefa de reprimir os delitos ambientais e transfronteiriços, passando a deter o poder de polícia inclusive para efetuar prisões em flagrante.

Com a ampliação de suas atribuições, é natural que também haja um incremento na exposição a riscos, sendo oportuno que o Ministério Público Militar esteja atento às incursões militares que tenham por propósito refrear as práticas ilícitas nas regiões fronteiriças.

É que paralelamente às condutas que possam constituir crimes comuns, podem também ser cometidos crimes militares, com a necessidade de apuração por meio de Inquérito Policial Militar, de tal sorte que o Ministério Público Militar haverá de fazer o efetivo controle da investigação, orientando sobre as provas e as possíveis medidas preventivas e assecuratórias que se tornem indispensáveis.

Não se pode olvidar, neste passo, que no combate às ações ilícitas nas regiões de fronteira é previsto inclusive o emprego, por parte das Forças Armadas, de ações mais severas, podendo chegar ao tiro de destruição de aeronaves clandestinas que sobrevoam o espaço aéreo

93 Conforme Lei Complementar n.º 117, de 02 de setembro de 2004, que alterou a LC n.º 97/99, incluindo, entre outros, o dispositivo abaixo transcrito, com a seguinte redação: “Art. 17A. Cabe ao Exército, além de outras ações pertinentes, como atribuições subsidiárias particulares: I – contribuir para a formulação e condução de políticas nacionais que digam respeito ao Poder Militar Terrestre; II – cooperar com órgãos públicos federais, estaduais e municipais e, excepcionalmente, com empresas privadas, na execução de obras e serviços de engenharia, sendo os recursos advindos do órgão solicitante; III – cooperar com órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, no território nacional, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução; IV – atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: a) patrulhamento; b) revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e c) prisões em flagrante delito.” O mesmo se diga a respeito da Marinha e da Aeronáutica, que também, na dicção da LC n.º 117/2004, passaram, respectivamente, a deter diversas atribuições subsidiárias, nomeadamente: “cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional ou internacional, quanto ao uso do mar, águas interiores e de áreas portuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução” e “cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, quanto ao uso do espaço aéreo e de áreas aeroportuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução”.

brasileiro e que se recusam a pousar ou se identificar.⁹⁴ Na verdade, a partir da promulgação da Lei nº 9.614/98, o Brasil disciplinou a possibilidade de atuação militar contra as aeronaves hostis que trafeguem pelo território nacional, fixando, por meio dos Decretos nº 5.144/2004 e nº 8.265/2014, os protocolos relativos às abordagens.

Em caso de disparo do tiro de destruição, com a ocorrência de mortes, a competência para o processo e julgamento será da Justiça Militar, devendo, pois, primeiramente, ser instaurado o Inquérito Policial Militar, na linha do previsto na Lei nº 12.432/2011.

4.7 Controle das apurações dos delitos previstos na Lei de Segurança Nacional

A Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, denominada de Lei de Segurança Nacional, abrange as condutas contra a segurança nacional, a ordem política e social do país, tendo como foco de tutela a integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; e a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Desde o seu advento, a referida norma vinha sendo aplicada pela Justiça Militar, com a particularidade de que a apuração dos fatos deveria ser realizada pela Polícia Federal, salvo quando envolver agente qualificado como militar ou quando o crime atentar contra o patrimônio militar, for praticado em lugar sob administração militar ou contra militar e ainda quando for cometido em regiões alcançadas pela decretação do estado de emergência ou do estado de sítio. Nestas situações específicas, a apuração deveria se suceder por meio de Inquérito Policial Militar.

Entretanto, a partir da vigência da Constituição de 1988, passou-se a compreender que não mais subsistiria a competência da Justiça Militar para julgar os crimes definidos na Lei de Segurança Nacional,

⁹⁴ Segundo informe veiculado no site do STM, em 2009, pilotos da Força Aérea Brasileira (FAB) dispararam tiros de advertência contra um monomotor que transportava 176 quilos de cocaína, em Rondônia, na região de fronteira do Brasil com a Bolívia. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/2326-voce-conhece-a-lei-do-abate>>. Acesso em: 8 out. 2016.

visto que o art. 30 da referida norma não teria sido recepcionado pela Constituição, passando a atribuição para a Justiça Federal, na forma do art. 109, IV, da Carta de 1988.

