

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Conselho Editorial

Ministério Público Federal

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR – Professor Doutor

Ministério Público Militar

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 6 – Números 24/25 – julho/dezembro 2007
Brasília/DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2ª andar
70200-901 – Brasília/DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2007. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Volker Egon Bohne

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro F. Tosta

Núcleo de Editoração

Cecilia S. Fujita

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia do Setor de Revisão

Daniel Mergulhão de Carvalho – Preparação de originais

Lara Litvin Villas Bôas – Revisão de provas

Renata Filgueira Costa – Revisão de provas

Thaise dos Santos Leandro – Revisão de provas

Núcleo de Programação Visual

Ana Manfrinato Cavalcante

Clara Dantas Farias – Diagramação

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.:(61) 3344-2112

E-mail: ideal@idealgrafica.com.br

Tiragem: 3.000 exemplares

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

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 6, n. 24/25, jul./dez., 2007

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Assegurar os direitos à vida e à liberdade é razão de ser do Ministério Público. Criar espaços culturais onde esses dois direitos nucleares da sociedade moderna possam inscrever-se como valores mais permanentes que o noticiário do dia é tarefa difusa de construção de uma cultura democrática. Consolidar essa cultura é essencial para o funcionamento *democrático* das instituições que velam pela democracia. Nessa empreitada inscreve-se a razão de ser da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO e de seu *Boletim Científico*. E nessa caminhada, ao lado de sua vocação primordial como veículo de comunicação do que aparece de interesse na cultura e possa aperfeiçoar o desempenho funcional, nosso *Boletim* vem publicando peças processuais de alto valor simbólico, como ocorre na presente edição. Juntamente com a valiosa contribuição dos artigos jurídicos, registramos como documento de valor histórico denúncia que descreve e pugna por responsabilidades pelo maior e mais lamentável acidente da história da aviação brasileira: a queda do vôo 1907, no dia 29 de setembro de 2006, que custou a vida de 154 pessoas.

Toda denúncia de crime contra a vida e todo libelo sustentado perante o júri são afirmações de fé no direito à vida: se o pior aconteceu, se foram ceifadas vidas inocentes e se houver culpados a punir, precisamos acreditar que alguém os punirá, porque a lei isso comanda. A vida faz menos sentido se deixamos de acreditar que ao crime sucederá necessariamente um castigo, que a obediência à lei é regra e não exceção. E sempre que a vida faz menos sentido corremos o risco de que os valores de vida e liberdade com os quais nos comprometemos em pacto de sociedade sejam derogados por

ineficiência, por desuso. Ou quem sabe esquecimento? Nada restitui a vida, mas processos e condenações reconciliam a sociedade, os familiares, enfim, os sobreviventes, com o absurdo da perda.

Toda denúncia de crime contra a vida cumpre papel processual indispensável no intrincado complexo de justiça humana, sujeito a erros e acertos, êxitos e fracassos. Mas igualmente relevante é sua função social como documento de cultura democrática. A denúncia e o júri operam na sociedade moderna a função catártica e de homenagem aos nossos mortos que os antigos praticavam em orações fúnebres. A denúncia bem lançada e fundamentada é momento de elevado valor simbólico que reforça nossa fé em valores essenciais para a sobrevivência coletiva. E há casos de tal magnitude em que esse documento merece ser impresso para não ser esquecido. Porque a memória coletiva é frágil, como frágil é o melhor dos regimes políticos possíveis: a democracia.

MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS

Procurador da República
Membro da Câmara Editorial do Boletim Científico da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Seção I – Direitos Humanos

Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho <i>Ronaldo Lima dos Santos</i>	11
--	----

Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

Os efeitos processuais da audiência pública <i>Antonio Cabral</i>	41
--	----

Área circundante, zona de amortecimento e a Lei n. 9.882/2000 <i>Fernando Aguiar</i>	67
---	----

O <i>periculum in mora</i> nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa <i>Luciano Rolim</i>	75
---	----

É inconstitucional a exigência do depósito da multa aplicada por infração à lei trabalhista? <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i>	99
--	----

Aspectos polêmicos acerca da criação e implantação de unidades de conservação <i>Duciran Van Marsen Farena</i>	123
---	-----

Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana <i>Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo</i>	153
---	-----

Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

A intervenção do Ministério Público no processo falimentar e de recuperação de empresas

Pedro Thomé de A. Neto e Andréa Bernardes de Carvalho 175

Seção V – Temas Atuais

O trabalho escravo, ainda perto de nós?

Denise Moreira Prates..... 195

Denúncia do Vôo 1907 da Gol

Thiago Lemos de Andrade e Gustavo de Carvalho Fonseca..... 213

Seção I

Direitos Humanos

Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho

Ronaldo Lima dos Santos*

A tragédia ocorre quando uma árvore morre na semente.

(MYLES MUNROE)

Sumário: 1 Dignidade humana da criança e do adolescente. 2 Trabalho da criança e do adolescente. 2.1 Escorço histórico. 2.2 Proteção internacional da criança e do adolescente nas relações de trabalho. 3 O trabalho da criança e do adolescente no Brasil. 4 O trabalho da criança e dos adolescentes nos planos econômico e cultural. 5 Conclusões.

1 Dignidade humana da criança e do adolescente

O desenvolvimento histórico dos direitos humanos lastreou-se no princípio maior da dignidade da pessoa humana, cuja fonte histórica nos remete à tradição bíblica, à cultura helenístico-romana, ao cristianismo e à filosofia¹. Porém reside em Kant o fundamento moderno do princípio da dignidade humana, segundo o qual o ser humano é um fim em si mesmo e assim deve ser tratado, jamais como meramente um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo².

* Ronaldo Lima dos Santos é Procurador do Trabalho em São Paulo (PRT/2ª Região), mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp).

¹ LEDUR, 1998, p. 79.

² Segundo Kant, “Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A huma-

A partir da concepção do princípio da dignidade humana, foram criadas e estendidas, progressivamente, a todos os povos da Terra as instituições jurídicas de tutela dessa dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria³.

Embora a expressão “dignidade humana” seja plurissignificativa por expressar valores presentes em vários campos do conhecimento humano, como o religioso, o ético, o filosófico, o científico, o político etc., no campo jurídico⁴, sua pedra-de-toque reside na idéia de igualdade essencial entre todos os homens, o que reclama a extensão universal dos direitos humanos, *sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos*⁵.

Essa universalidade foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, tanto no seu aspecto espacial, a todos os povos e nações, em todos os lugares da Terra, quanto no

nidade, ela mesma, é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros, quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, pelo que ele se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são seres humanos e, no entanto, podem ser usados e, assim, sobre todas as coisas” (KANT, 2003, p. 306).

³ COMPARATO, 2003, p. 1.

⁴ Não sendo objeto deste trabalho a reflexão sobre todos os aspectos a respeito do princípio da dignidade humana, para não deixá-lo inteiramente em abstrato, entendemos suficiente, para os nossos objetivos, a definição de inspiração kantiana elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo a qual “‘dignidade da pessoa humana’ é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2003, p. 213-214).

⁵ PIOVESAN, apud LEITE, 2003, p. 182.

seu aspecto subjetivo, para abranger todos os seres humanos, declarados como seres nascentes livres e iguais em dignidade e direitos, sem que haja distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, fortuna de nascimento ou qualquer outra situação, estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território de que a pessoa seja cidadã.

Por outro lado, a mesma Declaração Internacional reconheceu a indivisibilidade dos direitos humanos, apontando que a garantia dos direitos civis e políticos figura como pressuposto para a consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa⁶, o que equivale a dizer que os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade são indivisíveis e interdependentes; a presença de um exige a garantia dos outros; a violação de um deles equivale à violação de todos eles⁷.

Uma primeira indagação que poderia surgir do título desse trabalho versa a respeito da compatibilidade da menção de uma dignidade humana da criança e do adolescente com o princípio da universalidade dessa mesma dignidade humana, pelo qual, em tese, não se admitem diferenciações, pois a dignidade humana é inerente a todo ser humano, simplesmente por essa condição, e independe da fase etária, do sexo, da raça ou da nacionalidade.

O reconhecimento de que a dignidade humana é inerente a todo ser humano – somente por portar essa condição –, ao consagrar a primazia da pessoa humana, não é incompatível com a especificação de categorias de sujeitos, quando esta tem como objetivo proporcionar a maior tutela possível dos direitos humanos. Ao se

⁶ PIOVESAN, apud LEITE, 2003, p. 182.

⁷ A Declaração de Viena de 1993, em seu § 5º, proclama: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

mencionar a dignidade humana da criança e do adolescente não se está afirmando que sua essência seja diferente das dos demais seres humanos, mas incrementando uma concepção de que a dignidade humana, para sua efetiva proteção, deve ser vista de acordo com as peculiaridades que se fazem notar em determinadas categorias de pessoas. Assim, do mesmo modo que se aponta para uma igualdade material em detrimento de uma igualdade formal, poder-se-ia falar de uma dignidade humana material para assinalar a diferença de enfoque na sua tutela em relação a certos grupos ou a determinadas situações.

Como acentuou Norberto Bobbio,

A Declaração Universal contém em germe 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 universais⁸.

Segundo o autor italiano, paralelamente aos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização dos direitos humanos, manifestou-se a tendência da “especificação”, que consiste em uma passagem gradual e acentuada para determinação dos sujeitos titulares de direitos⁹.

Assim, a partir do reconhecimento da historicidade dos direitos humanos, constatamos um vertiginoso processo de categorização de novos sujeitos de direito, com o reconhecimento de grupos ou categorias de pessoas que se identificam por condições comuns, como a fase de vida, o gênero, a diferenciação entre estados normais e excepcionais. Assim, pode-se falar em direitos dos idosos, direitos

⁸ BOBBIO, 1992, p. 30.

⁹ *Ibidem*, p. 62.

das crianças, direitos das pessoas portadoras de deficiência, sem que tal distinção quebre o eixo central da concepção universal do princípio da dignidade humana.

Essa concreção de novos sujeitos de direitos no plano dos direitos humanos permite o tratamento uniforme de uma série de situações homogêneas em que se encontram os seus sujeitos, que, apesar de individualmente distintos, são homogeneizados por alguma característica, condição ou qualidade comum. Daí o processo de categorização ou classificação de grupos de indivíduos que se encontram em situações idênticas, o que possibilita, por via coletiva, a satisfação de interesses individuais.

Todo esse processo consiste em um movimento que aponta um caminhar do homem abstrato e singularmente considerado para a identificação de novos sujeitos de direitos, distintos do homem (mas a ele vinculados). Não se fala apenas no ser humano abstrato, como nas clássicas Declarações de Direitos, mas em um ser humano cada vez mais específico – ser humano idoso, ser humano criança, ser humano portador de deficiência, ser humano mulher, ser humano discriminado – e aferido a partir de coletividades, grupos, comunidades ou categorias de sujeitos que são reconhecidos por um denominador comum (idosos, deficientes físicos, crianças etc.).

Esse processo é verificado na evolução normativa dos diversos documentos específicos para a garantia de direitos a certas categorias de indivíduos, aprovados pelos organismos internacionais, como a *Declaração dos Direitos da Criança* (1959), a *Declaração sobre a Eliminação da Discriminação à Mulher* (1967), à *Declaração dos Direitos do Deficiente Mental* (1971).

Esses instrumentos garantidores de direitos sociais específicos identificam as diferenças existentes entre os diversos grupos de indivíduos e disciplinam uma série de garantias aos componentes de

cada categoria reconhecida, o que propicia a defesa coletiva dos seus respectivos direitos. Ao lado desses, cresceu a preocupação com os denominados interesses humanos de terceira geração, de dimensão mundial ou global, como o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, à saúde etc.

É uma tendência da sociedade atual diferenciar para igualar. Criam-se cada vez mais categorias de indivíduos dotados de condições sociais, físicas ou psicológicas assemelhadas, com o único e claro propósito: fortalecê-los por meio de ações e normas específicas que propiciem a tutela conjunta dos seus diversos interesses e lhes possibilitem atuar em igualdade de condições na sociedade com os demais cidadãos.

As relações de trabalho, nesse contexto, constituem terreno fecundo para o florescer e desabrochar dessa especificação. O trabalho prestado por vários indivíduos a um mesmo empregador e as relações uniformes com este formadas, além das condições similares de vida, saúde e outros aspectos da pessoa humana, propiciam a identidade de interesses entre os trabalhadores e o lugar originário comum que os comunicam, dando-lhes contornos coletivos. Historicamente debruçado sobre a proteção de direitos individuais e coletivos, o Direito do Trabalho observa o crescimento da demanda pela tutela dos interesses humanos de categorias de pessoas – os chamados interesses transindividuais – no campo das relações trabalhistas. Tal circunstância deriva da existência de interesses comuns a determinadas coletividades ou categorias de trabalhadores e demais pessoas ligadas, direta ou indiretamente, ao mercado de trabalho.

Desse modo, reportar-se à dignidade humana da criança e do adolescente, e especialmente nas relações de trabalho, é levar em consideração todo o processo de especificação do homem, apregoa-

do por Norberto Bobbio. Isso se verifica no campo das relações trabalhistas com a gradual concretização do homem-trabalhador, com o intuito de garantir a tutela específica de categorias especiais de trabalhadores, tornando, também, relevante nesse ramo do direito o reconhecimento de certas condições pessoais ou sociais de cada grupo de trabalhadores: mulheres, crianças e adolescentes, grupos étnico-raciais, pessoas portadoras de deficiência.

Nesse ponto, podemos retomar o conteúdo da frase proferida por Myles Munroe e que encima este trabalho – *A tragédia ocorre quando uma árvore morre na semente* – para ilustrar que a dignidade da criança tem um perfil que enfoca o direito ao desenvolvimento da pessoa humana. Negar esse direito à criança é negar a formação de uma pessoa adulta em toda a sua integralidade. A dignidade humana dessa semente exige que não somente lhe sejam retirados a aridez e os elementos prejudiciais presentes em seu terreno, mas que lhe sejam dadas todas as condições de desenvolvimento para que ela possa tornar-se uma árvore e, assim, manter a floresta da humanidade. A criança é mais que uma criança, ela é potencial; uma semente em fase de germinação.

Nessa perspectiva, não somente é idôneo reportar-se à dignidade humana da criança e do adolescente, como também analisar os principais aspectos pertinentes à sua tutela nas relações de trabalho. É o que passamos a considerar.

2 Trabalho da criança e do adolescente

2.1 Escorço histórico

Nos primórdios e ao longo da história da humanidade, o trabalho das crianças era constantemente utilizado junto às famílias e às tribos, sem que se distinguisse do trabalho adulto. Praticavam, dentro

das capacidades próprias às suas idades, as mesmas atividades que aqueles. As relações sociais baseavam-se nos laços de parentesco, nos usos e costumes comuns e na cooperação entre os membros do grupo.

Foi somente a partir do período Neolítico (aproximadamente 5.000 anos a.C.) que ocorreu uma acentuada transformação nas formas de relação do homem com o meio ambiente, com o cultivo de planta e a domesticação de animais, o que possibilitou a troca da vida nômade pela sedentária e a divisão do trabalho social, divisão que veio a consolidar-se a partir da Idade dos Metais, com o surgimento de trabalhadores especializados, como metalúrgicos, vidraceiros, barqueiros, sacerdotes, comandantes militares.

As primeiras leis relacionadas ao trabalho infantil, de que se tem notícia, surgiram na região de Crescente Fértil (nordeste da África, terras do corredor mediterrâneo e Mesopotâmia), onde, inclusive, fazia-se grande uso da mão-de-obra de indivíduos escravos, oriundos de povos vencidos em guerras. Na Babilônia, pelo Código de Hamurabi¹⁰, se o membro de uma corporação operária tomasse para criar um menino e lhe ensinasse o seu ofício, aquele não poderia mais ser reclamado. Se o ofício não lhe fosse ensinado, o adotado poderia retornar à casa paterna.

Na Grécia e Roma antigas, a licitude da escravatura abrangia tanto as crianças quanto os adultos. Sua sorte em relação aos trabalhos pesados dependia do livre-arbítrio de seus senhores¹¹.

¹⁰ Hamurabi foi o sexto rei da primeira dinastia babilônica, também chamada dos amorritas. Filho de Sinnuballit, quinto rei dessa dinastia, reinou aproximadamente de 1792 a 1750 a.C. (encontram-se também, em livros de história, referências aos anos de 1728-1686 a.C.). A Babilônia, sob essa dinastia, representou o posto avançado da invasão amorrita, vinda do Ocidente e com uma série de traços deixados em todos os países estabelecidos ao longo do Eufrates.

¹¹ MINHARRO, 2003, p. 15.

Durante a Idade Média, as crianças laboravam no seio de corporações denominadas *guilden*, em conjunto com os adultos, ou realizavam tarefas domésticas com as mulheres¹². As corporações de ofício medievais empregavam crianças para o aprendizado de uma profissão, em um rígido sistema hierárquico, dividido em aprendizes, companheiros e mestres. Os aprendizes compunham a base da pirâmide hierárquica, geralmente eram crianças inseridas pelos próprios pais nas corporações para o aprendizado de um ofício, ficando sob a guarda do proprietário da oficina (mestre), de quem recebiam alimentação e ensino, estando sujeitas à realização de serviços domésticos e à aplicação de castigos corporais. Só recebiam contraprestação pelos serviços se alçassem à condição de companheiros, podendo chegar ao título de mestre, após a sua submissão a exames rigorosos¹³.

Na Inglaterra, antes mesmo da Revolução Industrial, os proprietários de moinho e de algodão recolhiam crianças órfãs e filhos de famílias pobres por todo o país para empregá-los no trabalho, fazendo-os trabalhar somente em troca de alimentos e do fornecimento de um abrigo¹⁴.

Nos Estados Unidos, a utilização da mão-de-obra de crianças acentuou-se após a Guerra de Secessão e com o fim da escravidão negra. Nesse período, ocorreu intensa expansão da indústria, o que demandou grande mão-de-obra operária e ensejou a utilização maciça da mão-de-obra de crianças e adolescentes. Em 1870, oficialmente, contabilizavam-se aproximadamente 750.000 crianças, com idades entre 10 e 15 anos, empregadas nas indústrias, além de centenas de milhares de outras trabalhando no campo. Em 1880, uma em cada seis crianças fazia parte da mão-de-obra

¹² GRUNSPUN, 2000, p. 46.

¹³ MINHARRO, 2003, p. 15-16.

¹⁴ GRUNSPUN, 2000, p. 46.

americana e, no final do século XIX, um quinto das crianças trabalhava nas indústrias¹⁵.

A partir do século XIX, com o advento da Revolução Industrial, iniciada com a máquina a vapor, além dos trabalhos nas minas de carvão, as crianças trabalhavam nos moinhos e fiações. Com o crescimento das fábricas de tecidos e o desenvolvimento das manufaturas, as crianças também trabalhavam em casa com suas famílias, com os acabamentos da produção das manufaturas¹⁶.

Nesse período, teve início uma ampla utilização do trabalho infante-juvenil em todos os países que se industrializavam. Duas razões principais, uma de ordem técnica e outra de ordem econômica, propiciaram esse estado de coisas: a crescente utilização de máquinas que diminuía a exigência de força física e a reorganização do espaço da fábrica, que possibilitou a utilização das chamadas “meias forças” – mão-de-obra da mulher, crianças e adolescentes¹⁷.

Some-se a isso o fato de que a utilização de máquinas e o automatismo das atividades prescindiam da qualificação do trabalhador, ao contrário do que ocorria na Idade Média com as corporações de ofício, em que o trabalho, altamente qualificado, era do tipo artesanal.

O desenvolvimento industrial, conjugado com a filosofia do liberalismo econômico – com seus princípios da liberdade contratual e da não-interferência estatal nas relações privadas –, abriu espaço não somente para a utilização do trabalho de crianças e adolescentes, como também para uma gritante exploração da miséria desses trabalhadores mirins. Não havia leis que

¹⁵ GRUNSPUN, 2000, p. 49.

¹⁶ Ibidem, p. 49.

¹⁷ OLIVEIRA, 1994, p. 23.

disciplinassem a utilização da mão-de-obra infanto-juvenil e a da mulher.

Mal se desenvolviam física e psicologicamente, crianças eram utilizadas nas mais variadas atividades. Já aos cinco, seis ou sete anos de idade crianças trabalhavam de 13 a 16 horas por dia. O salário menor que o do adulto propiciava uma larga diminuição dos custos da produção e incentivava a adoção dessa mão-de-obra barata. As crianças passaram, em muitas situações, a servir de arrimo de família, diante do desemprego dos pais e irmãos adultos cuja mão-de-obra era preterida pelas empresas, em face da crescente utilização da mão-de-obra infanto-juvenil e da mulher.

O corpo frágil e cansado desses pequenos trabalhadores tinha que se adaptar ao ritmo imposto pelas máquinas recém-desenvolvidas e cada vez mais velozes. A má-alimentação, aliada ao pequeno período para descanso e a completa ausência de proteção no campo da saúde e segurança do trabalho, era responsável por grande número de acidentes do trabalho, muito dos quais mutiladores ou fatais para as crianças, que não possuíam qualquer seguro, público ou privado, que lhes assegurasse a continuidade do pagamento durante os períodos de afastamento do trabalho.

2.2 Proteção internacional da criança e do adolescente nas relações de trabalho

Embora se notasse a presença de diversos movimentos sociais, filosóficos e religiosos contra o emprego do trabalho infantil, a proteção contra a exploração da mão-de-obra de crianças e adolescentes, inicialmente, teve objetivos econômicos, pois tinha por finalidade a diminuição do desemprego e a garantia de emprego ao trabalhador adulto. Foi assim com as primeiras leis inglesas acerca do trabalho infantil e com as leis americanas ditadas durante

o *New Deal*, programa de reconstrução da economia americana, implementado pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt na década de 1930.

Data de 1802, na Inglaterra, a primeira lei de proteção ao trabalho de menores – *Act for the preservation of Health and Moral of Apprentices employed in cotton and other mills* –, de Robert Peel, que proibia o trabalho dos menores por mais de dez horas diárias e o trabalho noturno. Em 1833, foi editado o *Lord Althorp Act*, pelo qual ficou estabelecida a distinção entre crianças (de 9 a 13 anos) e adolescentes (de 13 anos completos a 18 anos), além de impor a escolaridade obrigatória¹⁸. Em 1870, deu-se efetivamente um passo para o combate ao abuso do trabalho da criança e do adolescente, com a promulgação do Ato de Educação Elementar, que criava a obrigatoriedade de as crianças freqüentarem a escola¹⁹.

Posteriormente, França, Alemanha e diversos outros países editaram leis protetivas do trabalho do menor. A França, em 1841, proibiu o trabalho de menores de oito anos nas fábricas e manufaturas. A Alemanha, por meio da legislação de 1891, entre outras disposições, estabeleceu a proibição de crianças e adolescentes laborem antes das cinco horas e meia da manhã ou após as oito e meia da noite, bem como determinou a garantia de tempo suficiente para que os menores de 18 anos freqüentassem a escola²⁰. A Suíça, em 1874, inseriu no texto da sua Constituição medidas de proteção aos menores nas fábricas²¹. Na Itália, a Lei de 18 de fevereiro de 1886, foi a que primeiro regulamentou o trabalho de menores,

¹⁸ OLIVELI, apud MINHARRO, 2003, p. 19.

¹⁹ GRUNSPUN, 2000, p. 49.

²⁰ MORAES, 1998, p. 35.

²¹ GOMES; GOTTSCHALK, 1998, p. 420.

prescrevendo, entre outras disposições, a limitação de jornada a oito horas diárias aos maiores de 8 anos e menores de 12 anos²².

A Conferência de Berna de 1905, o Tratado de Versalhes e as Conferências da Organização Internacional do Trabalho deram o toque para a discussão e a aprovação de normas internacionais protetivas do trabalho da criança e do adolescente.

São vários os instrumentos normativos adotados pelos Países-Membros da Organização Internacional do Trabalho em relação ao trabalho infantil, entre os quais destacam-se: Convenção sobre Idade Mínima (indústria), de 1919; Convenção sobre Idade Mínima (trabalho marítimo), de 1920; Convenção sobre a Idade Mínima (agricultura), de 1921; Convenção sobre a Idade Mínima (estivadores e foguistas), de 1921; Convenção sobre a Idade Mínima (emprego não-industrial), de 1932; Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (trabalho marítimo), de 1936; Convenção (revista) sobre Idade Mínima (indústria), de 1937; Convenção (revista) sobre Idade Mínima (pescadores), de 1959; Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (trabalho subterrâneo), de 1965.

Recentemente, foram adotadas pela Organização Internacional do Trabalho duas importantes Convenções na seara da proteção contra a mão-de-obra infante-juvenil. Trata-se da Convenção n. 138 sobre Idade Mínima para Admissão ao Emprego – aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 179/1999 – e da Convenção n. 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação – aprovada, em nosso país, por meio do Decreto Legislativo n. 178/1999.

A elaboração pela Organização das Nações Unidas da Convenção relativa aos Direitos da Criança, de 26.1.1990, demonstra a preocupação internacional em torno de todos os temas relativos à

²² MORAES, 1998, p. 36.

criança. É o primeiro instrumento jurídico internacional a discorrer sobre os principais aspectos relativos à vida das crianças: não-discriminação, interesse superior pela pessoa da criança, nome e nacionalidade, proteção da identidade, reagregamento da família, deslocamento e retornos não-ilícitos ao estrangeiro, direito de opinião, direito de liberdade de expressão, direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de associação, proteção da vida privada, direito de acesso a uma formação adequada, responsabilidade dos pais, proteção contra os maus-tratos, proteção da criança que foi privada do meio familiar, direitos da criança refugiada, proteção das crianças deficientes, direito à saúde e serviços médicos, previdência social, nível de vida, direito à educação, direitos das crianças componentes de minorias e populações autóctones, direito ao lazer, direito ao trabalho, proteção contra o consumo e o tráfico de drogas, proteção contra a exploração sexual, proteção em casos de conflitos armados, readaptação e reinserção social de crianças vítimas de diversas formas de violência e tratamentos desumanos, direito a um julgamento justo.

Criou-se também uma Comissão dos Direitos da Criança, composta por dez especialistas escolhidos pelos Estados-Partes, com a finalidade de examinar os seus progressos no campo da proteção da criança, por meio de análise de relatórios periódicos enviados pelos Estados.

No campo específico do Direito do Trabalho, o artigo 32 da Convenção relativa aos Direitos da Criança determina que os Estados integrantes reconheçam o direito da criança à proteção contra a exploração econômica e a realização de trabalhos que comportem riscos, comprometam sua educação ou prejudiquem-lhe a saúde ou o desenvolvimento físico, espiritual, moral ou social. Aos Estados integrantes cabe adotar medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas para garantir a aplica-

ção das regras para esse fim, devendo considerar as disposições pertinentes dos outros organismos internacionais e: a) fixar uma idade mínima ou idades mínimas para admissão ao emprego; b) prever uma regulamentação adequada dos horários de trabalho e das condições de emprego e c) estipular penalidades ou outras sanções adequadas para garantir a aplicação efetiva dessas disposições.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, e, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991, prevê que os Estados-Partes devem

adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei (art. 10, item 3).

São quatro os principais fundamentos para a proteção do trabalho da criança e do adolescente: cultural, moral, fisiológico e de segurança. Cultural porque o “menor deve poder estudar, receber instrução”; moral, para preservação da sua integridade psicológica e da sua moralidade; fisiológico, pela proibição do trabalho em locais insalubres, perigosos, penosos, noturnos ou que afetem seu desenvolvimento psicossomático; de segurança, pela adoção de instrumentos de proteção da integridade do menor em face de acidentes do trabalho²³.

²³ MARTINS, 1996, p. 541.

3 O trabalho da criança e do adolescente no Brasil

No Brasil, a exploração da mão-de-obra infantil ocorre desde os primórdios da nossa história e tem-se perpetuado até os dias atuais. Há indicações históricas de que as naus portuguesas que chegaram ao Brasil possuíam número considerável de marinheiros mirins, meninos com idade entre nove e quinze anos que trabalhavam obrigados pelos próprios pais. Eram conhecidos como pequenos grumetes, ou seja, crianças marinheiras que iniciavam carreira na armada e realizavam os mesmos serviços que os adultos: limpavam o convés, faziam a faxina nos porões e a remenda de velas²⁴.

No período da escravidão, o sistema escravista brasileiro impedia a proteção ao trabalho das crianças e adolescentes. Estes continuavam trabalhando segundo as conveniências dos seus senhores, geralmente junto com seus pais, nas atividades rurais.

Com a abolição da escravatura, a indústria, ainda incipiente, iniciou um recrutamento de jovens trabalhadores, na condição de aprendizes, para as oficinas e fábricas, mas seu objetivo era dispor de mão-de-obra barata e de fácil manipulação²⁵.

A utilização industrial da mão-de-obra imigrante não fez diferença entre crianças e adultos, empregando-as indistintamente. A maior parte das crianças pobres e dos filhos dos imigrantes empregados na indústria não possuía certidão de nascimento para a comprovação de sua idade. Desse modo, não podiam beneficiar-se das primeiras leis que vinham em seu favor. As denúncias eram efetuadas pela imprensa, por meio das imagens dos jovens trabalhadores, obtidas junto às portas das fábricas²⁶.

²⁴ SENTO-SÉ, 2001, p. 62.

²⁵ Ibidem, p. 62.

²⁶ GRUNSPUN, 2000, p. 52.

Também na área rural, principalmente a partir da década de 1920, passou-se a utilizar a mão-de-obra infantil, em decorrência da grande demanda por esse fator de produção. Foram criados os “patronatos agrícolas”, colônias que albergavam crianças que perambulavam pelas ruas das cidades, com o objetivo de formação de mão-de-obra. O Decreto n. 16.272, em seu artigo 24, prescrevia: “[...] se o menor for abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou confiará à pessoa idônea, por todo o tempo necessário à sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de 21 anos”²⁷.

O Decreto n. 1.313, de 17.1.1890, constitui o primórdio da proteção do menor no Brasil. Estabelecia medidas gerais de proteção ao labor dos menores, porém, não chegou a ser regulamentado²⁸. O Decreto n. 16.300/1923 vedou o trabalho do menor de 18 anos por mais de 6 horas em um período de 24 horas.

A regulamentação do trabalho infantil ocorreu com a publicação do Código de Menores em 1927, que entrou em vigor em 1929. O Decreto n. 22.042, de 3 de novembro de 1932, estabeleceu uma série de condições de trabalho para os menores na indús-

²⁷ GRUNSPUN, 2000, p. 53.

²⁸ O Decreto n. 1.313, entre outras disposições: a) instituiu a obrigatoriedade de fiscalização permanente de todos os estabelecimentos fabris em que trabalhassem menores por um inspetor geral subordinado ao Ministério do Interior; b) proibiu a admissão no trabalho de menores de 12 anos, salvo a título de aprendizado nas fábricas de tecidos; c) limitou a jornada de trabalho a sete horas diárias não-consecutivas para os menores do sexo feminino de 12 a 15 anos e os do sexo masculino de 12 a 14 anos, de modo a não exceder de 4 horas o trabalho contínuo; d) para os menores do sexo masculino de 14 a 15, fixou a jornada de até 9 horas, nas mesmas condições; e) para os admitidos em aprendizado nas fábricas de tecidos, previu-se jornada de 3 horas para os de 8 a 10 anos de idade e de 4 horas para os de 10 a 12 anos, com interrupção de meia hora e uma hora respectivamente; f) consignou disposições relativas à segurança e higiene do trabalho; g) relatou as atividades em que era proibido o trabalho de menores.

tria, como: a) idade mínima de 14 anos completos; b) exigência de diversos documentos para a admissão do menor, a saber: certidão de idade, autorização dos pais ou responsáveis, atestado médico de capacidade física e mental, prova de saber ler, escrever e contar; c) garantia do tempo de frequência à escola para os analfabetos; d) proibição de trabalho nas minas a menores de 16 anos²⁹.

A matéria alcançou o âmbito constitucional com a promulgação da Constituição de 1934, que proibiu o trabalho a menores de 14 anos, além de vedar o trabalho noturno a menores de 16 anos e o labor em indústrias insalubres a menores de 18 anos. A Carta de 1934 também proibiu a diferença de salários por motivo de idade. Desde então, a matéria passou a constar de todas as Constituições promulgadas, com as peculiaridades de cada época.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção à infância como um direito social (art. 6º, *caput*), assegurou uma série de garantias trabalhistas à criança e ao adolescente e concedeu-lhes os mesmos direitos do trabalhador adulto³⁰.

A proteção específica inicia-se com a idade para o trabalho; a Emenda Constitucional n. 20/1998, de 15.12.1998, porém, alterou a redação do inciso XXXIII do artigo 7º para proibir o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Proibiu-se a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX).

²⁹ VIANNA, 1997, p. 979.

³⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Em 1990, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que contém normas de tutela da criança e do adolescente em todos os setores da vida social. Obteve-se o arrimo do Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC) da Organização Internacional do Trabalho. O cerco protetivo formou-se com os programas do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) para consolidar uma estrutura global de proteção à criança e ao adolescente.

A Consolidação das Leis do Trabalho dedica todo o Capítulo IV do Título III (Das normas especiais de tutela do trabalho) à proteção do trabalho do menor; inicia-se no seu artigo 402 e dilata-se até o artigo 441.

Entre as várias disposições, destacam-se as seguintes garantias: proibição do trabalho de menores, considerados estes as pessoas com idade entre 14 e 18 anos, em horário noturno (das 22h às 5h), em atividades ou locais insalubres (cf. art. 189 da CLT), em locais ou atividades perigosas (cf. art. 193 da CLT), em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade (art. 405, inciso II), em serviços prejudiciais à sua saúde e ao seu desenvolvimento físico (art. 407), limitação da prorrogação da jornada de trabalho a hipóteses excepcionais, exigência ao empregador de propiciar ao menor jornada compatível com o acesso à educação (art. 427), regulamentação do contrato de aprendizagem (arts. 428 a 433), com as alterações incrementadas pela Lei n. 10.097, de 19.12.2000.

Além das normas específicas ao trabalho da criança e do adolescente, aplicam-se os demais preceitos referentes à legislação trabalhista, como recebimento de salários, pagamento de repouso semanal remunerado, gozo de férias, recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, inscrição como segurado obrigatório da Previdência Social.

Além dos dispositivos celetistas referentes à disciplina do trabalho do adolescente, a Lei n. 6.494, de 7.12.1977, disciplina o estágio de estudantes de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º grau e supletivo, cuja regulamentação deu-se por meio do Decreto n. 87.497, de 18.8.1982.

Na luta contra o trabalho e a exploração da mão-de-obra da criança e do adolescente, a legislação brasileira é completamente paradoxal. Se, por um lado, as normas de direito material em torno da matéria são consideradas avançadas e até mesmo modelo para outros ordenamentos jurídicos, por outro, no campo da eficácia, constitui uma das legislações menos observadas, sendo, não raramente, denunciados casos graves de exploração da mão-de-obra infantil, seguida de escravidão e abusos sexuais.

A realidade não é tão generosa com as crianças quanto a legislação. Em várias regiões do país, crianças e adolescentes abaixo da idade permitida para o trabalho são utilizadas em diversas atividades, geralmente aquelas grosseiras, cujo esforço humano sequer condiz com a condição física desses trabalhadores.

Como exemplos, podemos citar a utilização da mão-de-obra infante-juvenil nas seguintes atividades: olarias (RJ, AM, RO, PE, SE, SP), vendas de jornais nos cruzamentos de ruas e avenidas das grandes cidades (RJ, PI, RO, AC, PE, CE, RN, SP), cultura do sisal (BA, PB), fábricas de fogos de artifício (BA, SE), carvoarias (BA, GO), casas de farinha (PE, SE), cultura da cana-de-açúcar (PE, CE, SE, RJ, PR), colheitas de pimenta, arroz e cebola (Vale do São Francisco, PE), geseiras (PE), teares (PE), pedreiras (BA, GO, PI, ES, SC, CE, RN), cultura de caju (CE), salinas (CE), indústria da cerâmica (GO, CE, MA, SE, RN), bares e restaurantes (MA, SE), lavoura do fumo (AL, PR), usinas de açúcar e álcool (AL, ES), cultura da laranja (SE, SP), pesca e beneficiamento do camarão (SE), fruticultura (RN), cata do caranguejo (PI), setor madeireiro (MT, SC), comércio (MT, MS), pesca (SC, RJ),

oficinas mecânicas (RJ), cooperativas rurais fraudulentas (SP), guardas mirins (SP, MG), cultura da mandioca (PR), cultura do algodão, feijão e batata (PR), colheita da erva mate (SC), cultura do tomate (SP).

A exploração da mão-de-obra infantil é efetuada em todas as regiões do país, entre as quais citamos acima apenas alguns exemplos. As condições de trabalho e a garantia dos direitos trabalhistas desses trabalhadores em nada diferem das dos menores que laboravam à época da Revolução Industrial: trabalham em condições subumanas de higiene e saúde, estando sujeitas aos mais diversos tipos de lesões, mutilações, doenças endêmicas e acidentes fatais; executam tarefas extenuantes e por longas jornadas; recebem salário muito inferior ao mínimo legal; ficam sujeitas às mais diversas intempéries (frio, calor, chuva, radiações solares), sem equipamentos ou vestuário compatíveis com a situação³¹.

Todas essas situações ofendem direta e literalmente as disposições do artigo 32 da Convenção relativa aos Direitos da Criança, que prescreve:

Os Estados integrantes reconhecem o direito da criança de ser protegida contra a exploração econômica e de não ser forçada a fazer nenhum trabalho que comporte riscos ou suscetível de comprometer sua educação ou de prejudicar-lhe a saúde ou o desenvolvimento físico, espiritual, moral ou social (item 1).

A situação agrava-se à medida que a imaturidade dos menores e a sua completa ausência de organização coletiva propiciam

³¹ Como observa Haim Grunspun, “grande número de crianças que trabalham sofre acidentes no trabalho, ou adquire doenças que as impedirão de trabalhar permanentemente. Entre 5% e 20% das crianças nos diferentes países sofrem acidentes de trabalho atual: ferimentos, fraturas, mutilações de partes do corpo, queimaduras, doenças de pele, perdas de visão ou audição, doenças respiratórias, doenças gastrointestinais, febres, dores de cabeça, dores nas costas e nos membros. Tudo

que exploradores utilizem seu trabalho em condições análogas às de escravo.

Como expõe Sento-Sé,

é realmente verdade que a natural docilidade da criança faz com que ela não se manifeste contra a exploração imposta pelo patrão. Ela não se organiza em sindicatos, não costuma pleitear em juízo, submete-se aos maiores abusos que lhe são impostos pelo patrão sem reclamar, tem um custo de manutenção mais barato – muitas vezes, nem recebe salário. Além disso, dispõe de uma estrutura física que, na visão de certos patrões, pode ser rotulada como mais adequada à realização de certas atividades rurais, como é o caso de colheita de tomates e de frutas cítricas, da quebra de pedras nas pedreiras, da produção de carvão vegetal etc.³².

A cultura escravagista decorrente do regime de escravidão que perdurou no Brasil por mais de três séculos e meio surte efeitos até os dias atuais, não perdendo sequer crianças e adolescentes.

Além disso, dissipou-se o entendimento pela aceitação do trabalho do menor como solução para a pobreza dele e da sua família ou como forma de afastá-lo das drogas ou de práticas criminosas. Com base nesses pensamentos, muitos pais são coniventes com o trabalho de seus filhos menores, ainda que sob grande exploração, considerando este como o único e melhor futuro que possam lhes dar, futuro que, via de regra, também foi a única perspectiva que tiveram algum dia.

Aliás, influenciado por setores que acreditavam que o trabalho infantil era um bem em si mesmo, o governo brasileiro, na década

resultante ou das tarefas ou do calor, do frio, da circulação do ar do ambiente. A grande maioria dessas crianças precisa ser hospitalizada para tratamento, faltar no trabalho sem ganhar ou parar de trabalhar” (GRUNSPUN, 2000, p. 20).

³² SENTO-SÉ, 2001, p. 71.

de 1980, criou, pelo Decreto-Lei n. 2.318/1986, regulamentado pelo Decreto n. 94.338/1987, o Programa do Bom Menino, pelo qual se possibilitava apenas e tão-somente o trabalho do adolescente, sem quaisquer direitos trabalhistas e previdenciários, salvo a remuneração correspondente a meio salário mínimo³³.

O Programa do Bom Menino foi alvo de resistência e críticas por parte dos setores da sociedade ligados à proteção da criança e do adolescente (juristas, ONGs, educadores, jornalistas e empresários) que o consideraram um retrocesso na legislação brasileira referente ao trabalho da criança e do adolescente. Essa resistência proporcionou a concepção, na Constituição Federal e no ECA, da criança e do adolescente como cidadãos, como sujeitos de direitos exigíveis e em condições peculiares de desenvolvimento³⁴.

Por isso, acertada a conclusão de Erotilde R. S. Minharro, quando assinala que a Constituição Federal de 1988, ao proibir todo e qualquer trabalho ao menor de 16 anos, forneceu somente dois caminhos para a contratação de adolescentes: como empregado, a partir dos 16 anos, ou como aprendiz, a partir dos 14 anos³⁵. Equivale a dizer que, no atual estágio da legislação brasileira, o adolescente foi equiparado a qualquer trabalhador, com

³³ Como elucidou Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro a respeito do Programa do Bom Menino: “Não se tratava, portanto, de trabalho educativo (no sentido atual do termo, artigo 68 do ECA), pois não tinha por objetivo ensino metódico, teórico e prático de um ofício. A entidade de assistência social encaminhava a criança ou adolescente à empresa e esta se utilizava de sua força de trabalho, sem nenhum encargo laboral ou securitário, limitando-se a anotar o pagamento da bolsa iniciação na Carteira de Trabalho e Previdência Social do menor (sem que isso gerasse vínculo empregatício) e a fazer-lhe um seguro contra acidentes pessoais. Procurava-se resolver o problema imediato do jovem carente (retirá-lo das ruas) sem nenhuma preocupação em formar o cidadão, nem prepará-lo para o exercício de uma atividade mais rentosa. Outro agravante era o fato de o Decreto-Lei n. 2.316/86 não prever nenhuma penalidade aos que infringissem suas disposições” (MINHARRO, 2003, p. 87).

³⁴ COSTA, 1994, p. 48-49.

³⁵ MINHARRO, 2003, p. 87.

direitos trabalhistas e previdenciários, ressalvadas as condições normativas especiais.

4 O trabalho da criança e dos adolescentes nos planos econômico e cultural

A complexidade social do trabalho infantil no Brasil faz notar que a acentuada legislação de proteção à criança e ao adolescente não se mostra eficaz para a erradicação do trabalho infantil e a regularização do trabalho do adolescente, pois, além do fator jurídico, dois outros elementos contribuem para a perpetuação da situação: um de natureza econômico-social e outro de natureza cultural.

No campo econômico-social, observa-se que a exploração do trabalho infantil não abarca as crianças das classes mais altas da sociedade, mas incide sobre as crianças das camadas mais pobres da população, fruto da má distribuição de riqueza do país e, da conseqüente, concentração de renda, que inviabiliza a promoção social e a libertação dessas pessoas do ciclo de pobreza ao qual elas e suas gerações, ascendente e descendente, estão condenadas. Nesse âmbito, são cruciais os programas de promoção social, como o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), o Bolsa-Escola, o Bolsa-Família e a atuação de diversas entidades, como a Fundação Abrinq pelos Direitos das Crianças.

No âmbito cultural, há a luta contra a perpetuação do pensamento segundo o qual o trabalho para a criança, ainda que em tenra idade, é um bem em si mesmo. Essa reformulação das concepções culturais a respeito do trabalho da criança e do adolescente deve abranger a própria criança, seus pais e familiares, as organizações sociais públicas e privadas e os próprios empregadores.

Esse último grupo envolve a categoria de empregadores domésticos, que empregam aproximadamente 22% da totalidade

das crianças que trabalham no país – entre elas, cerca de 400 mil meninas entre 10 e 16 anos – provenientes de famílias pobres, com renda inferior a meio salário mínimo. Geralmente, são contratadas sem registro, sem acesso à escola e, na maioria das vezes, sujeitas aos assédios dos seus patrões.

5 Conclusões

Incrustada em uma cultura antiga e rígida, a eliminação da adoção e da exploração do trabalho da criança e do adolescente exige uma ampla ação por parte de todos os setores da sociedade, para tornar eficazes os direitos a eles conferidos. Deve-se partir para adoção de métodos que tornem eficazes esses direitos, como constantes fiscalizações, apuração de denúncias, utilização de instrumentos jurídico-processuais postos à disposição para a sua tutela, movimentação social, universalização da educação e desenvolvimento de atividades profissionalizantes etc.

A luta contra a exploração do trabalho infantil não se limita mais ao mero reconhecimento de direitos e à criação de leis materiais e de institutos processuais, mas depende cada vez mais de uma ampla rede de fiscalização e de utilização dos instrumentos já postos à disposição para a proteção desses direitos. Além do interesse imediato das crianças, a abolição do trabalho infantil constitui um interesse difuso de toda a sociedade e, outrossim, de toda a humanidade, como demonstra a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20.11.1989.

Inserir a criança e o adolescente no mercado de trabalho não significa permitir acesso a qualquer emprego, com base na máxima “melhor trabalhando do que na rua”, uma vez que essa filosofia visa somente ao presente da criança e não lhe garante um futuro promissor. Deve ser-lhes assegurado um emprego profissionalizante, a

partir da idade mínima prevista em lei, com práticas educativas que lhes possibilitem a perspectiva de um futuro.

A luta contra o trabalho infantil, com a garantia de um trabalho dignamente humano para o adolescente, por meio da exigência do cumprimento da complexa legislação que temos nesse setor, deve ser travada por toda a sociedade, como forma de verdadeiramente concretizar a igualdade de oportunidades, uma vez que o trabalho infantil perpetua a pobreza e torna praticamente hereditária a sua manifestação.