Algumas questões continuam, porém, a gerar a necessidade de interpretação, posto que determinados tipos previstos na Lei de Segurança Nacional também estão contemplados no Código Penal Militar, surgindo a necessidade de se estabelecer o controle por parte do Ministério Público Militar, que, ao receber autos de Inquérito Policial Militar versando sobre fato descrito na Lei de Segurança Nacional, deverá se valer da regra hermenêutica fixada no seu art. 2º, que, em tais situações, reza que será levado em conta, para se identificar a lei aplicável, os seguintes aspectos: I – a motivação e os objetivos do agente; II – a lesão real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional; ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito.

A instauração de Inquérito Policial Militar, portanto, não elide a incidência da LSN, dependendo, pois, de pronunciamento do Ministério Público Militar, que examinará se o fato se amolda aos dois estatutos, devendo, em caso de prevalência daquele diploma mais moderno, opinar pelo deslocamento de competência da Justiça Militar para a Justiça Federal comum.

4.8 A valorização dos ofícios de investigação do Ministério Público Militar

Com o propósito de aprimorar a atuação investigatória do Ministério Público Militar, foram designados, por meio da Resolução nº 42/CSMPM, de 04 de maio de 2004⁹⁵, junto à Procuradoria de Justiça Militar do Rio de Janeiro, o 5º e 6º Ofícios com atribuições extrajudiciais, voltados especialmente para produzir as investigações relativas a notícias ou fatos, que são deduzidas perante aquele órgão regional.

Está claro que, dependendo do grau de complexidade da apuração, poderá ser requisitada a instauração de um inquérito policial militar, já que os dois ofícios ainda não estão dotados de uma estrutura

95 Esta norma regulamenta a distribuição extraprocessual no âmbito da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro.

que possa, eficazmente, desenvolver investigações de maior alcance e com maior grau de cientificidade.

É de todo recomendável, portanto, que o Ministério Público Militar possa melhorar a estrutura de funcionamento dos órgãos investigatórios existentes, aparelhando-os para que possam, eficazmente, desenvolver apurações sobre questões que detenham maior complexidade. Aliás, seria aconselhável que outros órgãos dessa natureza fossem criados visando prover as diversas procuradorias regionais, sobretudo após a decisão do STF, reconhecendo o poder de investigação do Ministério Público⁹⁶. E, mais, que órgãos de investigação também deveriam passar a atuar com órgãos de controle externo da atividade de polícia judiciária militar, exercitando, pois, o controle concentrado previsto no art. 3º, II, da Resolução CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007.

Talvez, e aqui se coloca a questão em termos de desafio, fosse até apropriado que, além de exercer esse controle da atividade de polícia judiciária militar, os órgãos extrajudiciais já existentes no MPM, assim como os que possam vir a ser implementados, também pudessem propor as ações penais correlacionadas com os fatos por eles investigados, mudando-se o entendimento atualmente sufragado de que sua existência ficaria atrelada à tão só atividade fiscalizatória ou de acompanhamento das investigações requisitadas.

O que fica claro é que, ante a ausência de uma profissionalização da polícia judiciária militar, o MPM não pode ficar refém de uma investigação tecnicamente débil, devendo se articular para suprir as incongruências e falhas já devidamente registradas, estabelecendo uma estrutura condizente de investigação criminal, que esteja em total correspondência com os pressupostos firmados no precedente histórico da Suprema Corte brasileira.⁹⁷

96 “Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. (STF, Plenário. RE 593727/MG, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015).

97 Conforme Decisão majoritária lavrada nos autos de Recurso Extraordinário (RE) 593727.

4.8.1 Centro de Pesquisa, Análise e Desenvolvimento de Sistemas de Apoio à Investigação (CPADSI)

Exatamente com o objetivo de desenvolver ferramentas para dar suporte às investigações encetadas pelo MPM é que foi criado o CPADSI, um órgão de assessoria da Procuradoria Geral da Justiça Militar que vem contribuindo sobremaneira para auxiliar membros do MPM em investigações mais complexas, especialmente nas áreas contábil e financeira.