E como conclui Oris de Oliveira,

o trabalho é dever, mas ele só passa a sê-lo a partir do momento em que o homem atinge o seu pleno desenvolvimento físico e psíquico. Portanto, antes de se tornar adulto, não há obrigação de trabalhar e a sociedade deve dar a todos, e não unicamente aos “eupátridas” ou “bem nascidos”, a possibilidade de um harmônico desenvolvimento físico e psíquico e de preparar-se para um futuro trabalho, qualificando-o para exercê-lo dignamente. Qualquer sociedade que, concretamente, não dá a todos essa efetiva oportunidade de exercer, no futuro, o dever de trabalhar, além de ferir continuamente a justiça social, não tem autoridade moral de exigir que os adolescentes pobres comecem a trabalhar antes do tempo, exigindo deles um dever que não cobra de todos³⁶.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁶ OLIVEIRA, 1994, p. 20.

- COSTA, Antonio Gomes. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o trabalho infantil*. São Paulo: LTr, 1994.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRUNSPUN, Haim. *Trabalho das crianças e adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.

VIANNA, Segadas et al. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

Os efeitos processuais da audiência pública

Antonio Cabral *

Sumário: 1 Introdução. Base normativa, objetivos e funções da audiência pública. 2 A audiência pública e a função do contraditório de influenciar a formação da vontade estatal. 3 Imposição de um ônus argumentativo (*Argumentationslast*) em favor da conclusão da audiência. 4 A função de acerto fático. O efeito probatório da audiência e o desestímulo à litigância judicial. 5 Conclusão.

1 **Introdução. Base normativa, objetivos e funções da audiência pública**

A transposição do modelo tradicional da democracia representativa para o paradigma da democracia participativa e deliberativa impôs ao direito público a criação e o desenvolvimento de instrumentos que permitissem incrementar a participação do indivíduo nos processos de tomada de decisão estatal.

Com efeito, na República, a gestão da coisa pública está associada à democracia deliberativa, entendida como uma ordenação política na qual os indivíduos/cidadãos envolvem-se, por meio da discussão pública, na resolução coletiva dos problemas comuns, aceitando como legítimas as instituições estatais, quando estas contribuem para a formação de um contexto de deliberação livre e

* Antonio Cabral é Procurador da República, professor de Direito Processual Civil da UFRJ e ex-juiz federal.

pluralista. O ordenamento deve, então, criar mecanismos para permitir a formulação de “*inputs* políticos”¹ para a inserção do indivíduo nesses círculos de debate.

Na esfera do Poder Legislativo, identificamos o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular das leis como alguns desses mecanismos. No Judiciário, aponta a doutrina o exercício da ação popular constitucional e das ações coletivas em geral como vetor participativo de inserção cidadã e altruísta nas demandas que pretendem a proteção de bens caros a uma coletividade indeterminada².

E, nesse sentido, o instituto da audiência pública, além de já positivado em inúmeras leis³, vem ganhando projeção no cenário jurídico e político nacional como mecanismo de participação no processo decisório, precipuamente nas decisões da Administração Pública⁴, embora também seja previsto no curso do processo legislativo (CR/1988, art. 58, § 2º, II).

De fato, é no campo das decisões administrativas que a audiência pública tem mais importância. O Poder Executivo, destinado a atuar a lei de ofício atendendo a interesses públicos, está diante de uma enorme quantidade de casos concretos em que deve agir visando à satisfação das necessidades coletivas. Por seus agentes públi-

¹ SUNSTEIN, 1988, p. 1541-1542; CANOTILHO, 2003, p. 224-225 e 301.

² Mendes (2002, p. 32) ressalta o papel político das demandas coletivas em provocar o Estado-juiz a pronunciar-se sobre questões de grande relevância na sociedade. Cf. ainda DINAMARCO, 2001, p. 173.

³ São preexistentes do instituto da audiência: art. 39 da Lei n. 8.666/1993; arts. 19, III, e 42 da Lei n. 9.472/1996; art. 19 da Lei n. 9.478/1997; arts. 29, 31, 32 e 34 da Lei n. 9.784/1999; art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/1999; art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/1999; art. 9º, § 4º, da LC n. 101/2000; art. 40, § 4º, I, da Lei n. 10.257/2001; art. 68 da Lei n. 10.233/2001; destacamos ainda a Resolução n. 9/1987 do Conama, art. 2º.

⁴ A importância da participação nas decisões administrativas e do papel da audiência pública neste desiderato é salientada por grande parte da doutrina. Nesse sentido, FIGUEIREDO, 2002, p. 238; MACHADO, 2003, p. 83-84 e 165-166.

cos, toma decisões relevantes cotidianamente, sendo de fundamental importância o debate público sobre muitos desses temas e desafios, permitindo transparência⁵ ao processo decisório e conferindo legitimidade à ação administrativa.

Sem embargo, no Estado Democrático de Direito, não basta a observância da legalidade. Deve haver constante e diário retorno à vontade popular, permitindo-se, com diversos mecanismos de consulta pública, que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a atividade de seus representantes. A busca pela legitimidade das decisões estatais perpassa então pela noção de democracia deliberativa, exercida por meio do debate público entre os diversos setores sociais envolvidos.

Impende haver uma preocupação maior em agregar o indivíduo ao debate coletivo, principalmente diante das peculiaridades da vida moderna, que muitas vezes contribuem para a anomia política e o afastamento do indivíduo da esfera pública⁶, gerando o enfraquecimento do potencial reivindicatório da sociedade civil. A democracia exige aproximação recíproca e contínua entre Estado e sociedade, que devem unir esforços em prol do bem comum e não ser compreendidos como entes antagônicos ou cujas iniciativas devam excluir-se mutuamente. Como afirma Friedrich Müller⁷, “a democracia é a forma estatal da inclusão”, destacando-se ainda o papel conscientizador da participação, que faz o indivíduo deixar

⁵ Além de destacar a participação como função da audiência pública, alguns autores dão especial relevo também à transparência no procedimento decisório. Assim, RODRIGUES, 2002, p. 95; SOARES, 2002, p. 261.

⁶ MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. *Revista Jurídica*, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>, p. 2. Acesso em: 24 maio 2006.

⁷ *Ibidem*, p. 8.

de lado uma postura passiva, passando a compartilhar responsabilidades na gestão dos interesses coletivos⁸.

Por conseguinte, a audiência pública contribui para a conscientização dos problemas da comunidade pelo indivíduo e ainda cumpre papel legitimante da ação administrativa, quando realiza o ideal rousseauiano de fazer convergir a vontade administrativa com a vontade geral da comunidade⁹.

Nesse cenário, no curso de um procedimento administrativo, podem as autoridades competentes deparar-se com questões de dificuldade ímpar, em que devem optar por estratégias de agir e gerenciar demandas sociais variadas com recursos financeiros limitados. Nesse mister, é também função da audiência pública identificar as necessidades coletivas e as prioridades de atuação administrativa, de forma que os recursos sejam aplicados racionalmente e de acordo com as expectativas da sociedade¹⁰.

Surge a importância da existência de processo decisório, procedimento discursivo que permita a discussão pública e a formação de opinião. Alguns autores chegam a mencionar a moderna concepção de “processualidade administrativa”¹¹.

2 A audiência pública e a função do contraditório de influenciar a formação da vontade estatal

A audiência pública é uma reunião aberta em que a autoridade responsável colhe da comunidade envolvida suas impres-

⁸ MICHELMAN, 1988, p. 1504-1505; MACHADO, 2003, p. 79.

⁹ Também a função de legitimação da tomada de decisão administrativa é ressaltada na doutrina. Cf. MOREIRA NETO, 2003, p. 136; FIGUEIREDO, 2002, p. 249.

¹⁰ MACHADO, 2003, p. 84; SOARES, 2002, p. 273.

¹¹ GRINOVER, 1991, p. 10-11; MOREIRA NETO, 2001, p. 201.

sões e demandas a respeito de um tema que será objeto de decisão administrativa. Cabe frisar que não só o consenso é objetivado na audiência pública, tendo também o dissenso preciosa valia. Isso porque os institutos de consulta pública se inserem na abertura do cânone interpretativo do princípio do contraditório¹² como direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo, sendo esse o primeiro grande efeito processual da audiência que procuraremos aqui ressaltar.

Como já tivemos oportunidade de salientar em outra ocasião¹³, conceber as manifestações sociais em processos deliberativos, como o direito de condicionar a tomada de decisões estatais vinculativas, é uma imagem republicana de uma sociedade policêntrica¹⁴, em que os pólos decisórios não representam nichos de concentração de poder, mas o equilíbrio entre os pontos de vista existentes no corpo comunitário, o balanceamento centrífugo das forças sociais, ainda que divergentes.

Contraditório, na atualidade, representa o direito de influenciar, condicionar as decisões do Estado a partir do direito de expressão aberto e pluralista. E o princípio, na sua decomposição contemporânea, pressupõe: 1) informação prévia (*Recht auf Benachrichtigung*); 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*); e 3) o direito de ver seus argumentos levados em consideração (*Recht auf Berücksichtigung*), correlato ao dever de atenção imposto à autoridade responsável pela decisão¹⁵.

¹² BALLON, 1988, p. 413. O autor situa o debate sobre os interesses de terceiros no direito processual em torno da cláusula do contraditório (*Anspruch auf rechtliches Gehör*).

¹³ CABRAL, 2005, p. 449-464.

¹⁴ BOBBIO, 1995, p. 10-11.

¹⁵ CABRAL, 2005, p. 451-457.

Nesse sentido, algumas observações operacionais fazem-se necessárias na prática do instituto. Na audiência, objetiva-se o amplo intercâmbio de informações. De um lado, deve a autoridade decisória expor seu entendimento formado até então e as possibilidades de ação administrativa. De outra parte, comunidade, associações, universidades, órgãos públicos técnicos, empresários, comerciantes, investigados e potenciais infratores expõem suas posições e idéias a respeito do objeto da discussão e procuram condicionar a decisão administrativa às possibilidades existentes.

Há “duplo papel informativo” na audiência, sendo construída uma via de interação em que Administração e sociedade fornecem informações reciprocamente¹⁶. Aqui não cabe lugar para um monólogo, não sendo possível que a autoridade administrativa chegue à audiência com uma decisão já tomada, o que seria contrário à própria concepção do contraditório como direito de influenciar o processo decisório¹⁷.

Impõe-se, portanto, ampla publicidade prévia à realização da audiência para que seja permitida a maior participação possível e para que todos compareçam cientes do tema objeto do debate e preparados, a partir de uma pré-compreensão e reflexão detida, para prestar sua contribuição à discussão. Não pode haver comu-

¹⁶ OLIVEIRA, 1997, p. 162; MOREIRA NETO, 2001, p. 207; MACHADO, 2003, p. 242.

¹⁷ FIGUEIREDO, 2002, p. 241. Esta foi a conclusão do VI Encontro Nacional da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: “As Audiências Públicas podem ser realizadas em Inquérito Civil Público e Procedimento Administrativo, com o objetivo de informar à sociedade e esclarecer aspectos técnicos relativos ao tema, além de colher a participação popular sobre aquele tema específico, visando atender ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito”. O texto integral das conclusões encontra-se no “Roteiro para padronização dos instrumentos de atuação da 5ª CCR” (em GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU; PFDC, 2006, p. 159-168. Disponível também em: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao/Tutela%20Coletiva_atual.pdf>. Acesso em: 17 out. 2007).

nicação irregular ou insuficiente à coletividade, sendo certo que uma antecedência minimamente razoável deve ser exigida em respeito ao direito de informação. A matéria chega constantemente aos tribunais, como em recente caso na Justiça Federal paranaense, em que foi proferida decisão que exigia a comunicação da realização de audiência pública em, no mínimo, 45 dias, como previsto pela normativa ambiental, suspendendo os efeitos de um procedimento de criação de unidade de conservação em desrespeito ao regramento regulamentar do Conama (Resolução n. 9/1987, art. 2º, § 1º)¹⁸.

Após a audiência, é de bom alvitre haver a publicação das conclusões que a autoridade administrativa extraiu dos trabalhos, atendendo-se, portanto, ao dever de atenção, corolário do princípio do contraditório. Assim determina, por exemplo, o art. 34 da Lei n. 9.784/1999.

Cabe destacar que as audiências públicas presididas pelo Ministério Público no curso de procedimentos administrativos devem seguir essa linha, porque também a atuação dos membros do Ministério Público é alvo do contraditório. Como agentes políticos, as decisões e opções de ação administrativa dos Procuradores da República e Promotores de Justiça de celebrar termo de ajustamento de conduta, de propor ação civil pública, de arquivar procedimento investigatório decorrem da atribuição ministerial – típica atividade administrativa –, e devem ser condicionadas pelo debate¹⁹. Como sua atuação está, na maioria dos casos, indelevelmente ligada à presença de interesse público, torna-se de essencial importância o instrumento da audiência

¹⁸ Fazemos aqui, publicamente, o elogio à brilhante decisão prolatada pelo colega Augusto Cesar Pansini Gonçalves, nos autos do Processo n. 2005.70.09.002594-5, da 2ª Vara Federal de Ponta Grossa, Paraná.

¹⁹ Nesse sentido, o valioso trabalho de Alexandre Amaral Gavronski (GAVRONSKI, 2006, p. 90).

pública, que contribui para a aferição das necessidades da comunidade e que legitima a atuação do Ministério Público²⁰.

Por fim, cabe salientar que, sendo exigida pela lei a realização da audiência pública, como requisito para a decisão ou como fase do procedimento, ela deverá ocorrer sob pena de viciar o procedimento. Assim, se houver previsão desse requisito legal e a audiência for obrigatória, não sendo verificada sua realização, impõe-se a invalidade da decisão tomada.

Respeitada, contudo, a previsão legal e realizada a audiência, a decisão administrativa que contrarie o resultado dos debates não é inválida. Não obstante a função de condicionar as decisões administrativas no processo decisório, a audiência pública não é vinculada à autoridade administrativa. A discussão e as conclusões dela extraídas, ainda que condicionantes, não vinculam o órgão decisório²¹.

3 Imposição de um ônus argumentativo (*Argumentationslast*) em favor da conclusão da audiência

Como visto, da audiência pública colhe a autoridade administrativa as impressões e a opinião da comunidade, de forma a iluminar o processo decisório. Entre a variedade de questões que deve enfrentar o administrador, freqüentemente, vê-se o órgão decisó-

²⁰ SOARES, 2002, p. 273-274. É de destacar que cabe ao membro do MPF decidir se é devida ou não a realização da audiência pública. A LC n. 75/1993 foi omissa a respeito desse instrumento de atuação, ao contrário da Lei n. 8.625/1993 (art. 27, IV, parágrafo único), que rege o Ministério Público dos Estados, previdente da audiência pública.

²¹ Assim a maioria da doutrina. Por todos, cf. MOREIRA NETO, 2003, p. 144; FIGUEIREDO, 2002, p. 238-239, fazendo referência, em especial, à Lei de Licitações; SOARES, 2002, p. 261; OLIVEIRA, 1997, p. 163.

rio na tarefa de concretizar certos comandos legais que contenham os chamados conceitos (ou noções) jurídicos indeterminados²².

Muitas vezes, a linguagem utilizada nos textos legais não traz a definição especificada de cada palavra ou expressão usada pelo legislador. É certo que alguns vocábulos têm fácil compreensão, como “animal” ou “preço”, comuns na linguagem corrente. Mas há palavras de sentido impreciso, sendo impossível que a lei detalhe suas múltiplas acepções em cada caso concreto, deferindo-se ao agente administrativo aplicador da lei a definição casuística de seu conteúdo e alcance²³.

Entre os chamados conceitos jurídicos indeterminados, importa, sobretudo para o presente estudo, o *interesse público*, força motriz da atividade da Administração Pública e indicativo necessário para que muitas medidas judiciais sejam manejadas, inclusive pelo Ministério Público.

A dificuldade de identificar a presença do interesse público, bem como de delinear seu real significado reveste de indiscutível relevância o instituto da audiência pública. Isso porque dos debates e depoimentos colhidos na audiência pode ficar cristalina a existência de interesse público em relação a determinada ação administrativa. Além de estampar as necessidades coletivas e prestar para a legitimação dos atos administrativos, em muitos casos, o resultado da audiência representa ainda uma declaração popular de que há interesse coletivo a influenciar a tomada de decisão administrativa²⁴.

²² Alguns autores não admitem a nomenclatura, sob a alegação de que o conceito (*Begriff*) é por definição determinado, senão não pode ser considerado conceito. Adotamos a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” (*unbestimmte Rechts begriffe*) em virtude de sua corrente utilização na linguagem jurídica, ressaltando, contudo, a divergência.

²³ BARBOSA MOREIRA, 1988b, p. 64; MAURER, 2001, p. 54.

²⁴ Oliveira (1997, p. 156-157) afirma que a audiência serve para identificar o interesse público de forma concertada com a sociedade.

Porém, já foi salientado anteriormente que a audiência pública, apesar de condicionante, não vincula a decisão do órgão administrativo. No entanto, o resultado dos debates e da consulta não é despido de qualquer função. Posto que não vinculante, o resultado da audiência atua como vetor interpretativo e concretizador do interesse público.

Assim, surge outro importante efeito da audiência pública, aquele de impor *ônus argumentativo* (*Argumentationslast*)²⁵, caso desejem os órgãos administrativos e judiciais afastar-se da conclusão popular. Isso ocorre porque, às vezes, o ordenamento estabelece um primado apriorístico (*prima facie Vorrang*) de certos valores, interesses e direitos em detrimento de outros. Assim, quando observada essa “hierarquia” valorativa, para que o magistrado faça prevalecer o bem, valor ou direito que não aquele *prima facie* prevalente, deve haver “razões mais fortes” (*stärkere Gründe*) do que as que seriam necessárias para justificar a decisão em benefício do interesse privilegiado pela ordem jurídica²⁶.

No direito processual, observamos essa opção do legislador por meio de técnicas como a de fixar presunções legais e, modernamente, em especial no campo probatório, em mecanismos de incremento do dever de fundamentação em determinados casos, notoriamente quando a lei estabelece eficácia probatória *prima facie* a certos meios de prova²⁷. A prova *prima facie* ou prova pela

²⁵ Sobre o tema, nas relações entre interesse individual e interesse público, cf. ÁVILA, 1999, p. 109.

²⁶ A respeito desse tipo de prevalência e de seu efeito de gerar ônus argumentativo, cf. ALEXY, 1995, p. 260-261. O autor, ao dissertar sobre as tensões entre bens coletivos e direitos individuais, afirma que, em regra, os bens coletivos cedem em favor dos direitos individuais, mas não em todos os casos.

²⁷ Para um panorama geral da discussão moderna sobre o ônus da prova no direito alemão, cf. GRUNSKY, 1986, p. 9 e seguintes.

aparência (*Ansheinsbeweis*), técnica utilizada na Alemanha, onde ganhou acolhida pela jurisprudência, é trabalho legislativo que se destina a reunir na mesma *fattispecie* situações semelhantes com base na experiência do que normalmente acontece. A parte em cujo favor se apresenta o modelo legal privilegiado pela lei não precisa apresentar prova “plena”, mas deve somente demonstrar a configuração da *fattispecie* típica e, com isso, a “aparência” de uma tal situação jurídica²⁸. O juiz vê “abaixado” o grau de força probatória exigido normalmente, podendo lançar mão de fundamentação menos intensa como razão de decidir²⁹.

No que tange ao ônus argumentativo, gera a audiência pública presunção em favor de sua conclusão, fazendo alguns setores doutrinários aludirem, talvez não com total precisão técnica, a uma espécie de “inversão do ônus da prova” para o administrador³⁰. Vale dizer, fixado o interesse público em certo sentido a partir do

²⁸ Essa é a conclusão, quase literal, que colhemos do substancial trabalho de Patti (1986, p. 62-63).

²⁹ PATTI, 1986, p. 64-65. Isso ocorre, p. ex., na disciplina tedesca da assinatura na forma eletrônica, estabelecida em lei especial (*Signaturgesetz*) e no próprio BGB (art. 126a). A ordenança processual alemã (*Zivilprozessordnung* ou ZPO) foi alterada, em 13.7.2001, acrescentando-se-lhe o § 292a, que dispõe que as declarações de vontade emitidas na forma eletrônica, de acordo com o § 126a do BGB, geram “aparência” de autenticidade, que só pode ser afastada pelo juiz por fatos que tragam sérias dúvidas sobre se a declaração corresponde à vontade do proprietário da chave criptográfica que criou a mensagem. A respeito do tema, permitimo-nos citar trabalho de nossa autoria: CABRAL, 2006. Diz textualmente o dispositivo da *Zivilprozessordnung*: “§ 292a Anscheinsbeweis bei qualifizierter elektronischer Signatur — Der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form (§ 126a des Bürgerlichen Gesetzbuches) vorliegenden Willenserklärung, der sich auf Grund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist”.

³⁰ FIGUEIREDO, 2002, p. 239. Veja-se que, p.ex., o mecanismo do *Ansheinsbeweis* não representa tecnicamente uma inversão do ônus, embora na prática tenha efeitos de algum modo parecidos. Assim, PATTI, 1986, p. 65.

resultado da audiência, se a autoridade administrativa optar por decidir de maneira contrária, terá que empreender um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo, em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes.

Do mesmo modo, ajuizada medida judicial que tenha como pressuposto o interesse público fixado na audiência, ou quando ele for parte da causa de pedir, convencendo-se o juiz no sentido do indeferimento do requerido, o resultado da audiência pública impõe ao magistrado esforço justificador acentuado para que, na fundamentação da decisão, possa erodir a legitimidade da linha argumentativa do requerente, fulcrada nas conclusões da audiência.

Não há aqui qualquer afronta à separação de poderes ou à independência da função judicante. No que tange ao ônus argumentativo imposto ao juiz, tal obrigação funda-se na legitimidade da decisão administrativa se comparada com a legitimidade do próprio juiz. O magistrado, exercente de parcela do poder estatal, não é eleito, e, embora haja razões democráticas para a ausência de legitimidade popular prévia para a investidura do juiz, o fato é que os membros do Poder Judiciário não iniciam o exercício de suas funções após processo de legitimação popular³¹. Ao contrário dos membros do Poder Legislativo e dos chefes do Executivo, sua legitimação ocorre após a investidura, pelo efetivo exercício da jurisdição e pelo controle público e/ou recursal de suas decisões, sendo esse aspecto legitimante uma das funções da cláusula que obriga a motivação das decisões judiciais (CR/1988, art. 93, IX)³². No mesmo sentido, a racionalização dos fundamentos de decidir é uma baliza para diminuir as possibilidades de a decisão

³¹ Segundo Friedrich Müller (2005, p. 1), não faz sentido entender os juízes e membros do Ministério Público como “representantes” do povo, porque não são eleitos. Na esfera do Judiciário, “o ciclo de legitimação foi rompido, ainda que de forma democrática; mas ele foi rompido”.

³² CRUZ E TUCCI, 1987, p. 22-24.

ser impressa com o arbítrio e para controlar as opções valorativas do juiz, especialmente no que tange aos conceitos jurídicos indeterminados³³.

Por outro lado, no campo dos conceitos jurídicos indeterminados, como o interesse público, estamos diante de textos legais de alta densidade normativa e de interpretação necessariamente casuística, facultando a lei ao agente administrativo sua aplicação no caso concreto. O legislador deixa, na moldura normativa, um “espaço de livre apreciação” do conteúdo do conceito indeterminado. São espaços de avaliação (*Beurteilungsspielräume*) à Administração a respeito de certos conceitos de valor³⁴.