O órgão tem seu funcionamento disciplinado pela Portaria nº 162/PGJM, de 30 de setembro de 2014, e, na linha do disposto em seu art. 1º, sua principal finalidade é o assessoramento direto ao Procurador-Geral de Justiça Militar, bem como a prestação de apoio aos Membros do MPM nos procedimentos judiciais previamente instaurados e nos procedimentos investigatórios criminais – PIC.

Procedendo a análises técnicas e pesquisas em várias bases de dados e sistemas de informações disponíveis, o CPADSI vem imprimindo uma grande qualidade nos serviços prestados, tornando-se, desse modo, um apoio fundamental nos trabalhos de investigação conduzidos por membros do MPM.

Entre suas competências, é possível identificar a preocupação com o manejo, custódia e proteção das informações, além do planejamento, coordenação e execução de ações voltadas à gestão do conhecimento de investigações promovidas no âmbito da Instituição.

É um passo realmente significativo para ampliar a capacidade investigatória do MPM, especialmente em relação aos fatos mais complexos. Com efeito, após o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do poder investigatório do Ministério Público, urge que seja alcançada uma desejável expertise quanto às técnicas de investigação, sendo forçoso reconhecer que tal necessidade mais se eleva em relação ao MPM, devido às já aclaradas deficiências da polícia judiciária militar.

Conclusões

A inexistência de uma polícia judiciária militar institucionalizada provoca diversas e nocivas consequências quanto ao desfecho de uma investigação criminal, especialmente no que tange à eficiência.

De fato, o modelo adotado pelo Brasil, que remanesce do já anacrônico Código de Processo Penal Militar, padece, no mínimo, das seguintes vulnerabilidades: I – deficiência técnica na formação investigativa; II – deficiência técnica na formação jurídica; e, III – deficiência na estrutura orgânico-funcional.

Tudo isso em contraposição ao sistema judiciário-militar inscrito na Constituição de 1988, que definiu, no plano federal, um órgão do Poder Judiciário e um ramo do Ministério Público da União com especialização para o processo e julgamento dos crimes militares federais. Da mesma forma, no plano estadual, há um órgão do Poder Judiciário com idêntica especialização para o processo e julgamentos dos crimes militares estaduais.

Diante desse cenário que deita reflexos na atuação do Ministério Público Militar, como titular da ação penal e guardião dos princípios que regem uma atuação eficiente da Administração Pública, algumas iniciativas têm sido adotadas no meio militar e também no âmbito do Ministério Público, de que são exemplos a oferta de cursos na área de investigação criminal, a criação de núcleos de polícia judiciária militar ou de órgãos de assessoramento nas investigações.

Estas iniciativas, conquanto louváveis, não sanam, no entanto, os problemas padecidos pela polícia judiciária militar brasileira, constituindo-se em paliativos que adiam o enfrentamento mais direto das visíveis deficiências do mencionado órgão de investigação.

De outra feita, sem um órgão de investigação com visibilidade e transparência, torna-se difícil a missão do Ministério Público de exercer a contento sua atribuição de controle externo da atividade de polícia judiciária militar. Controlar o quê? Controlar quem? Como controlar a eficiência de uma atividade que sequer detém uma estrutura

física ou de pessoal identificável ou com preparo para o desempenho da atividade de polícia judiciária?

Exatamente por isso, a presente pesquisa buscou aprofundar a análise do problema, com o escopo de apresentar soluções que venham ajustar satisfatoriamente o perfil da polícia judiciária militar brasileira, a fim de produzir os resultados que se esperam de um órgão de tal natureza, garantindo-se a efetividade do controle externo promovido pelo Ministério Público.

Com tal desiderato é que se lançou mão das fontes do direito comparado, objetivando colher subsídios de experiências de outros países, no afã de se encontrar um modelo adequado de Polícia Judiciária Militar. Estudaram-se, então, os modelos de Portugal e de Angola, percebendo-se que a vigente Polícia Judiciária Militar angolana, além de institucionalizada, possui uma organização que pode servir de paradigma ao Brasil.

Por outro lado, ficou bem claro que, ainda que se altere a atual sistemática de investigação criminal militar, com a institucionalização de uma polícia judiciária especializada, torna-se fundamental que haja uma intensificação do controle externo exercido pelo Ministério Público Militar, de modo a contribuir para alcançar maior grau de eficiência nas apurações.