Nessas hipóteses, não pode o magistrado interferir na decisão administrativa de concreção desses conceitos. Como afirma Andreas Krell, “segundo essa linha, nos casos altamente duvidosos, a ‘prerrogativa de avaliação’ (*Einschätzungsprärogative*) cabe aos órgãos administrativos, não devendo haver uma revisão abrangente dos tribunais”³⁵. Almiro do Couto e Silva engrossa o coro a favor da reduzida sindicabilidade dessas questões ao dizer que, apesar de o Judiciário poder controlar a concretização de conceitos jurídicos indeterminados, como o interesse público, em casos complexos, “como a Administração Pública está mais perto dos problemas e, de regra, está mais bem aparelhada para resolvê-los, parece que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois,

³³ BARBOSA MOREIRA, 1988a, p. 86-88, de onde se lê que a fundamentação age para denunciar as “opções valorativas” do julgador ao delinear os contornos dos conceitos jurídicos indeterminados

³⁴ Sobre esse espaço de livre apreciação e as críticas ao alcance e efeitos dessa concepção, cf. BULLINGER, 1987, p. 10-11.

³⁵ KRELL, 2004, p. 35. Bullinger (1987, p. 15) afirma que há necessidade prática de que a administração tenha primazia na apreciação (*Beurteilungsvorrang*) por causa da existência na esfera administrativa de normas de concretização casuística.

excepcionalmente, o controle judicial ao ponto de modificar ou de substituir a decisão administrativa”³⁶.

Contudo, mesmo a doutrina que sustenta a impossibilidade de o Judiciário substituir a avaliação do agente administrativo pelo seu convencimento admite que é difícil identificar na lei uma “responsabilidade final” para decidir. No direito penal e no direito civil também existem conceitos indeterminados, que são preenchidos pelo Judiciário sem que ninguém alegue que tal avaliação não lhe cabe. O fato de estar o órgão administrativo mais próximo da aplicação da lei não é suficiente. Assim, pode-se pensar que não existe uma regra de que a Administração tenha sempre a melhor possibilidade de valorar e decidir ou que sempre a sua avaliação será mais acurada que aquela operada pelo juiz, devendo haver circunstâncias especiais que concorram para que, em certos casos, possa-se lhe atribuir o dito “espaço de apreciação”³⁷. A melhor capacidade de avaliação e concretização do conceito indeterminado só pode ser aferida, portanto, a partir da “análise da estrutura e do conteúdo do processo de decisão”. A “área de livre apreciação” dos conceitos jurídicos indeterminados aumenta – e diminui, portanto, a atuação do juiz – na exata proporção em que o procedimento administrativo decisório prevê a participação de todos os interessados³⁸. Eis a importância da audiência pública.

A restrição da atividade judicial nesses casos não se mostra, por outro lado, infringente à separação de poderes. Na verdade,

³⁶ COUTO E SILVA, 1991, p. 232.

³⁷ Neste sentido, mais restritivo, MAURER, 2001, p. 56-58.

³⁸ KRELL, 2004, p. 36. Em seguida, na página 42, afirma o autor: “o legislador se vê obrigado a substituir a programação material do conteúdo das decisões por uma programação *procedimental* do processo em que estas devem ser tomadas, envolvendo órgãos com representação da sociedade, audiências, etc., para criar decisões

se o poder estatal é uno e a separação diz respeito às *funções* exercidas, trata-se aqui de *enquadramento funcional* entre os diversos órgãos do Estado. Essa visão jurídico-funcional (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*) da separação de poderes como separação de funções da Administração e dos tribunais permite visualizar uma contensão funcional da judicatura diante de situações em que os agentes administrativos, mais próximos dos fatos que conduzem à concreção dos conceitos indeterminados, possuem melhores condições de praticar avaliação mais precisa; avaliação igualmente válida porque processualmente legítima³⁹. O juiz, para contrariá-la na decisão, tem na sua fundamentação uma força em sentido contrário (ônus, peso argumentativo), que deve vencer com um incremento das razões de decidir.

Nesse sentido, os estudos e debates para a confecção de um Código de Processo Civil Coletivo próprio para as demandas em que se controvertem direitos transindividuais apontam para a possibilidade de convocação de audiência pública pelo juiz, quando necessário verificar se um possível acordo versando sobre o direito coletivo atende ao interesse público⁴⁰. Louvável a proposta, que vem no sentido da função condicionante do princípio do contraditório (influência). A participação dos destinatários diretos e indiretos da decisão estatal deve ocorrer no curso do procedimento decisório, para influenciar a decisão, e não só depois de proferida, a fim de desconstituí-la ou a impugnar judicialmente⁴¹.

aceitáveis para os cidadãos, na medida em que asseguram a efetiva consideração e ponderação de todos os interesses envolvidos”.

³⁹ Nesse sentido, KRELL, 2004, p. 40-41; GRINOVER, 1991, p. 11-12, em que é ressaltada, na esfera administrativa, a importância do contraditório e do procedimento para a tomada de decisão.

⁴⁰ Nesse sentido, confira-se o projeto apresentado por GIDI, 2003, p. 192 e seguintes.

⁴¹ BALLON, 1988, p. 415.

4 A função de accertamento fático. O efeito probatório da audiência e o desestímulo à litigância judicial

Outra função da audiência pública é alimentar a instrução probatória, podendo prestar para a comprovação dos fatos alegados pelas partes⁴². A audiência geralmente precede qualquer medida judicial, porque é utilizada no processo administrativo, integrando, na maioria dos casos, o gênero dos procedimentos probatórios preparatórios.

No Brasil, assim como em muitos outros países, as medidas probatórias preparatórias tradicionalmente são baseadas em juízo de cautelaridade, o que deriva da origem histórica de institutos destinados à busca de produção antecipada de prova (*ad perpetuam rei memoriam*). Deve-se verificar a presença do *periculum in mora*, havendo necessidade de justificar a utilidade da prova no processo principal a ser ajuizado⁴³.

A tendência no direito comparado é, contudo, a de que os procedimentos probatórios *ante causam* sejam desvinculados do *periculum in mora* e tenham como objeto o accertamento fático. Assim, provados alguns fatos antes do processo, desde logo podem as partes, a partir da ciência do material probatório disponível ao adversário, saber quais fatos relevantes já estão provados e avaliar, estrategicamente, suas possibilidades de êxito numa demanda judicial futura. Logo, não há motivos para se falar em utilidade da prova para o processo futuro, já que tais procedimentos objetivam o desestímulo à litigância e o fomento à conciliação.

⁴² Na doutrina especializada, no Brasil, poucos atentam para essa função da audiência pública. Cf. SOARES, 2002, p. 264, em que é afirmado que “a audiência pública tem importância material porque é ela que dá sustentação fática à decisão adotada”.

⁴³ SANTOS, 2004, p. 366-367.

Nos EUA e na Inglaterra, os institutos da *discovery* e da *disclosure*, respectivamente, impõem às partes na litigância civil desvendamento das provas de que dispõem, revelando desde antes do *trial* seus “trunfos” e permitindo a comprovação fática pré-processual⁴⁴.

Há poucos anos, na Alemanha, o § 485 da ZPO foi alterado, no mesmo sentido, para incentivar o instrumento da colheita antecipada de prova como meio alternativo de solução de conflito⁴⁵. Anteriormente à alteração legislativa da ordenação processual tedesca, podia-se traçar o seguinte paralelo entre os dois modelos: nos EUA (como de resto nos ordenamentos do *common law*), a produção antecipada de prova (*pre trial discovery*) destinava-se a fixar fatos (o que até hoje ocorre), e, na Alemanha, assim como no Brasil, havia apenas procedimentos assecuratórios da produção antecipada de prova, como o *Beweissicherungsverfahren*, ligado ao *periculum in mora*, em que se exigem requisitos como a potencial perda ou inutilidade da prova a ser colhida (*Beweismittelgefährdung*)⁴⁶.

Depois da mudança legislativa, o novo § 485 da ZPO apresentou outra hipótese de procedimento probatório *ante causam* (II, § 485), sendo alterado até o nome do novo procedimento, denominado *selbständiges Beweisverfahren* (procedimento probatório independente ou autônomo), não mais havendo referência ao caráter cautelar em sua nomenclatura. A doutrina que já tratou do instituto confere-lhe eficácia probatória plena⁴⁷, sendo certo que as dis-

⁴⁴ Cf. na doutrina nacional, GODOY, 2005, p. 113.

⁴⁵ BESSO, 2004, p. 103. A parte final do § 485, II, em sua redação renovada, dispõe que há interesse no procedimento quando a parte visar evitar um litígio futuro: “Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann”.

⁴⁶ JAUERNIG, 2003, p. 217.

⁴⁷ BESSO, 2004, p. 106; JAUERNIG, 2003, p. 217.

posições legais da ZPO são aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo, por força do § 98 da *Verwaltungsgerichtsordnung*⁴⁸.

Na França, da mesma forma, assistiu-se à paulatina atenuação da função cautelar típica do *référé probatoire*, primeiramente com a criação jurisprudencial do *référé preventif* e finalmente com alteração legislativa no mesmo sentido. De fato, atualmente, o art. 145 do novo Código de Processo Civil, apesar de ter dicção de que ainda se vincula o procedimento probatório ao processo de conhecimento potencial, já dispõe ser possível o procedimento antes do processo judicial, não só para conservar a prova, como também para acertar fatos⁴⁹.

Também na Itália, há algum tempo, a doutrina vinha apontando tendência das propostas legislativas para a criação de um procedimento probatório prévio sem vinculação ao *periculum in mora*, que muitos autores afirmavam ser semelhante à *discovery* norte-americana. Segundo Edoardo Ricci, o tal procedimento não representaria mera colheita de informações, porque possuidor de amplo valor probatório⁵⁰. Esse movimento culminou, recentemente, com a edição da Lei n. 80/2005, que trouxe várias altera-

⁴⁸ § 98. Soweit dieses Gesetz nicht abweichende Vorschriften enthält, sind auf die Beweisaufnahme §§ 358 bis 444 und 450 bis 494 der Zivilprozeßordnung entsprechend anzuwenden.

⁴⁹ Diz o dispositivo: “Article 145. S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé”.

⁵⁰ RICCI, 2003, p. 222, onde se lê que o uso desse instrumento pode generalizar “la formazione al di fuori del processo di merito di tutte le risultanze istruttorie costituenti, che non provengano da dichiarazioni rese dalle parti, e la vecchia istruzione preventiva diviene, in realtà, un autonomo procedimento probatorio, mediante il quale la prova utilizzabile nel processo si forma al di fuori di questo e con la partecipazione di un giudice diverso da quello che dovrà decidere”.

ções à disciplina processual peninsular⁵¹. Especialmente em relação aos procedimentos probatórios *ante causam*, foi adicionado ao *Codice di Procedura Civile* o art. 696-bis, que prevê perícias pré-processuais com finalidade conciliatória e de accertamento, desvinculada do requisito da urgência, previsto no art. 696, 1^o *comma*⁵².

No entanto, a despeito dessa tendência mundial, existe muito debate acerca da validade da prova colhida fora do processo, verificando-se posicionamentos no sentido de que o contraditório deve ser observado não só na fase da produção da prova no processo, como também previamente, no momento de sua formação. O art. 111 da Constituição Italiana, em distinção entre a jurisdição civil e a criminal, dispõe que o Processo Penal é pautado pelo contraditório na *formação* da prova, o que poderia sinalizar no sentido de que, nessa fase, não seria necessária a aplicação do princípio no Processo Civil⁵³.

A controvérsia existe porque, segundo parte da doutrina, diante da atipicidade dos meios de prova (prevista no art. 332 do CPC brasileiro), as provas pré-constituídas, principalmente aquelas destinadas a servir como substituto de provas comumente produzidas em juízo (como perícias extrajudiciais), não passam por análise mais acurada do juiz no que tange à sua admissibilidade, não sendo possível valorá-las como razão de decidir sem saber se, também na sua formação, em etapa precedente à esfera judicial, o contraditório fora respeitado. Nesse sentido, Giuseppe Tarzia afirma que tais

⁵¹ Sobre as alterações em comento, bem como todas as demais referentes ao processo cautelar, cf. GHIRGA, 2005, p. 781 e ss. Veja-se o texto integral da lei em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/050801.htm>>. Acesso em: 28 out. 2005.

⁵² O que se percebe até mesmo pela rubrica do novo dispositivo: “Art. 696-bis (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) [...]”. Cf. GHIRGA, 2005, p. 822-826.

⁵³ *In verbis*: “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova [...]”.

provas não devem ser admitidas, não por serem atípicas, mas por não terem, se for o caso, respeitado o contraditório⁵⁴. De outro lado, Michele Taruffo pensa que os elementos de prova formados fora do processo não precisam respeitar o contraditório, devendo, contudo, haver influência das partes na valoração judicial que o juiz fará desses elementos⁵⁵.

Abstraindo-nos da questão do contraditório na formação da prova, pensamos que os mecanismos de consulta pública podem ter mais essa utilidade processual, contribuindo para a coleta de dados para a instrução probatória. No Brasil, além de destacar o efeito processual da audiência pública, no sentido de provar fatos relevantes antes do processo, alguns autores vêm salientando também esse seu aspecto preventivo, de evitar litígios, permitindo que conflitos de interesse terminem no próprio procedimento administrativo, até mesmo com a celebração de compromisso de ajustamento de conduta⁵⁶.

De acordo com as divergências doutrinárias observadas no que tange ao valor probatório da audiência pública, alguns detalhes são importantes na sua condução e realização, a fim de assegurar sua plena eficácia probatória. Como já salientamos, a possibilidade de manifestação deve ser assegurada da forma mais ampla possível, uma vez que sua restrição diminuiria a função legitimante e condicionante (influência) da consulta pública. Ademais, o contraditório deve ser franqueado também aos investigados ou a qualquer pessoa que possa ser destinatária direta de alguma medida restritiva, judicial ou administrativa, no futuro, evitando-se questionamento no campo das nulidades. Deve haver ainda registro dos debates na audiência (preferencialmente gravação em áudio e vídeo), sendo

⁵⁴ TARZIA, 1986, p. 125-128.

⁵⁵ A respeito do debate, a posição de Taruffo e indicações bibliográficas, cf. BESSO, 2004, p. 21-22.

⁵⁶ Destaca a função preventiva da audiência pública Geisa de Assis Rodrigues (RODRIGUES, 2002).

redigido extrato resumido das intervenções orais, de forma a permitir impugnações e a garantir fidelidade à prova colhida⁵⁷.

5 Conclusão

Muito tem ocupado a doutrina administrativista o instituto da audiência pública, que ressalta sua função legitimante da ação da Administração Pública, seu papel conscientizador e de fornecer transparência e participação ao processo decisório.

No entanto, a audiência pública tem efeitos que tocam também a disciplina do direito processual, dentre os quais procuramos destacar três: a) o efeito de atuar o princípio do contraditório no processo administrativo, na sua compreensão moderna como o direito de influenciar a formação da vontade estatal; b) o efeito de impor ônus argumentativo ao administrador e ao magistrado, caso queiram decidir contrariamente às conclusões derivadas do resultado da consulta pública; e c) a eficácia probatória da audiência pública, que pode, respeitados outros princípios processuais, ser de enorme valia no acerto de fatos que embasem a demanda judicial posteriormente instaurada ou mesmo que evitem a litigância, estimulando a composição amigável em sede administrativa.

De fato, outros efeitos e funções da audiência pública poderiam ser abordados nessas linhas. Aliás, mesmo os poucos efeitos aqui trabalhados poderiam ainda ter sua análise estendida. Contudo, cientes da impossibilidade de esgotar o tema em poucas páginas, procuramos ressaltar alguns aspectos da discussão e do estudo acerca desse tão relevante instituto, que podem contribuir para que a audiência pública ganhe importância processual e possa continuar desempenhando o nobilíssimo papel que lhe é destinado no Estado Democrático de Direito.

⁵⁷ GAVRONSKI, 2006, p. 92-94.

Referências

ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/dialogo-juridico-07-outubro-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 24 maio 2006.

BALLON, Oskar J. Drittinteressen im Zivilprozeß nach österreichischen Recht. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 101 Band, Heft 4, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. In: _____. *Temas de direito processual – 2ª série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988a.

_____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual – 2ª série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988b.

BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

BULLINGER, Martin. A discricionarietà da administração pública. Tradução Antonio Francisco de Souza. *Revista de Ciência Política*, v. 30, n. 2, abr./jun. 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 2, apr./giug. 2005.

- CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. *Revista de Processo*, ano 31, n. 135, maio 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo*, abr. 1991.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, out./dez. 2002.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU; PFDC, 2006. (Série “ESMPU Manuais de Atuação”, v. 1). Disponível também em: <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao/Tutela%20Coletiva.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2007.
- GHIRGA, Maria Francesca. Le nuove norme sui procedimenti cautelari. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 3, giul./set. 2005.
- GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para os países de direito escrito. *Revista de Processo*, v. 111, jul./set. 2003.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito processual civil nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, n. 127, set. 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 183, jan./mar. 1991.

GRUNSKY, Wolfgang. L'onere della prova nel diritto tedesco. Tradução Salvatore Patti. In: GLENDI, C.; PATTI, S.; PICOZZA, E. (Org.). *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*. Torino: G. Giappichelli, 1986.

JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. 28. ed. München: C. H. Beck, 2003.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, n. 23, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MICHELMAN, Frank. Law's Republic. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, jul. 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, jan./mar. 2003.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. *Revista Jurídica*, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>. Acesso em: 24 maio 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, jul./set. 1997.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: GLENDI, C.; PATTI, S.; PICOZZA, E. (Org.). *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*. Torino: G. Giappichelli, 1986.

RICCI, Edoardo. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale*, ano 58, genn./mar. 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, jul./set. 2002.

SUNSTEIN, Cass. Beyond the republican revival. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, jul. 1988.

TARZIA, Giuseppe. Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile. In: GLENDI, C.; PATTI, S.; PICOZZA, E. (Org.). *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*. Torino: G. Giappichelli, 1986.

Área circundante, zona de amortecimento e a Lei n. 9.882/2000

Fernando Aguiar *

Sumário: 1 Introdução. 2 Denominação – área circundante e zona de amortecimento. 3 Conflito aparente de normas. 4 Prazo para fixação da zona de amortecimento. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Direito Ambiental ainda é considerado uma novidade no mundo jurídico, como de fato o é. Até que as normas consolidem-se e a jurisprudência assente entendimentos mínimos a respeito dos temas mais importantes, ainda viveremos tempos de instabilidade, tanto do ponto de vista legislativo quanto do jurídico.

A respeito das zonas de amortecimento, é justamente isso que está acontecendo. Há aparente conflito normativo entre a lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), Lei n. 9.985/2000, arts. 2º, XVIII, e 25, e a Resolução Conama n. 13, de 6 de dezembro de 1990 (art. 2º).

Enquanto a Resolução n. 13 do Conama estabelece, de forma genérica, que todas as unidades de conservação devem possuir área circundante, fixando para tanto raio de 10km ao seu redor, a Lei n. 9.985/2000 reza que as zonas de amortecimento deverão ser

* Fernando Aguiar é Procurador da República no Estado do Amapá.

fixadas individualmente, o que pode ocorrer tanto no ato de criação da unidade de conservação quanto posteriormente.

Lei n. 9.885/2000:

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...]

XVIII – *zona de amortecimento*: o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade; [...]

Art. 25. As unidades de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, *devem possuir uma zona de amortecimento* e, quando conveniente, corredores ecológicos.

§ 1º O órgão responsável pela administração da unidade estabelecerá normas específicas regulamentando a ocupação e o uso dos recursos da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos de uma unidade de conservação.

§ 2º Os limites da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos e as respectivas normas de que trata o § 1º *poderão ser definidas no ato de criação da unidade ou posteriormente* [grifou-se].

Resolução Conama n. 13, de 16 de dezembro de 1990:

Art. 2º Nas *áreas circundantes das Unidades de Conservação*, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota deverá ser obrigatoriamente licenciada pelo órgão ambiental competente.

Parágrafo único. O licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só será concedido mediante autorização do responsável pela administração da Unidade de Conservação [grifou-se].

2 Denominação – área circundante e zona de amortecimento

De início, deve-se dizer que não há qualquer diferença conceitual entre “zona de amortecimento” e “área circundante”. Pela simples leitura do art. 2º, XVIII, da Lei n. 9.985/2000, percebe-se que se trata do mesmo instituto jurídico-ambiental, pois zona de amortecimento – para usar as palavras da lei – é justamente o entorno, vale dizer, a área circundante, de uma unidade de conservação. Sustentar que área circundante e entorno são coisas distintas significa descer a tecnicismo exacerbado e desnecessário, pois é evidente que tais disposições normativas trataram da mesma coisa, só que por expressões distintas. Segundo o *Dicionário Aurélio*¹, “entorno” significa circunvizinhança, ou toda área circundante de uma construção, o que deixa isento de dúvidas que zona de amortecimento e área circundante são a mesma coisa.

Superada a questão relativa à nomenclatura, passa-se à análise de suposto conflito normativo.

3 Conflito aparente de normas

Como seria inimaginável que se pudesse acabar, abruptamente, com as áreas de entorno definidas pela Resolução n. 13 do Conama, da conjugação desses dispositivos só se pode chegar a uma única conclusão: ficam mantidas as zonas de amortecimento, num raio de 10km, nas unidades de conservação criadas antes do advento do SNUC, tal como dispõe a Resolução n. 13 do Conama; já as unidades de conservação criadas a partir da Lei n. 9.985/2000, que é de 18 de julho de 2000, terão suas zonas de amortecimento fixadas individualmente, no ato de criação ou posteriormente.

¹ FERREIRA, 1997.

É a pura aplicação do princípio *tempus regit actum*, ou seja, a lei aplica-se apenas aos atos praticados a partir da sua vigência, não podendo a Lei n. 9.985/2000 retroagir para acabar com as zonas de amortecimento instituídas desde 1990 pela Resolução n. 13 do Conama.

Recentemente, no entanto, o Ibama, com base em parecer da Advocacia-Geral da União (AGU), anulou auto de infração e apreensão de barcos pesqueiros que estavam exercendo suas atividades no entorno da Estação Ecológica Maracá-Jipioca, composta de duas ilhas marítimas situadas no litoral do Estado do Amapá, por considerar que ali a pesca estava permitida.

Em seu parecer, o eminente Procurador Federal do Ibama assim manifestou-se²:

Sobre zona de amortecimento no entorno das Unidades de Conservação, o art. 25 da Lei n. 9.985/2000, revogando a Resolução Conama n. 013/90, que tratava do mesmo assunto, estabelece que os limites da zona de amortecimento e as normas específicas regulando os usos nela admitidas serão estabelecidos no ato de criação ou posteriormente. Em decorrência, *não se há de falar mais em zona de amortecimento de 10km no entorno da unidade, conforme previa a referida resolução Conama*, cabendo ao órgão responsável pela administração da unidade estabelecer normas específicas regulamentando a ocupação e o uso dos recursos da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos. Assim, a zona de amortecimento não é parte da Unidade de Conservação, mas, por força da nova Lei, fica sujeita a uma espécie de zoneamento obrigatório, pela qual certas atividades econômicas são permitidas e regradadas [grifou-se].

² Parecer n. 187/2006-Proge/Coepa, da lavra do doutor Luiz Carlos Ferreira de Menezes, transcrito no Parecer n. 243/2006-Dijur/Ibama/AP, da lavra da doutora Maria Benigna Oliveira do Nascimento Jucá.

Tal entendimento, entretanto, não parece ser o mais acertado. De acordo com as premissas anteriormente lançadas, a Estação Ecológica de Maracá-Jipioca continua tendo zona de amortecimento de 10km, só podendo ser ali executadas atividades autorizadas pela administração da unidade de conservação, nos termos do § 1º do art. 25 da Lei n. 9.985/2000.

Pensamento em sentido contrário levaria a crer que a intenção da Lei n. 9.985/2000 era a de acabar com todas as zonas de amortecimento até então existentes e que os responsáveis pela administração das unidades de conservação de todo o país deveriam editar, às pressas, atos administrativos que fixassem as respectivas áreas de entorno, sob pena de verem suas unidades de conservação subitamente desprotegidas, o que não se afigura razoável.

Tanto assim que a Lei do SNUC é categórica ao afirmar, no *caput* do seu art. 25, que as unidades de conservação devem – e não, podem – possuir uma zona de amortecimento, deixando claro que a lei reconhece a imprescindibilidade das áreas de entorno, não sendo sua intenção extinguir abruptamente as até então disciplinadas pela Resolução do Conama. Isso fica mais evidente ainda ao se comparar a imposição feita no *caput* do mencionado dispositivo – pelo verbo dever – com a faculdade conferida por seu § 2º, no qual a lei diz que as zonas de amortecimento “poderão” ser definidas no ato de criação da unidade ou posteriormente.

Nesse sentido, confira-se a lição do mestre Paulo Affonso Leme Machado³:

Dos 12 tipos de unidades de conservação, somente dois não estão obrigados a ter zona de amortecimento (art. 25 da Lei n. 9.985). Estão obrigados a ter essas zonas: a Estação Ecológica, a Reserva Biológica, o Parque Nacional, o Monumento Natural, o Refúgio da Vida Silvestre, a

³ MACHADO, 2006.

Área de Relevante Interesse Ecológico, a Floresta Nacional, a Reserva Extrativista, a Reserva da Fauna e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável. [...]

É perfeitamente compreensível que as dez unidades de conservação mencionadas não possam realizar plenamente seus objetivos, se não houver uma separação gradativa entre o meio ambiente antropicamente trabalhado e o meio ambiente natural. A expressão “zona de amortecimento” é um espaço destinado a diminuir ou enfraquecer os efeitos das atividades existentes na área circundante de uma unidade de conservação [grifou-se].

Entrementes, nada impede que, posteriormente – no estudo do plano de manejo ou em estudo à parte⁴ –, seja verificada a necessidade de ampliar a zona de amortecimento ou a possibilidade de diminuí-la, o que ficará sujeito à análise técnica das autoridades ambientais.

4 Prazo para fixação da zona de amortecimento

Também não se afigura razoável o pensamento segundo o qual o prazo para a fixação da zona de amortecimento é de cinco anos, com base no disposto no art. 27, § 3º, da Lei n. 9.985/2000. Em primeiro lugar porque, conforme já mencionado anteriormente, não há qualquer vinculação entre plano de manejo e zona de amortecimento, podendo ser instituídos conjuntamente ou não, razão pela qual não há motivo para se estender o prazo de cinco anos, estabelecido para elaboração do plano de manejo, à fixação da zona de amortecimento.

Em segundo lugar porque, ainda que se diga que o plano de manejo deva, necessariamente, conter em si a delimitação da zona de amortecimento – o que se admite apenas para fins de argumen-

⁴ Não há qualquer imposição legal no sentido de que a zona de amortecimento tenha de ser necessariamente instituída no plano de manejo, embora pareça ser o mais adequado, podendo ser instituída por estudo à parte.

tação—, não há que se falar na extinção sub-reptícia da zona de amortecimento de 10km até então estabelecida pela Resolução Conama n. 13/1990, pela simples inobservância daquele prazo. É que o prazo previsto no mencionado dispositivo legal recebe a denominação jurídica de “prazo impróprio”, ou seja, é um prazo que não gera perecimento do direito caso venha a ser inobservado pela Administração Pública. A única decorrência da sua inobservância é a de abrir a via judicial para que se pleiteiem indenizações ou para que o órgão responsável seja judicialmente compelido a elaborar o plano de manejo.

5 Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que a Lei n. 9.985/2000 revogou tacitamente a Resolução Conama n. 13, porém, as unidades de conservação criadas antes dessa lei continuam sujeitando-se à Resolução Conama n. 13, com zona de amortecimento correspondente a 10km do seu entorno, até que se estabeleçam administrativamente novos limites para as suas zonas de amortecimento.

Outra conclusão a que se chega é a de que não há prazo para a fixação da zona de amortecimento, devendo-se ter por paradigma o princípio da razoabilidade para se aferir se está havendo, ou não, omissão estatal.

Referências

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. 36. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

O *periculum in mora* nas medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa

Luciano Rolim *

Sumário: 1 As medidas cautelares patrimoniais da Lei n. 8.492/1992. 2 O *periculum in mora* na indisponibilidade de bens (art. 7º). 3 O *periculum in mora* no seqüestro de bens (art. 16). 4 Conclusão.

1 As medidas cautelares patrimoniais da Lei n. 8.492/1992

Atendendo ao clamor popular por um combate mais efetivo à corrupção, a Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Tão intensos foram os reclamos que o Constituinte Originário viu-se impelido a prever, no próprio texto constitucional, uma medida cautelar patrimonial destinada a assegurar a efetividade perseguida: a indisponibilidade dos bens do agente acusado de improbidade administrativa.

Evidentemente, essa previsão não elide a possibilidade de a legislação ordinária instituir outras medidas cautelares, inclusive de

* Luciano Rolim é Procurador da República em Pernambuco.

natureza patrimonial, que melhor resguardem o erário¹; o objetivo dela, pois, é apenas garantir, mediante vinculação do legislador ordinário, o mínimo de efetividade à ação de improbidade administrativa.

Atenta a essa circunstância, a Lei n. 8.429/1992, imbuída do mesmo espírito moralizador que inspirou a Constituição de 1988, contemplou, além da indisponibilidade de bens já imposta no texto maior, outra medida cautelar patrimonial, qual seja, o seqüestro de bens, igualmente voltado à reparação do patrimônio público.

A primeira medida vem expressa no art. 7º da lei, nestes termos:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A seu turno, o art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa prescreve:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens

¹ Conforme frisou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a ampliação das medidas cabíveis não constitui infringência à norma constitucional. Essa estabeleceu algumas medidas possíveis, mas não limitou a competência do legislador para estabelecer outras” (ZANELLA, 2001, p. 678).

do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Ambas as medidas podem abranger, indeterminadamente, todos os bens do responsável, até o limite do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito. Mesmo nesse último caso, não exige a lei que a constrição patrimonial recaia especificamente sobre os bens ou valores ilícitamente acrescidos ao patrimônio do agente, bastando que o valor patrimonial a ser acautelado coincida com o valor do locupletamento indevido.

A indisponibilidade de bens, como o próprio nome sugere, importa tão-somente à privação do poder de disposição dos bens, remanescendo com o proprietário, contudo, os poderes de uso e fruição da coisa. Vale dizer, o responsável não se vê privado do livre uso e gozo do bem, ficando impossibilitado apenas de aliená-lo ou dele desfazer-se de qualquer forma. Cuida-se, pois, de medida bem menos gravosa que o seqüestro de bens.

De fato, essa última medida pressupõe a apreensão da coisa, ficando, dessa forma, o seu proprietário ou possuidor privado do uso e gozo do bem.

Sob o ponto de vista processual, encontra-se o seqüestro de bens em ação de improbidade administrativa sujeito à disciplina dos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, consoante expressa determinação do § 1º do art. 16 da Lei n. 8.429/1992. O mesmo

não ocorre, entretanto, quanto à indisponibilidade de bens, como se pode constatar pela leitura do art. 7º do aludido diploma legal.

A diferenciação entre essas medidas é imprescindível à definição dos seus respectivos pressupostos materiais e processuais; e, sem ela, o operador do direito não conseguirá precisar a medida cabível e, conseqüentemente, aplicar-lhe os requisitos que lhe são próprios.

Infelizmente, não raro, tem-se verificado, tanto na teoria como na prática, a ausência de percepção da distinção, aparentemente tão clara, entre as medidas cautelares patrimoniais da Lei de Improbidade Administrativa². Para isso tem contribuído a concepção eminentemente privatística do processo civil – ainda hoje dominante na doutrina e jurisprudência pátrias –, que tem inibido, sobremodo, a atuação contra a improbidade administrativa, em evidente descompasso com o propósito explicitado pela Constituição de 1988 no art. 37, § 4º. Cumpre, pois, fazer sobressair a concepção constitucionalista do processo, interpretando-se a legislação ordinária a partir da Constituição Federal, e não o contrário.

² “Doutrina e jurisprudência, ao que parece, ainda não se preocuparam com o problema, pois as submetem ao mesmo regime jurídico. Não é essa a melhor solução. Embora espécies do gênero cautelar, ambas destinadas ao mesmo fim assecuratório, as providências previstas na Lei n. 8.249, de 2 jun. 1992, apresentam requisitos diferentes. Cada qual é adequada, portanto, a uma modalidade de situação de vida” (BEDAQUE, 2003, p. 302 e 303).

Sobre a distinção entre indisponibilidade de bens (art. 7º) e sequestro de bens (art. 16), conferir, ainda: MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 402; PAZZAGILINI FILHO, 2002, p. 155; BEZERRA FILHO, 2005, p. 43 e 145.

Em sentido diverso, ressalta Carlos Mário Velloso Filho que não se está diante de duas medidas distintas, concluindo: “Efetiva-se a indisponibilidade por meio da medida cautelar de sequestro, a ser processada de acordo com os arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil (art. 16, *caput* e § 1º)” (VELLOSO FILHO, 2003, p. 127).

2 O *periculum in mora* na indisponibilidade de bens (art. 7º)

No que tange à indisponibilidade de bens (art. 7º), tal medida, ao contrário do seqüestro de bens (art. 16), sequer é prevista no Código de Processo Civil. Logo, não é pertinente a exigência de requisito próprio dessa última medida cautelar ou de outras medidas cautelares patrimoniais do CPC – em especial a demonstração de indícios de iminente dilapidação do patrimônio do requerido – para a indisponibilização de bens.

Na verdade, o *periculum in mora*, na indisponibilidade de bens, é “presumido” ou, para ser mais preciso, dispensado ou simplesmente não exigido pela lei, em consonância com peremptória disposição inserta no art. 37, § 4º, da Constituição: “Os atos de improbidade administrativa importarão [...] a indisponibilidade de bens”. Não é difícil perceber que o intento do Constituinte de 1988 foi tornar, em caso de improbidade administrativa, mais efetivo o ressarcimento ao patrimônio público, em reconhecimento ostensivo de que é imensa a responsabilidade da corrupção pelas mazelas da sociedade brasileira.

Deflui, em primeiro lugar, do caráter imperativo da referida norma constitucional que a indisponibilidade de bens é a regra em ação de improbidade administrativa, e não a exceção. Perde sentido, assim, diante dessa expressa e específica determinação constitucional, o argumento, por vezes invocado, de que os princípios do contraditório e da ampla defesa vedariam a indisponibilidade de bens sem a prévia comprovação de atos tendentes à dilapidação patrimonial. Consoante destacado acima, tal medida tem o escopo evidente de tornar mais efetiva a recomposição do erário; por consequência, guarda harmonia com o princípio da função preventiva da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição

Federal, ao resguardar, de modo eficaz, a integridade do patrimônio público e evitar o enriquecimento ilícito às custas do Estado.

Trata-se, portanto, de hipótese em que a própria Constituição, diante da relevância do bem jurídico tutelado, presume a ameaça de lesão, o *periculum in mora*; tem assim a medida inegável função preventiva, pois visa salvaguardar a reposição do patrimônio público, como bem observou José Roberto dos Santos Bedaque:

[...] desnecessário o perigo de dano, pois o legislador contenta-se com o *fumus boni iuris* para autorizar essa modalidade de medida de urgência.

[...]

Identificam-se, portanto, as características da indisponibilidade prevista no art. 7º: está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano. O legislador dispensou esse requisito, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público³.

Conforme demonstrou o autor em percuciente análise, que a seguir nos esforçaremos para resumir em virtude de sua inegável utilidade para o esclarecimento do tema, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa configura um caso de tutela de evidência:

Ao admitir a indisponibilidade de bens tão-somente com fundamento na probabilidade do direito ao ressarcimento, o legislador regulou a *tutela provisória de evidência*, o que não constitui novidade no sistema processual.

Uma das formas de abreviar o resultado pretendido com a propositura da demanda consiste em adotar mecanismos destinados a alcançar esse

³ BEDAQUE, 2003, p. 303.

objetivo no próprio procedimento comum. Permite-se a antecipação provisória da solução postulada, enquanto não puder ser deferida definitivamente.

Medidas também provisórias, com conteúdo meramente conservativo e voltadas à preservação do resultado útil do processo, podem ser adotadas apenas com fundamento na verossimilhança.

Em princípio, as medidas urgentes e provisórias são previstas com a finalidade de afastar o risco de dano, cuja ocorrência a parte deve demonstrar concretamente. Trata-se do risco de inutilidade prática do resultado final, o que levaria à instituição de medidas assecuratórias, destinadas a preservar o bem da vida, necessário à efetividade do provimento final.

Em outras situações, todavia, o legislador autoriza a tutela provisória, de conteúdo conservativo, independentemente desse risco. Contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. Convencendo-se o juiz, de que a pretensão deduzida na inicial tem boas chances de ser atendida, poderá conceder-lhe a possibilidade de fruição provisória do bem da vida pretendido ou determinar a conservação de determinado estado patrimonial.

[...]

Convém observar, todavia, que a tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessário a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias e provisórias está relacionado à evidência e à urgência.

Pode, pois, o legislador, levando em conta a urgência e/ou a evidência, autorizar soluções provisórias, meramente conservativas ou antecipatórias, sempre pensando em assegurar o resultado final, definitivo, que ainda não se produziu.

[...]

A natureza cautelar da medida está nesse escopo de preservar ao máximo a efetividade da tutela jurisdicional. Tendo em vista características da situação, fica dispensado o risco concreto de dano. Busca-se afastar o mal causado pela demora do processo, por si mesmo fator de risco para a utilidade do resultado.

No caso específico dos processos versando improbidade administrativa, tendo em vista a natureza da relação jurídica material e o bem da vida tutelado, o legislador previu tutela provisória da evidência, mediante providência cautelar conservativa consistente na indisponibilidade de bens do réu. Para obtê-la basta a demonstração da verossimilhança do direito, representada pelo nexos entre os bens e o ato ilícito⁴.

Nesse diapasão, é possível afirmar, também, que a indisponibilidade de bens do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 não ofende o devido processo legal. O que a Constituição assegura é que ninguém será *privado* de seus bens – o que pressupõe perda da propriedade – sem o devido processo legal. Ora, a indisponibilidade, como visto, impõe apenas a privação do poder de disposição dos bens, restando ao proprietário, porém, os poderes de uso e fruição da coisa. Ademais, se há restrição ao direito de propriedade, é devido a explícita disposição constitucional, erigida em favor do interesse público.

Na doutrina, é majoritária a corrente segundo a qual o *periculum in mora*, em indisponibilidade de bens por ato de improbidade administrativa, considera-se presumido pela própria lei⁵.

Começemos por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

⁴ BEDAQUE, 2003, p. 305-307. A lição é acompanhada por Suzana Henrique da Costa (COSTA, 2005, p. 581-582). Para um estudo mais aprofundado sobre a tutela de evidência, cf. José Roberto dos Santos Bedaque (BEDAQUE, 2006).

⁵ Em relação aos autores que perfilham a tese oposta, merecem ser consultados: VELLOSO FILHO, 2003, p. 120-122; FERRAZ, 2003, p. 417-418; LEWANDOWSKI, 2003, p. 185; e COSTA, 2002, p. 145.

Quanto ao *periculum in mora*, parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano. Nesse sentido, argumenta Fábio Osório Medina que “O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário”, sustentando, outrossim, que “a indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal”. De fato, exigir a prova, mesmo que indicará, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação, representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal. Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano. Desse modo, em vista da redação imperativa adotada pela Constituição Federal (art. 37, § 4º) e pela própria Lei de Improbidade (art. 7º), cremos acertada tal orientação, que se vê confirmada pela melhor jurisprudência⁶.

José Antonio Lisbôa Neiva também entende que, “diante da imperatividade da norma [§ 4º do art. 37 da Constituição da República: os atos de improbidade ‘importarão... a indisponibilidade de bens’], que não pode ser ignorada, há necessidade apenas de se enfatizar o *fumus boni iuris*”⁷. Acrescenta, ainda, o autor:

A dispensa da demonstração do *periculum in mora* para a concessão da indisponibilidade dos bens poderia ensejar questionamentos sobre a sua própria natureza cautelar, uma vez que poderia ser visualizada como tutela assecuratória que apenas se utilizaria da roupagem

⁶ GARCIA; ALVES, 2002, p. 641.

⁷ NEIVA, 2005, p. 133.

cautelar. Por outro lado, é correta a observação de que o legislador na verdade presumiu o perigo diante de fatos tão graves para a Administração e a sociedade, propiciando a indisponibilidade e a efetividade de eventual provimento de procedência na ação cognitiva de improbidade administrativa⁸.

De igual modo, assevera Marcelo Figueiredo:

Quanto à probabilidade do prejuízo, entendemos que o conceito pode ser deduzido da própria Lei de Improbidade. É dizer, ela já estaria presente nos valores de “probidade” que o agente administrativo aparentemente desprezou, ao praticar atos ímprobos⁹.

Ainda nessa esteira, o ensinamento de Wallace Paiva Martins Júnior, segundo o qual “é indiferente que haja fundado receio de fraude ou insolvência [...] Exsurge, assim, a indisponibilidade de bens como medida de segurança obrigatória nessas hipóteses”. Em seguida, o jurista conclui o seu raciocínio com menção ao conteúdo imperativo do art. 37, § 4º, da Constituição¹⁰.

Fábio Medina Osório, a seu turno, observa:

Primeiro, não se mostra crível aguardar que o agente público comece a dilapidar seu patrimônio para, só então, promover o ajuizamento de medida cautelar autônoma de seqüestro dos bens. Tal exigência traduziria concreta perspectiva de impunidade e de esvaziamento do sentido rigoroso da legislação. O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário.

⁸ NEIVA, 2005, p. 133.

⁹ FIGUEIREDO, 1998, p. 51.

¹⁰ MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 396.

A indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica do processamento da ação, forte no art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Esperar a dilapidação patrimonial, quando se trata de improbidade administrativa, com todo respeito às posições contrárias, é equivalente a autorizar tal ato, na medida em que o ajuizamento da ação de seqüestro assumiria dimensão de “justiça tardia”, o que poderia se equiparar a denegação de justiça¹¹.

Consignou-se, anteriormente, que a visão preponderantemente privatística do processo civil, ainda hoje dominante na doutrina e jurisprudência pátrias, vem representando obstáculo à eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, em manifesto descompasso com o objetivo do Constituinte de 1988. É o que se nota, de certo modo, no trato da presente questão. De fato, a despeito do que se expôs, não são poucas as abordagens doutrinárias e decisões judiciais que reclamam a demonstração de indícios de ocultação ou dissipação patrimonial, como pressuposto para o deferimento da indisponibilidade de bens; partem elas, quase sempre, da premissa, muitas vezes somente implícita, de que tal requisito seria exigido pelos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa linha de argumentação, os dispositivos da Lei de Improbidade que não prescrevem a comprovação daqueles indícios seriam inconstitucionais ou, ao menos, mereceriam interpretação conforme a Constituição, de modo a exigir-se a demonstração pelo requerente do *periculum in mora*, nos moldes das medidas cautelares patrimoniais reguladas pelo Código de Processo Civil.

Todavia, se é a própria Constituição que impõe a indisponibilidade de bens, revela-se um tanto quanto incompreensível essa limitação ao alcance da medida. Essa interpretação, segundo entendemos, é privatística e não constitucionalista; parte da legislação

¹¹ OSÓRIO, 1998, p. 240-241.

ordinária, mais especificamente do Código de Processo Civil, para a Constituição Federal, e não desta para a legislação ordinária. Com efeito, se a presença de indícios de ocultação ou dilapidação de bens fosse exigida pela Constituição para a decretação de medidas cautelares patrimoniais, certamente tal imposição se estenderia a toda legislação infraconstitucional. Ocorre, por exemplo, que a legislação processual penal prevê o seqüestro de bens, independentemente de comprovação concreta do *periculum in mora*, medida esta cuja constitucionalidade nunca foi questionada.

Prescreve o Código de Processo Penal, em seu art. 126: “Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. Outrossim, de acordo com o art. 134, o ofendido poderá requerer a hipoteca legal dos imóveis do investigado, “desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”¹². “Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir

¹² Quanto à dispensa do *periculum in mora* na cautelar em questão, é bastante ilustrativo o seguinte julgado:

“PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA. HIPOTECA LEGAL E ARRESTO. ARTIGO 142 DO CPP. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ‘PERICULUM IN MORA’. VERIFICAÇÃO. DESTINAÇÃO DOS BENS APREENDIDOS.

1. Nos termos do artigo 142 do CPP, em havendo interesse da Fazenda Pública, o Ministério Público tem legitimidade para requerer medida cautelar de arresto provisório e posterior hipoteca legal, bem como o arresto de bens móveis.
2. Para o deferimento da hipoteca legal exige-se prova da materialidade do fato criminoso e indícios suficientes da autoria, sendo desnecessária prova de que esteja o réu dilapidando seu patrimônio.
3. Não há ilegalidade ou afronta à Constituição Federal na garantia patrimonial cautelarmente ocorrida para satisfação dos danos causados pelo crime. A venda dos bens somente se dará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que afasta críticas de desrespeito ao princípio da presunção de inocência.
4. O *periculum in mora* se dá por presunção legal, já que havendo o recebimento da denúncia é admissível à vítima buscar a garantia patrimonial para seu ressarcimento.

de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis” (art. 137).

A Lei n. 9.613/1998 (que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro), por sua vez, estabelece, no art. 4º, que “*havendo indícios suficientes*, o juiz poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta lei”.

Na verdade, como bem evidencia a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, acima transcrita, é perfeitamente admissível, perante o sistema jurídico brasileiro, que o legislador dispense ou presuma a existência de *periculum in mora* em determinadas situações.

As normas processuais sobre improbidade administrativa – tais quais as normas processuais penais – objetivam a aplicação de Direito Público; não visam, como ocorre predominantemente com as normas do Código de Processo Civil, regulamentar a solução judicial de litígios entre particulares. Os princípios que informam uma e outra legislação são completamente diferentes: no primeiro caso, o bem a ser protegido reveste-se de importância essencialmente pública, uma vez que, ao tutelar o patrimônio público, a Constituição tem por fim último garantir a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos; no segundo caso, a finalidade principal é assegurar a tutela jurisdicional de interesses individuais.