Além disso, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o poder de investigação por parte do Ministério Público, abre-se a possibilidade de se reforçar a criação de ofícios de investigação, dotando-os de estrutura compatível para desenvolver investigações mais complexas e abrangentes, podendo-se dispensar, em várias situações, a atuação da própria polícia judiciária militar.

Por todas estas considerações é que se pode caminhar no sentido de trazer a lume algumas propostas capazes de promover uma profunda mudança de cenário das investigações criminais militares, de forma a se permitir que o Ministério Público Militar também exerça, com maior elasticidade, a função de controle externo da atividade de polícia judiciária militar, em prol de uma desejável efetividade, como quer a Constituição ao estabelecer o princípio da eficiência

como uma das pedras angulares da gestão pública, em todos os níveis de sua expressão.

A institucionalização da polícia judiciária militar da União

Providência fundamental para melhorar a investigação criminal militar no Brasil certamente é a institucionalização da polícia judiciária militar, profissionalizando-a e estruturando-a orgânica e funcionalmente.

Conforme visto, a Constituição dotou o país de uma Justiça Militar e de um Ministério Público Militar, silenciando, contudo, quanto à instituição de uma polícia judiciária militar.

Por ser uma federação, o Brasil está dividido militarmente em 12 Regiões Militares, sendo certo que a Justiça Militar da União acompanha essa divisão, de modo que foram criadas igualmente 12 Circunscrições Judiciárias Militares (CJM). Em cada CJM, há também uma Procuradoria de Justiça Militar (PJM). Na 1ª CJM, que abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, funcionam 4 (quatro) Auditorias Militares e 6 (seis) Procuradorias de Justiça Militar, sendo dois ofícios extrajudiciais. Na 2ª CJM, que alcança o estado de São Paulo, existem duas Auditorias Militares e duas Procuradorias de Justiça Militar. Na 3ª CJM, há três Auditorias, sendo a primeira em Porto Alegre e as duas outras, respectivamente, em Bagé e Santa Maria, cada qual com uma Procuradoria de Justiça Militar. Na Capital Federal, onde está localizada a 11ª CJM, encontram-se duas Auditorias e duas Procuradorias de Justiça Militar. Em todas as outras 8 (oito) Circunscrições Judiciárias Militares, funciona apenas uma Auditoria e uma Procuradoria de Justiça Militar. Portanto, são 14 (catorze) as Procuradorias Regionais de Justiça Militar distribuídas pelo vasto território nacional. Atualmente, o MPM conta com 76 membros na ativa, sendo 13 Subprocuradores-Gerais, 22 Procuradores Regionais e 41 Promotores de Justiça Militar. Há, porém, três cargos vagos, de modo que o total de membros, na verdade, são 79.

Seria aconselhável, pois, que se institucionalizasse a polícia judiciária militar de forma unificada, ou seja, que atendesse às três Forças

Armadas, criando-se uma estrutura regionalizada acompanhando o mesmo critério empregado na organização judiciária militar e na distribuição geográfica do próprio Ministério Público Militar.

Portanto, a rigor, seria adequada a criação de 12 órgãos de Polícia Judiciária Militar da União, que funcionariam diretamente junto a cada Região Militar, e, por via de consequência, próximo das Circunscrições Judiciárias Militares e das Procuradorias de Justiça Militar.

Também, à feição do que ocorre no modelo angolano, que ora se emprega como paradigma, poderia ser criado um órgão de caráter central, com sede em Brasília, que poderia ser denominado de Diretoria-Geral de Polícia Judiciária Militar da União, na estrutura do Ministério da Defesa, com atribuições privativas de apuração de crimes cometidos por Oficiais Gerais, crimes cometidos por militares no exterior e ainda como instância gestora da atuação da polícia judiciária militar por todo o Brasil.

Deslocamento das atribuições de polícia judiciária militar da União para a Polícia Federal

Constitucionalmente, a Polícia Federal, além de outras incumbências, detém a competência para exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, sendo diretamente responsável pela apuração de infrações penais contra a ordem social e política ou em detrimento de bens e serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas.

Para cumprir suas atribuições, a Polícia Federal encontra-se organizada de tal forma que, em todos os estados da federação, possui uma estrutura que abrange superintendências e delegacias. A instituição conta, também, com Instituto de Criminalística, com pessoal qualificado para realização de perícias das mais variadas espécies. Nos estados, junto às superintendências e a algumas delegacias de maior porte, existe o Setor Técnico-Científico (SETEC).