5. Os bens cautelarmente arrestados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime” (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal n. 2003.70.00.050510-1, Sétima Turma, rel. des. federal Nefi Cordeiro, j. em 3.5.2005, DJU de 18 maio 2005, p. 896).

Por isso, revela-se inconciliável com o nobre propósito que inspirou o texto constitucional exigir, para a concessão da indisponibilidade de bens, a demonstração de pressuposto específico de medidas cautelares disciplinadas no Código de Processo Civil, voltadas fundamentalmente à preservação de interesses patrimoniais privados, por natureza disponíveis.

É verdade que os atos de improbidade administrativa, consoante já assentou o Supremo Tribunal Federal, ostentam natureza cível; isso, entretanto, não implica negar o cunho eminentemente público do seu regime jurídico, inferido com nitidez no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Desse modo, diante da ameaça que a corrupção representa para a própria subsistência da sociedade, os atos de improbidade reclamam, mais até do que muitas infrações penais, enérgica atuação dos órgãos estatais, inclusive por meio de medidas cautelares de eficácia não apenas ilusória, mas real¹³.

Obviamente, faz-se mister, para a indisponibilidade de bens, que existam indícios da materialidade e da autoria do ato de improbidade administrativa, sendo esses os únicos pressupostos reclamados para a decretação da medida.

3 O *periculum in mora* no seqüestro de bens (art. 16)

Todos os argumentos até agora expendidos aplicam-se igualmente à medida cautelar de seqüestro do art. 16 da Lei n. 8.429/1992, conforme se observará a seguir.

Do ponto de vista material, e caso se devesse considerar a sistemática do Código de Processo Civil, essa medida mais se aproxi-

¹³ Relembre-se, a propósito, a advertência de Rogério Pacheco Alves: “De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal”.

maria do arresto, pois recai sobre “os bens [isto é, todos os bens] do agente ou terceiro”, com a finalidade de garantir futura execução por quantia certa. Sob o aspecto procedimental, o § 1º do mencionado dispositivo legal estatui que “o pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil”.

Não obstante, o seqüestro do art. 16 da Lei n. 8.429/1992 constitui medida cautelar autônoma, apresentando *pressuposto material próprio*, que não se confunde com aqueles estipulados para as medidas cautelares típicas de arresto e de seqüestro do Código de Processo Civil. Atente-se para o que estabelecem o *caput* e o § 1º do artigo em questão:

Art. 16. *Havendo fundados indícios de responsabilidade*, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil [...].

Como se vê, o § 1º desse preceito legal apenas submete o *processamento* da medida ao disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil; o pressuposto material, exclusivo, para a sua decretação, porém, já se encontra assentado na própria Lei de Improbidade: a existência de “fundados indícios de responsabilidade”.

Sobre o assunto, tem-se o valioso magistério de Ernane Fidélis dos Santos¹⁴:

¹⁴ SANTOS, 2002, p. 112.

Quanto ao seqüestro, manda a lei que se atendam aos arts. 822 a 825 do CPC (art. 16, § 1º), mas é de se observar, por seus próprios termos, que a referência é quanto ao *processamento*, ou seja, não há exigência, para sua concessão, dos requisitos do seqüestro comum, mas apenas que, para a efetivação da cautela, se observe o procedimento ali previsto. Isso importa em dizer que, para os efeitos da Lei de Improbidade, o seqüestro é medida típica, sem qualquer relação, a não ser de mera semelhança – apreensão de bens –, com outras de previsão legal.

Ressalte-se, portanto, que, mesmo para o seqüestro de bens (art. 16), é dispensável que se indiquem sinais de ocultação ou dissipação patrimonial¹⁵. Tal exigência, segundo já esclarecido, resulta de interpretação privatística da Lei de Improbidade Administrativa.

¹⁵ Vale transcrever, por oportuno, o ensinamento de José Antonio Lisboa Neiva:

“Cumpra ressaltar que, de forma análoga o artigo 16 da LIA estabelece que, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão (do processo administrativo disciplinar) representará ao Ministério Público ou à procuradoria da pessoa jurídica prejudicada, para que seja requerida a decretação do seqüestro de bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. A despeito do § 1º do dispositivo citado referir-se à aplicabilidade dos artigos 822 e 825 do CPC, não se exigiria o enquadramento nas hipóteses dos incisos I a III do artigo 822 do CPC, pois não se ajustam às situações ligadas à improbidade administrativa e à perda de bens por enriquecimento indevido, sendo certo que o *caput* do artigo 16 da LIA é categórico no sentido de que, caso haja indícios de responsabilidade, deve ser decretado o seqüestro, presumindo-se o *periculum in mora*, de forma semelhante à demanda cautelar de indisponibilidade de bens. A *ratio* do § 1º do aludido artigo 16 da LIA foi remeter à disciplina processual do seqüestro, com base nos artigos 822 a 825 do CPC (não 822 e 825 tão-somente, como consta do art. 16, com supressão inaceitável dos artigos 823 e 824), sendo certo que o seqüestro em caso de lesão ao patrimônio público, como será visto, assume contorno de arresto, sendo igualmente inexigível comprovação do estado de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Por outro lado, é possível identificar, quanto ao *periculum in mora* nas medidas cautelares patrimoniais da Lei n. 8.429/1992, uma corrente intermediária, a qual, conquanto o repute prescindível à cautelar de indisponibilidade (art. 7º), salienta a necessidade dele para o seqüestro de bens (art. 16). Comungam dessa posição Bedaque (2003, p. 304) e Alves (2002, p. 646).

Ademais, mesmo sob esse enfoque, não haveria óbice à aplicação da medida, independentemente da satisfação de qualquer outro requisito, além daquele expressamente previsto no art. 16 da Lei n. 8.429/1992. É que o próprio Código de Processo Civil admite, em seu art. 822, IV, o seqüestro de bens com base em pressupostos próprios, fixados em lei especial¹⁶.

Conforme acentua Wallace Paiva Martins Júnior,

trata-se, pois, de um seqüestro diferenciado, em que se prescinde dos requisitos de certeza e liquidez da dívida, presumido o risco pela própria lei, e que recai sobre bens determinados e específicos ao patrimônio do agente público ou de terceiro com o fito de garantir a execução da sentença condenatória¹⁷.

É importante frisar, outrossim, que há certa gradação entre os requisitos da indisponibilidade de bens (art. 7º) e os do seqüestro de

¹⁶ Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

- I – de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;
- II – dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;
- III – dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;
- IV – nos demais casos expressos em lei.

Bastante pertinentes são os comentários de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ao inciso IV do art. 822 do CPC: “a esse respeito, parece acertado o entendimento de ser dispensada a evidência do risco, à consideração de que esse perigo se presume *ex vi legis*, por ter inspirado o legislador a autorizar a providência. Os pressupostos, inclusive quanto ao *fumus boni iuris*, serão assim apenas os determinados no texto especial. Não se extraia daí, no entanto, a conclusão de que a medida, nesse caso, deixará de ser cautelar, passando a satisfativa. O perigo de dano continua existindo, dispensada apenas sua demonstração, em virtude de presunção legal” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 8, t. 2, p. 108, apud NEIVA, 2005, p. 134, nota 28).

¹⁷ MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 401.

bens (art. 16): na primeira hipótese, é suficiente a presença de indícios da materialidade e da autoria do ato de improbidade administrativa; na segunda, todavia, torna-se imperioso apontar “fundados indícios de responsabilidade”. Enfim, o *fumus boni iuris* para a decretação do seqüestro de bens pressupõe grau de verossimilhança das alegações e de evidência da prova bastante superior ao necessário para a simples indisponibilidade de bens.

A respeito, é digno de registro o escólio de Sérgio Ferraz:

A rigor, trata-se [o seqüestro de bens] de medida mais severa que a da indisponibilidade, por isso que não só congela a comercialidade do bem, como também susta seu uso e fruição pelo proprietário. Por essa razão, mais cuidadoso ainda há de ser o juízo de concessão do pedido, não mais bastando, do ângulo da plausibilidade do direito, o *simples* indício de responsabilidade, exigindo-se que ele seja *fundado* (isto é, robustamente evidenciado). Em contrapartida, não é exigida a *prova* da responsabilidade, eis que essa, de regra, somente virá na ação principal¹⁸.

De modo mais amplo, pode-se afirmar que todas as medidas cautelares fixadas na Lei de Improbidade Administrativa apresentam caráter autônomo, sujeitando-se ao Código de Processo Civil apenas no que se revelar necessário à sua instrumentalização. Verifique-se, a propósito, além das cautelares patrimoniais de indisponibilidade e seqüestro de bens (arts. 7º e 16), a cautelar de afastamento do exercício do cargo, emprego ou função pública, cujo pressuposto específico é a preservação da instrução processual (art. 20, parágrafo único)¹⁹.

¹⁸ FERRAZ, 2003, p. 418-419. Relembre-se, contudo, que o mencionado jurista filia-se à corrente que propugna ser indispensável a presença de indícios concretos de desfalco patrimonial para a indisponibilização dos bens do requerido.

¹⁹ Embora entendamos, nesse caso, com apoio na melhor doutrina sobre o assunto, que o art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 deva ser colmatado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a fim de admitir-se o afastamento cautelar

A jurisprudência, contudo, não tem atentado muito bem para essa especificidade, notadamente no que se refere às cautelares patrimoniais da Lei n. 8.429/1992, porquanto se mostra ainda bastante vacilante quanto à obrigatoriedade, ou não, de individualização do *periculum in mora*²⁰.

de cargo, emprego ou função pública também na hipótese em que a permanência do agente no exercício de suas atribuições ponha em risco a regularidade da Administração e a integridade do patrimônio público.

²⁰ Entendeu-se necessária a demonstração de indícios de ocultação ou dilapidação patrimonial nestes julgados: Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial n. 469366, rel. min. Eliana Calmon, j. em 13.5.2003, *DJU* de 2 jun. 2003, p. 285; Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial n. 220088, rel. min. Francisco Peçanha Martins, j. em 2.8.2001, *DJU* de 15 out. 2001, p. 255; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento n. 200101000296754, rel. des. federal Hilton Queiroz, j. em 27.10.2006, *DJU* de 13 nov. 2006, p. 124; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 200501000131044, rel. juíza federal Vânia Cardoso André de Moraes, j. em 21.6.2005, *DJU* de 1º jul. 2005, p. 5; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 200601000231525, rel. des. federal Olindo Menezes, j. em 6.4.2004, *DJU* de 7 maio 2004, p. 22; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento n. 9602220155, rel. juíza Nizete Antônia Lobato Rodrigues, j. em 13.11.1996, *DJU* de 11 nov. 1997, p. 95371; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 200004011094680, rel. des. federal Teori Albino Zavascki, j. em 12.6.2001, *DJU* de 18 jul. 2001, p. 485; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 200004010342722, rel. des. federal Luciane Amaral Corrêa Münch, j. em 3.8.2000, *DJU* de 11 out. 2000; Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 199904010953901, rel. des. federal Teori Albino Zavascki, j. em 3.2.2000, *DJU* de 17 maio 2000, p. 172; Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Pleno, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa n. 2001.83.00.022867-2, rel. des. federal Rivaldo Costa, j. em 2.2.2005, *DJU* de 2 mar. 2005, p. 563; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nona Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 55627353, rel. des. Osni de Souza, j. em 25.10.2006; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Primeira Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 60288754, rel. des. Francisco Vicente Rossi, j. em 11.12.2005; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento n. 70012435590, rel. des. Matilde Chabar Maia, j. em 17.11.2005, *DJ* de 9 jan. 2006; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Apelação Cível n. 70011160066, rel. des. Néelson Antônio Monteiro Pacheco,

4 Conclusão

Urge ter em mente que a percepção da natureza específica do regime jurídico instituído pela Lei n. 8.429/1992 é vital ao bom êxito do projeto de combate à corrupção idealizado pelo Constituinte de 1988. Nesse contexto, sobrepõem-se as medidas cautelares da Lei de Improbidade Administrativa como instrumentos indispensáveis à efetividade da ação de improbidade.

No caso das medidas cautelares patrimoniais, o *periculum in mora* é presumido pela própria Lei n. 8.429/1992, em conformidade com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. A indisponibilidade e o seqüestro de bens, portanto, apresentam-se como medidas cuja urgência emana do próprio ordenamento jurídico, pois visam evitar

j. em 11.8.2005, *DJ* de 3 out. 2005; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0148658-2, rel. des. Troiano Netto, j. em 20.4.2004, *DJ* de 10 maio 2004; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 160423-3, rel. juiz Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. em 15.2.2005, *DJ* de 4 mar. 2005.

Nos acórdãos a seguir indicados, entretanto, os tribunais encamparam a doutrina dominante sobre o assunto, considerando prescindível a satisfação do requisito em apreço: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Seção, Mandado de Segurança n. 9401329516, rel. juiz Tourinho Neto, j. em 21.2.1995, *DJU* de 10 abr. 1995, p. 20073; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento n. 200301000099819, rel. juiz Tourinho Neto, j. em 26.8.2003, *DJU* de 25 set. 2003, p. 52; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento n. 200201000449522, rel. juiz Tourinho Neto, j. em 20.5.2003, *DJU* de 17 out. 2003, p. 12; Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento n. 200201000419581, rel. juiz Tourinho Neto, j. em 19.3.2003, *DJU* de 10 abr. 2003, p. 24; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento n. 200302010014284, rel. juiz Benedito Gonçalves, j. em 29.9.2004, *DJU* de 20 out. 2004, p. 180; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Sexta Turma, Agravo de Instrumento n. 200202010044983, rel. juiz André Fontes, j. em 1º.4.2004, *DJU* de 8 set. 2004, p. 185; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento n. 200102010386798, rel. juiz Sérgio Feltrin Corrêa, j. em 26.9.2002, *DJU* de 14 nov. 2002, p. 436; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 9802257974, rel.

que durante a tramitação do processo os responsáveis se desfaçam de seus bens, assegurando assim a restauração do patrimônio público.

Conforme exposto, é permitido ao legislador ordinário estabelecer medidas cautelares que prescindam da indicação, no caso concreto, de fatos que revelem o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porque ao fazê-lo tem ele como meta conferir máxima eficácia ao princípio consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Naturalmente, tal solução precisa revestir-se de um mínimo de razoabilidade; do contrário, a lei padecerá de inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Uma vez demonstrado, porém, que há bases justificáveis para a opção legislativa, é legítima a primazia outorgada ao princípio da efetividade da jurisdição.

juiz Júlio Martins, j. em 7.4.1999, *DJU* de 31 ago. 1999; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 9802335860, rel. juiz Júlio Martins, j. em 10.3.1999, *DJU* de 15 jun. 1999; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento n. 200102010386798, rel. juiz Arice Amaral, j. em 22.8.2000, *DJU* de 16 nov. 2000; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Terceira Turma, Agravo de Instrumento n. 199903000003158, rel. juíza Cecília Marcondes, j. em 20.10.1999, *DJU* de 24 nov. 1999, p. 353; Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Segunda Turma, Agravo de Instrumento n. 97030135641, rel. juiz Célio Benevides, j. em 7.10.1997, *DJU* de 29 out. 1997; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Segunda Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 0525035, rel. des. Lineu Peinado, j. em 12.5.1998; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Décima Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 6073845, rel. des. Torres de Carvalho; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Vigésima Primeira Câmara, Apelação Cível n. 70004062097, rel. des. Marco Aurélio Hens, j. em 19.3.2003; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara, Agravo de Instrumento n. 70003548328, rel. des. Augusto Otávio Stern, j. em 14.3.2002; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Quarta Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 3223043, rel. des. Regina Afonso Pontes, j. em 13.6.2006, *DJ* de 28 jul. 2006; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 1202142, rel. juiz Airvaldo Stela Alves, j. em 26.11.2002, *DJ* de 16 dez. 2002.

A improbidade administrativa atinge visceralmente a sociedade; entorpece o sentimento de cidadania; acentua de modo drástico as diferenças sociais, compelindo milhões de pessoas à situação de miséria humana. Por isso, deve submeter-se a regime punitivo rigoroso, dotado inclusive de modernos e eficientes instrumentos processuais para o ressarcimento do dano ao erário.

Nada mais razoável, destarte, que dispensar a penosa tarefa de demonstrar concretamente o *periculum in mora* nas cautelares patrimoniais concernentes à improbidade administrativa; aliás, tratando-se de indisponibilidade de bens, não poderia o legislador ter procedido de outro modo, haja vista que a medida é imposta pelo § 4º do art. 37 da Constituição de 1988.

Dessa forma, o Poder Legislativo exerce a sua função de intérprete primeiro do texto constitucional, concretizando em leis, mediante ponderação de princípios e regras constitucionais, os valores fundamentais da comunidade política.

Esperamos que, em matéria de repressão à improbidade administrativa, esses mesmos valores também sejam almejados e enaltecidos pela jurisprudência, o que sem dúvida representaria enorme passo em busca do respeito à coisa pública.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA FILHO, Aluísio. *Lei de Improbidade Administrativa aplicada e comentada*. Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA, José Armando da. *Contornos jurídicos da improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTA, Suzana Henrique da. A tutela do patrimônio público e da moralidade por meio da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.492, de 1992. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Aspectos processuais da Lei de Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; DINO, Nicolao; FREITAS, Nívio de; ANJOS, Roberto dos (Coord.). *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei n. 8.492, de 1992. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

É inconstitucional a exigência do depósito da multa aplicada por infração à lei trabalhista?

Tereza Aparecida Asta Gemignani *

[...] a grande batalha dos operadores jurídicos brasileiros no campo do Direito constitucional foi a de produzir a defesa intransigente da plena eficácia da Constituição [...] (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE).

Sumário: 1 Introdução. 2 Da natureza jurídica da multa cobrada pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego. 3 Das ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3. 4 Da conceituação legal de tributo. 5 Dos recursos extraordinários. 6 Dos efeitos. 7 Conclusão.

1 Introdução

Há alguns anos, ao realizar pesquisa para minha tese de doutorado, fiquei um período na sede da OIT, em Genebra. No horário de almoço usava o restaurante, que também era compartilhado pelo pessoal que trabalhava na Organização Mundial do Comércio (OMC) e tive conhecimento de algumas questões interessantes. As delegações americanas e européias, que trabalhavam em acordos de comércio internacional, diziam que era muito “engraçado” negociar com o Brasil. Achei estranho e perguntei o porquê dessa definição. Explicaram que a negociação com os brasileiros

* Tereza Aparecida Asta Gemignani é Juíza do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas e doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

geralmente começava de forma “raivosa”. Todos falavam e gesticulavam muito, alguns de forma eloqüente, parecendo que faziam um discurso, de modo que à primeira vista demonstravam que não iam concordar com nada. A situação permanecia nesse pé até a hora do almoço. Quando voltavam à tarde, sem nada mais questionar, de repente aceitavam o que haviam rejeitado com veemência. Assinavam tudo. Assim, explicaram que não podiam deixar de achar “engraçado”, pois, se era para discordar, por que acabavam capitulando com tanta facilidade? E, se era para aceitar tudo, por que discutiam tanto e de forma tão inflamada, no início, provocando acirrada resistência em sentido contrário? Diziam que “não dava para entender a *lógica*”.

O Brasil vive um momento único na construção de seu processo civilizatório.

Muitas de nossas instituições, moldadas sob matrizes norteamericanas e européias, estão sendo objeto de intenso questionamento, pois se apresentam cada vez mais dissonantes da realidade fática da nação. O risco maior é pautado pelo comportamento semelhante ao adotado pelas damas do Brasil-Colônia, que viviam reclamando do calor e dos mosquitos, sem atentar que tal situação era agravada pelos vestidos de veludo e brocados, mais os escarpins que insistiam em usar, para copiar o estilo de vida dos países “civilizados”, sem atentar, porém, que se apresentavam totalmente inapropriados para um país de clima tropical.

Na área jurídica, a situação é parecida.

Quantas vezes “importamos” institutos para demonstrar que somos “modernos e adiantados”, sem atentar para o resultado que provocam, não só quanto às conseqüências jurídicas, mas também como balizadores de conduta social, que na verdade constitui a razão de ser do ordenamento e da atuação jurisdicional, que só

se justifica na medida em que revela estar apta a regular situações concretas da vida.

Por tal motivo, considero necessário trazer para o debate uma questão que vem agitando as discussões em julgamentos de mandados de segurança. Trata-se da controvérsia acerca da exigibilidade do depósito, como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo, nos casos de cobrança de multa, aplicada em decorrência da lavratura de um auto de infração, pela fiscalização do Ministério do Trabalho.

2 Da natureza jurídica da multa cobrada pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego

A fim de garantir o disposto no artigo 7º, bem como de dar cumprimento ao inciso XXIV do artigo 21 da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 10.593/2002 atribuiu ao Ministério do Trabalho e Emprego o encargo institucional de fiscalizar o cumprimento do marco normativo protetor que o Estado brasileiro conferiu ao Direito do Trabalho, assim investindo-o do poder de polícia da União, nesse particular.

Ao discorrer sobre tal conceito, explica Celso Antônio Bandeira de Mello¹ que o

poder, pois, que a Administração exerce ao desempenhar seus cargos de polícia administrativa *repousa nesta assim chamada 'supremacia geral'* que, no fundo, não é senão a *própria supremacia das leis em geral*, concretizadas através de atos da Administração.

Como bem ressaltou Ronald A. Sharp Junior², num Estado de Direito, a reação social à irregularidade de conduta não pode ser

¹ BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 515.

² SHARP JUNIOR, 2005.

instintiva, arbitrária e irrefletida; ao contrário, ela é ponderada, regulamentada, essencialmente manifestada através de um processo idôneo... como recurso posto à disposição do Estado, para garantir a efetiva resposta à sociedade, quando se verifica a prática de um ato ilícito.

Para exigir o efetivo cumprimento das normas de proteção ao trabalho, o sistema jurídico imputou ao Ministério do Trabalho e Emprego a atribuição de proceder à necessária fiscalização, determinando o artigo 628 da CLT que:

[...] a toda verificação em que o auditor-fiscal do Trabalho concluir pela *existência de violação de preceito legal*, deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração.

A lavratura de um auto de infração decorre, portanto, *da constatação de uma atividade ilícita*, por ter violado preceito legal em vigor, de sorte que *não detém natureza jurídica tributária, não estando inserida no artigo 3º do CTN*.

O processo administrativo destinado a aferir a subsistência do auto de infração lavrado, bem como a conseqüente cobrança de multa, está disciplinado na Lei n. 9.784/1999 e não no Decreto n. 70.235/1972, que rege apenas o processo administrativo de matéria tributária, o que não é o caso.

A ação fiscal se desenvolve com observância do critério da dupla visita e está direcionada para a atividade de orientação, notadamente em relação às novas empresas e às novas normas legais, antes de proceder à lavratura do auto de infração. E tanto isso é verdade que o número de autos de infração lavrados é pequeno se for considerado o universo das empresas fiscalizadas.

Entretanto, quando constatada a ocorrência de ato ilícito, violador das normas trabalhistas, em cumprimento à lei deve ser lavrado o auto de infração. O *autuado notificado tem o prazo de 10 dias para exercer seu direito de petição e defesa, podendo fazê-lo de forma direta, sem a necessidade de efetuar nenhum depósito prévio* (CLT, art. 629, § 3º, e Portaria n. 148/1996, art. 24), *oportunidade em que a lei também assegura à Administração Pública a possibilidade de rever o próprio ato, o que não se confunde com o duplo grau de jurisdição.*

Somente após análise da defesa apresentada pelo autuado e proferida decisão que julga subsistente o auto de infração, é imposta a multa (Lei n. 9.784/1999, art. 50, § 1º). *Assim, essa imputação ocorre com a devida observância do direito de petição, bem como do pleno exercício do direito de defesa, sem ônus para o autuado, mediante o manejo dos meios a ele inerentes, conforme posto pelo ordenamento.*

Desse modo, o processo administrativo em vigor, observado há várias décadas, sem nunca ter sido objeto de questionamento quanto à eiva de inconstitucionalidade, resguarda de forma ampla o direito de petição, o direito ao contraditório e ampla defesa e já assegura à Administração Pública a oportunidade de rever seus próprios atos.

Julgado o auto subsistente e imposta a multa, o infrator é notificado para efetuar o respectivo recolhimento. No prazo de 10 dias do recebimento da notificação, poderá interpor recurso administrativo, em relação ao qual estabelece o § 1º do artigo 636 da CLT que: “O recurso só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa”.

Tal dispositivo legal estabeleceu a exigência de depósito prévio do valor da multa, como requisito objetivo de admissibilidade do recurso administrativo, e não como pagamento de taxa para o exercício do direito de petição, amplamente garantido sem

ônus algum na fase em que foi analisada a subsistência do auto de infração, como anteriormente mencionado. Destarte, sua exigibilidade não configura qualquer ofensa ao disposto no inciso XXXIV, *a*, do artigo 5º da CF/1988, e está amparada em texto legal expresso, *em pleno vigor, em relação ao qual não há sequer alegação de inconstitucionalidade*.

É importante ponderar que as decisões administrativas não constituem coisa julgada e podem ser amplamente questionadas na esfera judicial. Desse modo, a exigência de depósito também tem o escopo de inibir a interposição de recursos administrativos meramente protelatórios, que apenas visam postergar o pagamento da multa.

Como já explicava o saudoso Hely Lopes Meirelles³, a

denominada *coisa julgada administrativa*, que na verdade é apenas uma *preclusão de efeitos internos*, não tem o alcance de *coisa julgada judicial*, porque o ato jurisdicional da administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário.

Não há amparo para acolher a irresignação dos que alegam ser tal exigência violadora do exercício do direito de defesa, notadamente porque, *na seara trabalhista, na própria esfera judicial pautada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a efetivação de depósito constitui pressuposto de admissibilidade do recurso ordinário*, já estando sedimentada de há muito a jurisprudência majoritária no sentido de que tal exigência não configura violação constitucional do direito de defesa, pois em nenhum momento a Constituição estabeleceu o acesso irrestrito à instância recursal, nem ao duplo grau.

³ MEIRELLES, 1986, p. 580-581.

Com efeito, o inciso III do artigo 102 da Lei Maior admite a possibilidade de instância “única”, enquanto o inciso LV do artigo 5º da CF/1988 reza expressamente que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Tais preceitos demonstram que o duplo grau de jurisdição não constitui elemento integrador do direito de defesa, bem como que a Constituição Federal não veda a estipulação de condições para a interposição de recursos, seja na área administrativa, seja na área judicial, assim sinalizando que as regras procedimentais que normatizam o processamento dos recursos, tanto em processo judicial quanto administrativo, devem ser observadas.

Nesse sentido, estabeleceu expressamente o § 1º do artigo 899 da CLT a exigência de depósito prévio como requisito indispensável para o processamento do recurso judicial, estando consolidada a diretriz jurisprudencial que o considera garantia do juízo (IN n. 3/93-TST – OJ 140 da SDI-I do C. TST).

Ademais, também já está pacificada a constitucionalidade da exigência constante do artigo 40 da Lei n. 8.177/1991, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar as ADINs n. 884-6 e 836-6, que considera expressamente que a aplicação do referido dispositivo estava pautada pela constitucionalidade, inexistindo ofensa aos princípios da igualdade e da ampla defesa. Vale transcrever parte das razões apresentadas pelo relator, ministro Francisco Rezek, ao apreciar o pedido de liminar, ponderando que:

É igualmente certo que se invoca o inciso LV do artigo 5º, falando na garantia que têm os litigantes de ampla defesa, com todos os

recursos a ela inerentes. *Não me parece que a exigência de depósito atente contra a prerrogativa que a Constituição assegura.* Mesmo quando o depósito que se exige dentro de determinada trilha processual não seja estritamente destinado a garantir a execução. Ele pode não ter esse propósito, mas não há de ser entendido, pelo só fato de existir, como um obstáculo à fluência normal dos recursos.

Assim, como sustentar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade deveriam ser observados no processo administrativo, mas estariam dispensados no processo judicial, em que continua a vigorar a exigibilidade do depósito recursal?

Ana Paula de Barcellos⁴ ressalta que

o equilíbrio do sistema jurídico não depende apenas da existência adequada de princípios e regras; é preciso também que eles funcionem e sejam manipulados pelos operadores jurídicos dentro de suas características próprias. Isto significa, portanto, que, como padrão geral, as regras não foram feitas para serem ponderadas. Com efeito, a ponderação corriqueira das regras fragilizaria a própria estrutura do Estado de Direito [grifo nosso].

Destarte, nada ampara a interpretação que atribui ao exercício do direito de defesa, na fase administrativa, amplitude maior do que ao exercício do direito de defesa na esfera judicial!

Por tais razões, não há como acolher a alegação dos que consideram ser indevido o depósito da multa por violar direito constitucional. Validar tal argumentação implicaria, assim, considerar também a exigência do depósito recursal judicial, exegese que não tem amparo constitucional ou legal como supra-referido, nem jurisprudencial ou doutrinário, pois o direito de defesa deve ser

⁴ BARCELLOS, 2006, p. 80.

exercido na mesma medida, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Teriam as ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3 alterado essa situação jurídica em relação ao § 1º do artigo 636 da CF/1988?

3 Das ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3

A ação direta de inconstitucionalidade – ADIN n. 1.976-7 – foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI). Insurgiu-se contra disposição contida em uma medida provisória editada em 1998 (MP n. 1.699), que estabelecia a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos, em valor correspondente a 30% do débito fiscal, para que os *contribuintes* pudessem impetrar recurso administrativo no Conselho de Contribuintes, questionando a cobrança de impostos e conseqüentes multas, conforme consta do artigo 32 da Lei n. 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos federais não-quitados (CADIN). Ademais, o Decreto n. 70.235/1972, também mencionado nessa ação, disciplina apenas o processo administrativo referente à matéria tributária, dispondo sobre Conselho de Contribuintes e outras peculiaridades a ela inerentes, ou seja, *matéria completamente distinta da disciplinada no § 1º do artigo 636 da CLT*, cujo procedimento administrativo é regrado por outra lei (Lei n. 9.784/1999).

Ao julgar essa ação procedente, em nenhum momento o STF fez menção aos artigos da CLT ou à cobrança de multas decorrentes da lavratura de auto de infração, limitando-se apenas a declarar a “inconstitucionalidade do artigo 32 da MP n. 1.699-41, posteriormente convertida na Lei n. 10.522/2002, que deu nova redação ao artigo 33, § 2º, do Decreto n. 70.235/72”, consignando em suas razões de decidir que não deveria ser atribuído pesado “ônus aos *contribuintes* que não podem depositar para recorrer”, de sorte

que só nesses termos produz efeito vinculante *erga omnes*, conforme estabelece o § 2º do artigo 102 da CF/1988.

O mesmo ocorre com a ADIN n. 1.074-3.

Também ajuizada pela CNI, foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, *caput*, da Lei Federal n. 8.870/1994. Essa norma legal trata de ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débitos dos *contribuintes* para com o INSS, matéria também tributária, cuja natureza jurídica é completamente diferente da multa decorrente da lavratura de auto de infração por descumprimento da legislação trabalhista.

Ambas as ADINs, portanto, tratam de matéria tributária, nada mencionando quanto ao infrator que descumpre a lei trabalhista, sendo que, na parte dispositiva, que transita em julgado com efeito *erga omnes*, não há sequer menção ao § 1º do artigo 636 da CLT, de sorte que as ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3 não produziram qualquer efeito em relação ao depósito da multa decorrente de auto de infração por descumprimento de lei trabalhista, como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo. Ademais, o fato gerador de cada uma das obrigações é completamente distinto, não podendo ser considerada, nem confundida, a situação jurídica do apontado infrator com a do mero contribuinte.

Importante ressaltar que a exigência constante do § 1º do artigo 636 da CLT está em vigor há décadas, sem ter sido objeto de qualquer declaração de inconstitucionalidade, *de modo que não há como sustentar tal conclusão apenas por analogia, pois em nosso sistema jurídico o reconhecimento da inconstitucionalidade é específico em relação ao “ato ou texto impugnado”, conforme estabelece o § 3º do artigo 103 da Constituição Federal.*

4 Da conceituação legal de tributo

A Lei n. 5.172/1966, que disciplina o Sistema Tributário Nacional, define que:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, *que não constitua sanção de ato ilícito*, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º).

Por sua própria natureza, o tributo só ostenta essa condição quando incide sobre uma atividade lícita. Diferentemente ocorre com a multa, que é aplicada justamente em virtude da constatação de um ato ilícito, violador da lei trabalhista.

Destarte, não há como deixar de concluir que *as decisões proferidas nas ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3 produziram efeitos apenas em relação aos processos administrativos referentes à matéria tributária*, sendo insustentável a interpretação ampliativa no sentido de considerar por ela abrangidos dispositivos legais sequer mencionados, que em nenhum momento foram analisados.

Como já anteriormente ressaltado, de conformidade com o ordenamento legal em vigor, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei *é específica à matéria debatida na respectiva ação e assim expressamente exarada, não albergando nosso sistema jurídico a possibilidade de inconstitucionalidade “por analogia” ante o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.*

Imperioso concluir, portanto, que não há amparo constitucional para considerar inserido nas supra-referidas decisões o depósito da multa decorrente de auto de infração lavrado por descumprimento de lei trabalhista, *pois tal não constitui matéria tributária.*

Nesse sentido tem julgado o STF, quando chamado a deliberar *especificamente sobre essa questão*, conforme decisão exarada no Recurso Extraordinário n. 215.979-5 – Rio Grande do Sul, que teve como relator o ministro Maurício Corrêa, consignando a respectiva ementa, *in verbis*:

EMENTA: Extraordinário – Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Penalidade. Notificação. Recurso perante a DRT. Exigência do depósito prévio na multa. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. Afronta ao artigo 5º, LV, CF – *Inexistência*.

5 Dos recursos extraordinários

Embora não ostentem efeito vinculante *erga omnes*, recentes julgados proferidos pelo STF, em recursos extraordinários, vêm sendo utilizados como subsídio pelos que alegam ter ocorrido mudança na diretriz jurisprudencial desse Tribunal, que teria passado a considerar inconstitucional a exigência desse depósito, como requisito de admissibilidade do recurso administrativo.

Por isso, passo a examiná-los.

5.1 Do Recurso Extraordinário n. 389.383

A alegação que pretende conferir interpretação ampliativa também não encontra suporte na decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 389.383-1. Com efeito, nesse julgado o STF, por maioria, declarou a “inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8.213/1991”, dispositivo que trata das decisões do INSS nos processos de interesse dos *beneficiários e contribuintes da seguridade social, situação jurídica completamente diversa da do infrator que viola norma trabalhista*. Ademais, tal decisão só vem a fortale-

cer o entendimento aqui sustentado, *notadamente porque a contribuição previdenciária incide sobre atividade lícita, e os benefícios que concede também detêm a natureza de licitude*. Portanto, não se confunde com a multa administrativa imposta em auto de infração por prática de ato ilícito, violador de preceito trabalhista, por advir de fato gerador completamente distinto.

5.2 Do Recurso Extraordinário n. 388.359-3

A fundamentação do voto vencedor, que conduziu o julgamento, está calcada apenas em matéria tributária, no mesmo sentido já consignado quanto à ADIN n. 1.976-7. Com efeito, consta da parte dispositiva da decisão que apreciou o Recurso Extraordinário n. 388.359-3 que o E. STF, por maioria, deu provimento ao recurso apenas para “declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 33 do Decreto n. 70.235/1972, na redação do artigo 32 da Medida Provisória n. 1.699-41/1998”, sem nada mencionar quanto ao disposto no § 1º do artigo 636 da CLT.

5.3 Do Recurso Extraordinário n. 398.933

Trata da inconstitucionalidade dos §§ 2º e 5º do artigo 250 do Decreto-Lei n. 5/1975, com a redação dada pelas Leis n. 3.188/1999, 3.344/1999 e 4.080/2003, que disciplinam o crédito tributário estadual, nada dispondo quanto a matéria trabalhista.

Por conseguinte, tais decisões nada deliberaram quanto à matéria disciplinada no § 1º do artigo 636 da CLT, de modo que não há como concluir que teria ocorrido alteração da diretriz jurisprudencial do STF.

Importante ponderar que dispensar o cidadão da efetivação do depósito recursal, quando está em discussão a incidência de um tri-

buto que incide sobre atividade lícita, é juridicamente sustentável. Entretanto, a situação é completamente diferente, não se podendo dizer o mesmo quando se trata de *um apontado infrator, que está sendo chamado a responder pelo pagamento de uma multa decorrente da prática de ato ilícito*.

Todo o sistema jurídico trabalhista de proteção deixa de ter sentido se o infrator puder descumprir o disposto no § 1º do artigo 636 da CLT, que continua em pleno vigor, não tendo sido objeto de qualquer declaração de inconstitucionalidade, de modo que não há como concluir que sua exigibilidade afrontaria ao devido processo legal.

6 Dos efeitos

Um dos efeitos mais benéficos que o Estado de Direito traz para a sociedade consiste em tornar explícito o marco normativo que rege as relações humanas num determinado agrupamento social. Nesse contexto, todo o ordenamento jurídico é voltado para amparar as ações de cumprimento desse marco normativo e rechaçar as ações ilícitas que atentam contra a sua eficácia. A pretensão de ampliar os efeitos das ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3 para matéria trabalhista, por elas não prevista, carece de sustentabilidade *porque a declaração de inconstitucionalidade deve ser expressa, não podendo ser interpretada por analogia*. Ademais, também colide com o próprio conceito de Estado de Direito.

Se o empregador, que é atuado por descumprir com suas obrigações trabalhistas, tem amplamente assegurada a oportunidade para o exercício de seu direito de petição e de apresentar defesa sem ônus algum, e, mesmo sendo esta rechaçada, com o julgamento de subsistência do auto, ainda pode recorrer administrativamente sem nada ter que depositar, naturalmente se sentirá estimulado a

procrastinar a contenda e continuar a proceder de maneira ilícita por longo tempo, porque isso não lhe traz conseqüência imediata alguma, apesar de causar enormes prejuízos ao empregado e ao sistema jurídico trabalhista. Com efeito, ao manter trabalhando um empregado sem registro, por exemplo, o empregador lesa a previdência social e o fundo de garantia, além de deixar o trabalhador descoberto de qualquer proteção legal. Isso sem falar no trabalho infantil, naquele que é prestado em condições análogas à de escravo e no descumprimento das normas de higiene e segurança, situações que lamentavelmente têm-se intensificado nos últimos anos. Além de o decurso do tempo prejudicar de forma irreversível a saúde e a vida do trabalhador que atua em tais circunstâncias, diminui suas chances de empregabilidade futura e aumenta os custos com a assistência médica e social, que são suportados por toda a sociedade. Além disso, proporciona indevidas vantagens econômicas imediatas ao infrator.

Aquele que descumpra a legislação trabalhista tem menos gastos e encargos, podendo produzir a custo menor do que outro empregador que, por observar corretamente a lei, acaba despendendo mais e tendo que atribuir preço maior ao produto final. Assim, o que age de forma ilícita provoca ônus institucional e econômico para todo o organismo social, ou seja, privatiza os lucros e socializa os prejuízos, que comprometem o desenvolvimento da Nação.

A longo prazo, os efeitos são tão consideráveis que acabam por provocar verdadeira concorrência desleal, de modo que o procedimento ilícito afronta não só os direitos do trabalhador, mas também os interesses dos demais empregadores. Trata-se de questão de amplo conhecimento social, tanto que há várias organizações empresariais que têm procurado difundir a importância de produzir bens e serviços de forma responsável. Isso melhora

a sustentabilidade da teia de proteção social, a qualidade de vida do trabalhador e, também, a qualidade do produto, que passa a deter condições de obter níveis de certificação, necessários para que possa ser exportado e competir no mercado internacional, o que leva à otimização não só da atividade econômica, mas do desenvolvimento do país como um todo.

Nesse sentido, o estímulo à observância do ordenamento se revela saudável e imprescindível para implementar a cultura do trabalho decente, que melhora não só a qualidade dos bens e serviços, mas, principalmente, a qualidade de vida da sociedade, estimulando a prevenção e contribuindo para a diminuição das ações na Justiça do Trabalho. Uma fiscalização trabalhista eficaz, com a imputação de multa pela ação ilícita de descumprimento da norma trabalhista, estimula o empregador a agir corretamente e contribui para assegurar a concorrência empresarial sadia, fazendo valer a função pedagógica do ordenamento, como sinalizador das condutas aceitáveis e necessárias para possibilitar a obtenção de melhores padrões civilizatórios para a sociedade brasileira.

Norberto Bobbio⁵ já pontuava, com percuciência, que a

efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o isola já o perdeu.

O ordenamento jurídico só atinge sua maturidade quando é interpretado como um sistema, de modo que a adoção de um procedimento não entre em rota de colisão com outro, nem o anule.

⁵ BOBBIO, 1992, p. 45.

Beneficiar o infrator com a possibilidade de recorrer, sem efetuar o depósito da multa administrativa, atenta contra o próprio sistema jurídico trabalhista *que está em vigor*, pois anula a eficácia e a razão de ser da fiscalização. Prejudica também a atuação do Ministério Público, visto que muitas vezes desenvolve-se atuação conjunta, notadamente quando se trata dos casos de macrolesão, como ocorre nas ações civis públicas e ações coletivas, casos em que é freqüente essa atuação compartilhada. A interpretação leniente com o infrator descaracteriza a assertividade dessa ação e pode comprometer os seus efeitos.

Nesse contexto, não se pode esquecer a ponderação de Gustavo Zagrebelsky⁶ ao ressaltar que “o sentido e o valor que são relevantes sob o ponto de vista da aplicação judicial *têm um significado objetivo, e não subjetivo*”.

Os dados objetivos, constantes da lei em vigor, da matriz doutrinária e da diretriz jurisprudencial já referidas, não amparam a alegada constatação de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 636 da CLT, notadamente porque as questões apreciadas nos recursos extraordinários, bem como nas ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3, referem-se a matéria tributária e não trabalhista, afigurando-se insustentável a interpretação ampliativa, quanto à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade “por analogia”.

A aplicação da lei não pode desconsiderar a realidade fática e objetiva que visa disciplinar. Assim, não é difícil aquilatar os efeitos que essa interpretação equivocada pode provocar na realidade do mundo do trabalho, em que a obrigatoriedade de registro e a observância das normas básicas de proteção vêm sendo sistematicamente descumpridas, sem falar nas reiteradas ocorrências de trabalho prestado em condição análoga à de escravo, como con-

⁶ ZAGREBELSKY, 2007.

cretamente explicitado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria n. 540/2004). Deixar de exigir o depósito para processar o recurso administrativo dos que foram autuados pela prática de ilícito trabalhista passa a constituir um verdadeiro incentivo à reiteração dos atos lesivos e, *o que é mais grave, sinaliza para a sociedade que a conduta infracional é tolerável, menosprezando o empregador que cumpre corretamente com suas obrigações, assim contribuindo para o descrédito das instituições e a ineficácia do ordenamento jurídico.*

Como bem observa Boaventura de Souza Santos⁷, a sensação de impunidade é devastadora, porque a “frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia e, em última instância, desistência da democracia”.

Imperioso ressaltar que a equivocada interpretação ampliativa também colide com a norma constitucional albergada no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/1988, que assegura a razoável duração do processo e os *meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, como direito fundamental a ser observado tanto no âmbito judicial quanto administrativo, com o escopo de garantir a segurança jurídica, preservar a confiança no sistema e diminuir os níveis de conflitualidade da sociedade. Desobrigar o infrator de proceder ao depósito da multa aumentará de forma considerável o número de recursos com intuito protelatório, estimulando-o a prolongar o máximo que puder a discussão administrativa, pois não terá ônus algum. Além disso, dificilmente deixará de ajuizar ação perante o Poder Judiciário e, assim, prolongar ainda mais a discussão, de modo que o ato permanecerá sem qualquer consequência por muito tempo. Desse modo, diversamente do que alegam alguns, a

⁷ SOUZA SANTOS, 2007.

desobrigação de depósito da multa contribuirá para o aumento do demandismo, apenas com o objetivo de procrastinação.

Não é difícil concluir, portanto, *que tal interpretação significará um estímulo às práticas lesivas, quando o organismo jurisdicional deve atender exatamente para o contrário, ou seja, atuar como sinalizador da boa conduta, estimular o procedimento lícito, que possa propiciar o trabalho decente, imprescindível para a edificação institucional de um país que se dá ao respeito, nacional e internacionalmente.*

Com elogiável acuidade, registra Lenio Streck⁸ a necessidade de combater o *velamento* que “pode (facilmente) ser detectado de vários modos: a escandalosa inefetividade da Constituição, a crise da justiça, a morosidade”, entre outros, e que

se expressa pela absoluta falta de função social do direito. Ou seja, do cotejo entre o texto constitucional e a ‘realidade social’, tem-se que houve um acontecer que os juristas não perceberam: o acontecer constituinte (*o acontecer que Constitui-a-ação!*) originário da Constituição.

Nesse contexto, não se pode deixar de concordar com Canotilho⁹, ao ponderar com lucidez que “não se trata, como acontecera no positivismo estadual, de reduzir os direitos a simples autovinculações jurídicas, mas de marcar a indissociabilidade dos direitos fundamentais e da *moralidade republicana*”. Caminho também seguido por Dworkin¹⁰, ao destacar que “[...] não irá se restabelecer o respeito pelo direito, se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada”.

⁸ STRECK, 2003, p. 103-140.

⁹ CANOTILHO, 2004, p. 34.

¹⁰ DWORKIN, 2002, p. 314.

É preciso, portanto, assegurar a efetividade e fazer valer a lei e a exigência de seu cumprimento por todos, para poder construir um país com melhores índices de assertividade institucional, pois, como ensinam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos¹¹, a efetividade “significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”.

Analisando as relações entre o Estado e a sociedade civil, Marco Aurélio Nogueira¹² explica a importância de se considerar, “em suma, o poder estatal e a miríade dos micropoderes que nos cercam e controlam, combinando uma perspectiva renovada de Estado com novos modos de gerir organizações compostas por pessoas concretas, de carne e osso”. Ao discorrer sobre a formação da identidade nacional, Aspásia Camargo¹³ chama a atenção para a premência de “combater o artificialismo de nossas instituições” e a necessidade de dar um corpo concreto à República brasileira.