Desse modo, embora se possa considerar que a institucionalização da Polícia Judiciária Militar da União fosse a medida mais acertada

do ponto de vista da especialização, se prestando com exclusividade às apurações dos crimes militares federais, não se pode desmerecer que, sob a ótica da economicidade, a absorção de tal tarefa pela Polícia Federal, certamente, seria muito mais racional.

Outros argumentos poderiam ser aventados em proveito de tal proposta, já que a Polícia Federal possui um corpo técnico e profissional muito bem preparado, que facilmente poderia assimilar as peculiaridades do sistema militar e desenvolver *expertise* na área da investigação criminal militar.

Além disso, a investigação ganharia em isenção, na medida em que seria promovida por um órgão externo à Administração Militar, infenso a eventuais interferências ou pressões.

Para viabilizar o mencionado deslocamento de atribuições de Polícia Judiciária Militar da União, seria necessária a promulgação de uma Proposta de Emenda Constitucional que fizesse constar, no rol estabelecido no § 1º do art. 144, mais essa competência da Polícia Federal.

A reestruturação de ofícios de investigação pelo Ministério Público Militar

Não há dúvida de que a adoção de qualquer das propostas anteriores teria um impacto extremamente positivo e abrangente na mudança de padrão da Polícia Judiciária Militar da União, seja em decorrência do critério da especialidade, no caso de sua institucionalização, ou pela economicidade e lastro técnico-profissional, na hipótese de deslocamento das atribuições para a Polícia Federal.

No entanto, as duas propostas reclamam mudanças substanciais em nível estrutural, constitucional, infraconstitucional e até cultural, o que demanda tempo e planejamento, embora sejam, de longe, as soluções que mais racionalidade trariam para o funcionamento da polícia judiciária militar.

Muito em razão de tais obstáculos é que se projeta uma outra alternativa que, conquanto não resolva o problema, pode, como já vem ocorrendo no âmbito da Procuradoria de Justiça Militar do Rio de Janeiro,

minorá-lo em muito, com a criação de novos Ofícios extrajudiciais no Ministério Público Militar, que também poderiam exercer o controle externo concentrado da atividade de polícia judiciária militar.

Em relação a tal proposta, a sugestão perpassa não apenas pelo aumento de Ofícios extrajudiciais, mas por sua melhor estruturação, com suporte direto do CPADSI e quadro de pessoal com formação técnico-pericial, de modo a atender as demandas especialmente mais complexas.

Como atualmente existem 12 (doze) Procuradorias (Regionais) de Justiça Militar, a proposta visa a criação de pelo menos 1 (um) Ofício de Investigação Criminal Militar em cada, cuja atuação seria em completa observância dos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de Recurso Extraordinário nº 593.727/MG.

A criação de uma Corregedoria Nacional junto ao Ministério da Defesa

Independentemente das propostas anteriores, é possível, desde logo, estabelecer um nível melhor de eficiência do trabalho de polícia judiciária militar mediante uma fiscalização interna e direta do trabalho desenvolvido pelas três Forças Armadas nas investigações criminais militares, nos mesmos moldes do que ocorre no Distrito Federal, em que a Corregedoria-Geral da Polícia Militar desenvolve um controle permanente das apurações dos crimes militares praticados pelos integrantes da Corporação.

No plano federal, por haver um órgão que centraliza a coordenação das ações relativas às três Forças Singulares, bastaria a criação de uma Corregedoria Nacional que atendesse ao propósito de acompanhar o exercício da atividade investigatória dos crimes militares federais, apurando falhas e determinando o cumprimento de medidas que se amoldem a uma linha mais eficiente de trabalho.

A intensificação do controle externo da atividade de polícia judiciária militar

Porventura venha a ser criada, como sugerido, uma polícia judiciária militar no âmbito das Forças Armadas, nos moldes do sistema lusitano ou do sistema angolano, ainda em vigor, o Ministério Público poderá desempenhar um controle externo mais abrangente, visto que terá um órgão estruturado com direção e corpo técnico do qual requisitará as providências que sejam necessárias ao deslinde das investigações.

E o controle não há de ser meramente burocrático, adstrito ao exame de autos de inquérito policial militar, devendo abranger o funcionamento do órgão, a eficiência na coleta de provas e a capacidade de atender às demandas.

O deslocamento de atribuições para a Polícia Federal também favoreceria um controle externo muito mais efetivo, já que se trata de instituição bem estruturada e com profissionais com boa formação técnica, podendo corresponder às exigências de uma investigação criminal mais eficiente.

A manutenção do atual estágio, sem uma polícia judiciária profissionalizada, faz com que as Forças Armadas persistam realizando as investigações criminais sob orientação direta do Ministério Público Militar, que precisa manter um vigoroso controle externo da atividade de polícia judiciária militar para que o inquérito, além de se revestir das formalidades essenciais, cumpra eficazmente seu papel de fornecer os elementos indispensáveis à persecução criminal.

Enquanto não se institui e profissionaliza a polícia judiciária militar, a opção de o Ministério Público promover diretamente as investigações pode ser uma forma de contornar o problema, embora caiba lembrar que o número de ofícios de investigação teria que ser elevado, bem como o número de membros do Ministério Público Militar.

A via de um controle externo mais producente tem sido trabalhada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que fixou parâmetros para o exercício dessa atribuição, inclusive com a exigência de encaminhamento periódico de formulários de visitas técnicas

às delegacias e aos órgãos militares, com dados que abrangem diversas informações concernentes à atividade de polícia judiciária militar.

A constatação de que o controle externo da atividade policial precisa ser aprimorado conduz ao desafio de se estabelecer mecanismos próprios, como a aprovação de um conjunto de regras mínimas para que o Ministério Público acompanhe os desdobramentos das investigações de mortes decorrentes de intervenção policial.

O controle externo, no entanto, significa bem mais do que controlar peças de inquéritos policiais, devendo avançar sobre a própria atividade militar como um todo, objetivando o cumprimento do princípio da eficiência na tutela da segurança pública interna e da segurança nacional.

Referências

AMBOS, Kai. Control de la policia por el fiscal *versus* dominio policial de la instrucción. *Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público*, v. 1, n. 2, 2001.

ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das Forças Armadas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.

ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar anotado*. v. 1. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012a.

_____. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012b.

ASSIS, Jorge César de; CAMPOS, Mariana Queiroz Aquino. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. Curitiba: Juruá, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016a.

_____. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016b.

_____. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do CNMP*, n. 4, p. 159-189, Brasília, CNMP, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Forças Armadas e ações de segurança pública: possibilidades e limites à luz da Constituição. In: ROCHA, Maria

Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008. p. 282-300.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CERQUEIRA, D. et al. *Nota Técnica nº 17: atlas da violência 2016*. Brasília: IPEA, 2016.

CHENUT, Kathia Regina Martin. Jurisdições militares em face das exigências do direito internacional. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coords.); CARVALHO, Alessandra Ferreira Couto de et al. (Org). *Seminário de Direito Militar, 7. Anais*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009. p. 167-190.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CNPG. *Manual nacional do controle externo da atividade policial: o Ministério Público olhando pela sociedade*. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial. 2. ed. rev. e ampl. Brasília: CNPG, 2012.

CUNHA, José Manuel Damião da. *O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal no novo Código de Processo Penal: estudos e monografias*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1993.

DAVIS, Kenneth Culp. An approach to legal control of the police. *Texas law review*, v. 52, Issue 4, p. 703-725, Apr. 1974.

DECAUX, Emmanuel. Actualité de la Justice Militaire dans les travaux des Organes des Nations Unies. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coords.). *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008. p. 663-667.

DIANA, Roberto Antonio Dassié. O controle constitucional pelo Ministério Público e o controle externo da atividade policial: fundamentos e natureza jurídica, necessidade, objetivo, extensão, exercício e cláusulas pétreas. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 81-112.

DIAS, João Paulo. *O Ministério Público no acesso ao direito e à justiça: "portal de entrada" para a cidadania*. Coimbra: Almedina, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

DOS ANJOS, Marcelo Adriano Menacho. *A Justiça Militar e a democracia: controle judicial da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

DUARTE, Antônio Pereira; COUTO DE CARVALHO, José Carlos. A reinvenção da Justiça Militar. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília-DF, ano 39, n. 24, nov. 2014.

DUARTE, Antônio Pereira; COUTO DE CARVALHO, José Carlos. Visão crítica sobre a polícia judiciária militar. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, ano 40, n. 25, p. 11-36, nov. 2015.

DUARTE, Antônio Pereira. Relatório sobre o Ministério Público Militar de Angola. Pesquisa sobre o Ministério Público Militar nos países de língua portuguesa, ESMPU, 2009. In: FREITAS, Ricardo et al. *Memória Histórica do Ministério Público Militar*. Brasília: MPM, 2012.

DUARTE, Antônio Pereira; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. O controle da letalidade policial. In: TABAK Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César de. (Orgs.) *O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015. p. 351-371.

FERNANDES, Antonio Scarance. Do crime militar: definição e competência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, p. 59-66, 1997.

_____. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRO, Rafael Jason de Souza da Silva. *Crime doloso contra a vida de civil praticado por militar de serviço, em período de paz: competência da Justiça Militar, tribunal do júri e atribuição da Polícia Judiciária Civil e Militar*. Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FREITAS, Ricardo de. O Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático. In: MOURA JUNIOR, Flávio Paixão de et al. *Ministério Público e a ordem social justa*. Dez anos da Lei Complementar n. 75/93. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 227-244.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Moreira; MACHADO, Bruno Amaral. Modelos de Ministério Público: organização, estrutura e controle. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 1, jun. 2011.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar. *A polícia judiciária militar e seus desafios: aspectos teóricos e práticos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

GORRILHAS, Luciano Moreira; MIGUEL, Cláudio; BARBOSA, Marcio. A institucionalização da polícia judiciária militar: uma necessidade premente. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, ano XXI, n. 26, nov. 2016.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 5. ed. rev. e atual. Niterói-RJ: Impetus, 2013.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002.

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

LATIMER, George W. Military Justice. *Catholic University Law Review*, Washington, DC, v. 3, p. 73-80, 1953.

LASSO, José Alaya. Prefácio. In: ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. Direitos humanos e aplicação da lei – manual de formação em direitos humanos para as forças policiais. *Série de Formação Profissional*, n. 5, Genebra: Nações Unidas, 2001.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. Yussef Said Cahali (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LEMGRUBER, Julita et al. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?* Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), 2016.

LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LORANDI, Adriana; RATTACASO, Giovanni. *Relatório da visita do MPM à Brigada Brasileira de Força de Paz no Haiti*. 2005. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br>.

MARCHISIO, Adrián. O Ministério Público Federal na República Argentina: estrutura, princípios e funções. *Revista do CNMP*. Modelos de Ministério Público: organização, estrutura e controle, Brasília, n. 1, p. 165-190, jun. 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. Direito constitucional das Forças Armadas. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coords.); CARVALHO, Alessandra Ferreira Couto de et al. (Org.). SEMINÁRIO DE DIREITO MILITAR, 7. *Anais*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009. p. 19-50.

MOURA JUNIOR, Flávio Paixão de et al. *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar: em tempo de paz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINHO, José Cândido de. *Colectânea de legislação militar*. Almedina: Coimbra, 2005.

REVISTA DO CNMP. O Ministério Público e as polícias em uma perspectiva comparada. Brasília, CNMP, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Julgamento de civis pela Justiça Militar e direitos humanos. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 29 jul. 2014.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SALGADO, Daniel de Resende et al. *Controle externo da atividade da polícia judiciária pelo Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Inquérito policial e auto de prisão em flagrante nos crimes militares*. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUSA JÚNIOR, Carlos César Silva. Estudos sobre a natureza do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 14, n. 45, p. 107-141, jul./dez. 2015.

SOUZA, Octavio Augusto Simon de. *Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2009.

SUÁREZ-BÁRCENA, Emílio de Llera. *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

TONRY, Michael; MORRIS, Norval (Orgs.). *Policamento moderno*. Trad. Jacy Cardia Ghirotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

VILLA NOVA, Silvino Alberto et al. *Código de Justiça Militar atualizado e anotado*. Coimbra: Almedina, 1977.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan. *Derecho penal militar: lineamentos de la parte general*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel, 1980.

Tipografia

Meridien e Gotham Condensed

Papel

Pólen soft 80g/m²

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda.

SIG Quadra 8, 2268 – 70610-480

Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

Tiragem

3.200 exemplares