Assim, como considerar a infração às leis trabalhistas simples questão tributária, se a Lei Maior, em seu artigo 1º, expressamente estabeleceu o valor social do trabalho na fundamentação de criação do próprio Estado?

Compartilhar essa perspectiva é esterilizar toda discussão atualmente suscitada acerca da necessidade de garantir a efetividade do Direito do Trabalho como requisito indispensável para a saúde das instituições democráticas e a edificação de uma sociedade melhor. Por isso, é necessário perseverar na defesa intransigente da plena eficácia da Constituição Federal, que erigiu o valor do trabalho

¹¹ BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 364.

¹² NOGUEIRA, 2004, p. 249.

¹³ CAMARGO, 2001, p. 306-347.

como um dos pilares de sustentação da República brasileira, assim devendo permear todas as artérias que oxigenam a vida da Nação.

Trata-se de evitar que o ordenamento seja reduzido a um corpo autista, inodoro e ineficaz que ninguém respeita, assegurando a viabilidade do próprio sistema jurídico, atrelando-o à realidade fática que deve regular, e, assim, de abrir caminhos para inserir o Brasil na agenda civilizatória do século XXI.

7 Conclusão

De conformidade com a legislação em vigor, as decisões proferidas nas ADINs n. 1.976-7 e 1.074-3 não abrangeram o depósito da multa decorrente de auto lavrado pela fiscalização do Ministério do Trabalho, que continua a ser exigível como pressuposto de admissibilidade para o processamento de recurso administrativo, pois constitui crédito não-tributário, que tem como fato gerador a prática de um ato ilícito, infracional às leis trabalhistas.

Desse modo, como não viola os princípios da igualdade, do direito de defesa, nem o do devido processo legal, e atende ao direito fundamental estabelecido no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/1988, deve ser mantida a exigência do depósito de multa como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, conforme estabelece o § 1º do artigo 636 da CLT, por não estar eivado de qualquer inconstitucionalidade.

Num momento em que se discute a efetividade do Direito Trabalhista, não há espaço para premiar o infrator, prolongando a impunidade e anulando os efeitos da fiscalização trabalhista, imprescindível para garantir a observância do ordenamento em vigor. Pelo contrário, para atingir tal escopo, torna-se absolutamente necessária a articulação entre as ações preventivas, repressivas

e cominatórias, desenvolvidas no âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário, assim devendo ser fortalecidas, a fim de coibir a conduta lesiva ao ordenamento em vigor.

Por isso é preciso evitar o excesso de discurso, que provoca indesejável (porém muitas vezes providencial) efeito anestésico, que paralisa a ação e relega as instituições ao descrédito.

Com efeito, como levar a sério o que não funciona?

O debate só se reveste de fertilidade quando resulta em ações concretas, que atuem como sinalizadoras de conduta para a sociedade, valorizando o marco normativo e desestimulando as práticas ilícitas.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo e identidade nacional. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil*. São Paulo: Cortez, 2004.

SHARP JUNIOR, Ronald. Processo administrativo fiscal trabalhista. *Revista TRT/Ematra*, Rio de Janeiro, n. 40, jul./dez. 2005.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito. In: SAMPAIO, J. A. Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

Aspectos polêmicos acerca da criação e implantação de unidades de conservação

Duciran Van Marsen Farena*

Sumário: 1 Introdução. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e o modelo de unidades de conservação. 2 Constituição da unidade de conservação: instrumento e alterações posteriores. 3 Unidades de conservação: vícios de sua criação e participação das populações locais. 4 Problemas de desenvolvimento das unidades de conservação: plano de ação emergencial e plano de manejo. O papel do Ministério Público e os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). Gestão da unidade. 5 Unidades de conservação e populações tradicionais. Dever de proteção. Sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação. 6 Considerações finais.

1 Introdução. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e o modelo de unidades de conservação

A Constituição Federal determina, em seu art. 225, III, a criação, em todas as unidades da Federação, de unidades de conservação destinadas à proteção da natureza. A criação de espaços protegidos é ainda o meio mais eficiente e adequado de proteção dos diversos ecossistemas existentes no território nacional e garantia do direito constitucional difuso a um meio ambiente equilibrado e preservado.

* Duciran Van Marsen Farena é Procurador da República na Paraíba e doutor em Direito Econômico pela USP.

Segundo dados da Conservação Internacional, existem hoje no Brasil mais de 1.300 áreas protegidas, públicas e privadas, em todas as categorias de manejo, que totalizam aproximadamente 90 milhões de hectares ou 8% do território nacional¹. Embora o número pareça significativo, na verdade, é um sistema pequeno e assimétrico, considerando-se as diferenças regionais: a Amazônia – que concentra boa parte das unidades de conservação de grande extensão –, sob crescente pressão, mas ainda com vastas áreas de cobertura florestal, ao lado de biomas como a Mata Atlântica, quase completamente desaparecida. Países como a Costa Rica possuem cobertura florestal bem preservada – 50% do território – e ainda dedicam 25% dele às áreas protegidas, tirando bom proveito econômico disso.

Contudo, o principal problema do Sistema é relativo à sua eficácia. A maioria dessas unidades de conservação existe apenas no papel ou ressurte-se da falta de recursos materiais e humanos. Além disso, o sistema apresenta outras carências, tais como a insignificante participação do setor privado na estratégia de áreas protegidas, a despeito de previsões legais, como a da Reserva Particular do Patrimônio Nacional (RPPN), a inexistência de ações expressivas de reflorestamento e recuperação de áreas degradadas, a escassa preocupação com corredores ecológicos e zonas de amortecimento, a falta de planejamento estratégico e, por fim, a desarticulação entre as diversas instâncias (municipal, estadual e federal). Assim é que nem todos os Estados da Federação dispõem de unidades de conservação de modalidade integral, privando ecossistemas de alto risco de proteção mais completa, quando na verdade a necessidade de preservação é que deveria ditar a criação desse tipo de unidade de conservação. A caatinga nordestina, por exemplo, um dos

¹ CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL, 2004.

ecossistemas cujo uso irracional já adquire contornos de catástrofe ambiental, espelhada no processo de crescente desertificação, conta apenas com 0,65% de sua área protegida por unidades de conservação federais de proteção integral², e as poucas unidades estaduais existentes não passam de ficção burocrática, incapaz de reverter a destruição da biodiversidade local.

Trataremos neste artigo de alguns problemas derivados da criação e implantação de unidades de conservação, discutindo alternativas de ação.

Logo de saída, cumpre repassar rapidamente as diferentes categorias de unidades de conservação, conforme a Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000 – Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) –, que disciplina a criação, a regularização e o funcionamento dos “espaços territoriais especialmente protegidos”. Unidade de conservação, particularmente, é o

espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º, II³).

O sistema contempla duas categorias de unidades de conservação, as de proteção integral e as de uso sustentável. As primeiras destinam-se à “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais” (art. 2º, VI). Já o objetivo básico das unidades de

² Dado citado em AGUIAR DIAS, p. 532-533.

³ Não havendo indicação, os artigos mencionados neste trabalho são da Lei n. 9.985/2000.

uso sustentável “é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (art. 7º, § 2º).

As unidades de proteção integral objetivam a preservação intocada do ambiente em que são criadas, em razão de seus atributos naturais, motivo pelo qual sua implantação deve ser feita em terras públicas ou, quando em terras particulares, precedida de desapropriação.

O grupo das unidades de proteção integral é composto por Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre (Lei n. 9.985/2000, art. 8º, I a V).

As unidades de conservação do grupo sustentável são a Área de Proteção Ambiental (APA), a Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE), a Floresta Nacional, a Reserva Extrativista, a Reserva de Fauna, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável e a Reserva Particular do Patrimônio Natural (art. 14).

As diversas modalidades de áreas protegidas podem também ser combinadas numa relação de contigüidade, justaposição ou sobreposição entre elas, formando um mosaico de unidades de conservação. Nesses casos, “a gestão do conjunto será feita de forma integrada e participativa, de forma a compatibilizar a presença da biodiversidade, a valorização da sociodiversidade, e o desenvolvimento sustentável no contexto regional” (art. 26).

O modelo nacional de espaços protegidos parece ter pretendido inserir entre suas categorias todas as possibilidades de criação de unidades de conservação, ao prever a lei a possibilidade de que integrem o SNUC,

excepcionalmente e a critério do Conama, unidades de conservação estaduais e municipais que, concebidas para atender a peculiar-

ridades regionais ou locais, possuam objetivos de manejo que não possam ser satisfatoriamente atendidos por nenhuma categoria prevista nesta Lei e cujas características permitam, em relação a estas, uma clara distinção (Lei n. 9.985/2000, art. 6º, parágrafo único).

Fora desse caso, as demais unidades, tais como as criadas anteriormente à Lei n. 9.985/2000, devem ser adaptadas à nova disciplina, mediante reclassificação, a menos que não haja categoria correspondente a que possam se ajustar. A reclassificação pode ser feita por ato administrativo, após estudos que apontem precisamente a categoria do SNUC em que a unidade deve ser enquadrada. Conforme veremos, não pode haver rebaixamento administrativo do nível de proteção outorgado à área protegida: se antes classificada como de uso indireto, deverá ser enquadrada em uma das modalidades do grupo de proteção integral.

Tecidas essas considerações iniciais, cumpre agora examinar alguns problemas relacionados à criação e implantação de unidades de conservação, de grupo integral ou de uso sustentável.

2 Constituição da unidade de conservação: instrumento e alterações posteriores

A criação de uma unidade de conservação é sempre um ato traumático pelas múltiplas reações que provoca nas comunidades que vivem ou exploram a área ou seu entorno, sem falar em comunidades tradicionais, como índios e quilombolas. Por isso mesmo é que a Lei do SNUC prevê um procedimento específico para a sua criação, com a oitiva das comunidades afetadas.

A Constituição atribuiu enorme importância à criação de unidades de conservação vedando expressamente a alteração e a supressão de espaços territoriais protegidos por ato de natureza infralegal

(CF, art. 225, III). O mesmo requisito não foi estabelecido para a criação dos espaços protegidos.

Por sua vez, o art. 22 da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, estatui que “as unidades de conservação serão criadas por ato do Poder Público”, sem fixar qualquer espécie de requisito a respeito da natureza deste ato.

Assim, que espécie de ato pode criar uma unidade de conservação? A nosso ver, qualquer ato administrativo declaratório de proteção de determinado espaço é suficiente para obrigar, desde logo, o poder público a implementar a proteção daquela área, conforme a modalidade concebida, promovendo tudo o que for mister para tanto, inclusive, se necessário, desapropriações por interesse social (Lei n. 4.132/1962, art. 2º, g).

O ato de criação da unidade de conservação não exige forma predeterminada. Uma vez criada a unidade de conservação, não poderá quem a criou eximir-se de sua implantação sob o argumento de que a forma empregada (ou a categoria em que foi classificada) não foi a mais acertada. Criada por decreto, que delimite sua área e autorize o poder público a proceder às desapropriações, ainda que estas não se efetivem, ou mesmo venha a caducar o decreto expropriatório, subsiste a unidade de conservação e o dever do estado de implantá-la. Somente por meio de lei estará o ente público liberado do dever de implantar essa unidade de conservação; do contrário, deverá promover a regularização fundiária da unidade.

Já a supressão ou alteração de limites da unidade de conservação não prescinde de lei autorizativa. O mesmo vale para o rebaixamento do nível de proteção. Com efeito, criada uma unidade de conservação do grupo integral, não poderá o poder público, por mero ato administrativo, reduzir o seu grau de proteção, por exemplo, transformando-a em uma das categorias de uso sustentável.

Por outro lado,

as unidades de conservação do grupo de uso sustentável podem ser transformadas total ou parcialmente em unidades do grupo de proteção integral, por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo (art. 22, § 5º).

O § 2º trata da consulta pública, como veremos na seqüência.

Cabe ressaltar, entretanto, que

a ampliação dos limites de uma unidade de conservação, sem modificação dos seus limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo (art. 22, § 6º).

Embora à primeira vista possa parecer contraditório afirmar-se a possibilidade de ampliação dos limites sem modificação dos limites originais, a redação imperfeita não deve dar margem a equívocos. A ampliação será possível pelo mesmo instrumento normativo (isto é, dispensando lei), quando a antiga área estiver integralmente contida na ampliação. Caso a ampliação pretendida implique exclusão de qualquer trecho anteriormente protegido, em que pesem maiores acréscimos, indispensável será a aprovação de lei específica.

Enfim, “a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica” (art. 22, § 7º).

Na verdade, esses dispositivos refletem a preocupação em facilitar a criação de unidades de conservação, ao mesmo tempo em que dificultam o retrocesso (supressão, redução da categoria de pro-

teção ou alteração prejudicial de limites), submetendo-o ao crivo legislativo. Vedando-se ao administrador reduzir por ato infralegal os níveis de proteção, o que se pretende é salvaguardar a unidade contra interesses momentâneos no seio da administração.

Ademais, esse tratamento diferenciado condiz com a realidade brasileira de extrema dificuldade de constituição de reservas ambientais, dificuldade que somente cresceria caso o instrumento para sua gênese fosse a lei. As pressões contrárias à criação de unidades de conservação, pela sua eliminação ou diminuição, são muito superiores e mais bem organizadas do que as pró-preservação, o que justifica plenamente a fórmula do estatuto legal.

Não raro, nem mesmo normas constitucionais são suficientes para conter a força contrária à preservação ambiental. A Constituição do Estado da Paraíba prevê, em seu art. 229, gabarito de altura máxima de 12,90m (doze metros e noventa centímetros) para construções na orla marítima, escalonada para 35 metros de altura na faixa de quinhentos metros, contada da linha da preamar (art. 229, *caput* e § 1º, *a*). Contudo, intensa pressão resultou, em 2004, na promulgação de emenda constitucional que abriu exceção para autorizar empreendimento industrial (moinho) na Cidade de Cabedelo, que exigia construção de 72 metros de altura à beira-mar. Erguido, esse “monumento” representa hoje verdadeira ruptura na paisagem litorânea do Estado.

3 Unidades de conservação: vícios de sua criação e participação das populações locais

A Lei n. 9.985/2000 prevê um procedimento específico para a criação de unidades de conservação, que deve ser precedida de “estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade,

conforme se dispuser em regulamento” (art. 22, § 2º). Nesse processo de consulta, dispensável para a criação de Estação Ecológica ou de Reserva Biológica, “o Poder Público é obrigado a fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas”.

Saliente-se que a consulta tem como objeto a “localização, dimensão e os limites mais adequados para a unidade”, e não propriamente sua categoria. Não ultrapassa o óbvio afirmar que a classificação da unidade seja objeto de estudos, e nada impede que a categoria da unidade seja também objeto de discussão pública. Contudo, a decisão quanto à categoria mais adequada pertence sempre ao ente público, que deve levar em consideração principalmente a necessidade de proteção daquele espaço, fundamentada nos estudos técnicos realizados.

Quid juris, se, após a vigência da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, esses procedimentos não são observados e a unidade de conservação é criada sem prévios estudos ou consulta pública? É válida a criação nessas circunstâncias?

Entendemos que sim. Cumpre, antes de mais nada, enfatizar que a previsão diz respeito à consulta, procedimento que envolve audiências públicas e manifestação livre da comunidade, e não plebiscito para decidir se a unidade deve ser ou não criada. Trata-se de elemento não-essencial à formação do ato, porquanto a oposição das comunidades envolvidas não impede a criação da unidade de conservação, incidindo aqui a supremacia do interesse público na preservação ambiental sobre os interesses particulares dos afetados, que podem fazer jus a outro tipo de compensação. É fácil perceber que, se dependesse da aprovação dos afetados, dificilmente uma unidade de conservação seria criada no Brasil. O mesmo se diga da realização de estudos, porque estes não têm caráter vinculante.

Dessa forma, em se tratando de desobediência à formalidade acessória ao ato, temos apenas uma nulidade relativa, que pode e deve ser convalidada pela administração pública. Releva ainda considerar que o processo de consolidação e gestão de unidade de conservação contempla sobradas oportunidades para participação popular tanto na elaboração do plano de manejo quanto no dos conselhos (consultivo, deliberativo), conforme o modelo de unidade. Tenha-se presente, em qualquer hipótese, que o prejuízo ao interesse público causado com a eliminação da unidade de conservação, a pretexto de ausência de estudos e consulta pública, seria muito superior ao de sua manutenção.

Diante dessa situação, uma ação prática que o órgão responsável pela UC poderia adotar seria convocar consulta pública ou audiências públicas para a discussão do plano de manejo ou propor a ampliação dos limites da unidade, convocando a competente consulta pública. De toda sorte, uma vez criada a unidade de conservação, se o ato inaugural não padecer de nulidade absoluta, ela só pode ser suprimida por via judicial ou por lei, porque, como vimos, a própria Constituição Federal nega a possibilidade do exercício de poder de autotutela administrativa neste caso (CF, art. 225, III).

Com isso, não se quer dizer que a consulta seja uma formalidade desprovida de sentido, mas apenas que ela não é determinante para a criação de uma unidade de conservação. No entanto, ela deve ser realizada a fim de que a administração possa, com mais eficácia e legitimidade, consolidar a unidade, esclarecendo de modo cabal à população as conseqüências da sua criação e, a partir das contribuições oferecidas pela sociedade, tomar as decisões necessárias.

Nessa consulta, cujas finalidades são esclarecimento e informação, é inconveniente antecipar questões que dependem da ela-

boração do futuro plano de manejo e que podem e devem ser objeto de discussão após a constituição da unidade, no momento e foro adequado. Por exemplo, são prematuras discussões tendentes a definir condicionamentos que só podem ser definidos no plano de manejo, a respeito dos quais a proposta de criação da unidade não traz provisões específicas a respeito.

Importa ainda mencionar que, à semelhança do que ocorre com o processo de licenciamento ambiental, se a audiência pública não se realiza, em razão de protestos agressivos ou boicote dos interessados, a formalidade considera-se cumprida, não cabendo espécie alguma de questionamento posterior. Do contrário, grupos de interesse distinto poderiam paralisar indefinidamente a criação da unidade, impedindo a realização da consulta. A autoridade deve avaliar a continuidade da consulta pública de outras formas, ou mesmo insistir na reprodução do evento, com a proteção do aparato policial.

Criada a unidade, o plano de manejo deve ser elaborado em cinco anos (art. 27, § 3º). Na elaboração, atualização e implementação do plano de manejo das Reservas Extrativistas, das Reservas de Desenvolvimento Sustentável, das Áreas de Proteção Ambiental e, quando couber, das Florestas Nacionais e das Áreas de Relevante Interesse Ecológico, será assegurada a ampla participação da população residente (§ 2º), por seus representantes nos conselhos ou em audiências públicas. Nas demais unidades, tais como as do grupo de proteção integral, não há essa obrigação, podendo a discussão sobre o plano limitar-se ao âmbito do conselho específico – conselho consultivo, no caso dessa categoria legal. Nada impede, ao contrário, é recomendável, que o projeto de plano de manejo seja submetido à discussão pública, em face da diretriz regente do SNUC, no sentido da “participação efetiva das populações locais na criação, implantação e gestão das unidades de conservação” (art. 5º, III).

De todo modo, é sempre oportuno recordar que a responsabilidade pela unidade de conservação é sempre do órgão ambiental que a instituiu – Ibama, ou do órgão correspondente estadual ou municipal –, não lhe cabendo compartilhar ou delegar suas responsabilidades com quem quer que seja. Nenhuma responsabilidade poderá ser afastada a pretexto de que o plano foi aprovado em consulta pública ou que esta ou aquela deliberação foi tomada democraticamente.

4 Problemas de desenvolvimento das unidades de conservação: plano de ação emergencial e plano de manejo. O papel do Ministério Público e os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). Gestão da unidade

Não raro, unidades de conservação são criadas e em seguida abandonadas, omitindo-se o poder público de qualquer providência para sua implementação. O resultado costuma ser o agravamento dos problemas ambientais da área, entre os quais a ocupação indiscriminada e o exercício de atividades econômicas proibidas. Com relação a essas, tenha-se presente que

até que seja elaborado o plano de manejo, todas as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem se limitar àquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger, assegurando-se às populações tradicionais porventura residentes na área as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais (art. 28, parágrafo único, Lei do SNUC).

Como a elaboração do plano de manejo é um processo demorado, a providência a ser tomada para evitar a ampliação da degradação ambiental é a imediata elaboração e implantação de um

plano de ação emergencial, contemplando medidas que deveriam ser contemporâneas à criação da unidade. O plano de ação emergencial tanto pode ser uma forma de recuperar o tempo perdido como também uma regulamentação provisória visando coibir o descontrole durante o tempo de elaboração do plano de manejo. O PAE poderá, por exemplo, disciplinar a presença de moradores em unidade de conservação do grupo integral, estabelecendo as obrigações e proibições enquanto não definido o uso da área pelas populações tradicionais ou o reassentamento dos ocupantes.

O plano de ação emergencial é, assim, um valioso recurso para regular as situações jurídicas decorrentes da criação da unidade de conservação (de uso sustentável ou integral) até a conclusão do plano de manejo, porque, se de um lado restrições definitivas dependem do plano de manejo, por outro não cabe simplesmente ignorar a existência de ocupações ou atividades contrárias às finalidades a que visa a unidade de conservação. Não há óbice a que o plano emergencial seja objeto de audiências públicas, tal como ocorreu no caso do Parque Estadual Marinho de Areia Vermelha, criado pelo Estado da Paraíba pelo Decreto Estadual n. 21.263, de 28 de agosto de 2000, e que até o início de 2006 não se encontrava implantado. O plano de ação emergencial, proposto pelo Ministério Público Federal e pelo Estado da Paraíba, foi submetido à consulta pública e prevê expressamente sua validade por dois anos até a elaboração definitiva do plano de manejo.

O plano de manejo é obrigação insubstituível a ser exigida do órgão ambiental que administra unidade de conservação. No caso de Areia Vermelha, o Ministério Público logrou a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), prevendo a conclusão do plano de ação emergencial no prazo de 30 (trinta) dias (o PAE foi aprovado por decreto no final do ano de 2006) e do plano de manejo em dois anos.

Segundo o art. 27 da Lei do SNUC, “as unidades de conservação devem dispor de um plano de manejo”, definido como o

documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade (art. 2º, XVII).

O plano de manejo é, assim, o documento fundamental, a “constituição” de uma unidade de conservação (UC). “São proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos” (Lei do SNUC, art. 28). Lamentavelmente, ele ainda é um grande ausente na maioria das unidades de conservação brasileiras, gerando toda sorte de problemas, especialmente na relação entre o administrador da UC e o ambiente humano existente dentro ou no entorno da unidade.

Entre os problemas sofridos pelas unidades de conservação de proteção integral está a existência de propriedades privadas e atividades econômicas em seu interior. Como é sabido, esse grupo pressupõe posse e domínio público da área. O primeiro desafio da administração dessa categoria de unidade será a regularização fundiária, pois é evidente que o ato de sua criação, ainda que por lei, não poderia implicar a supressão dos poderes inerentes à propriedade privada, se não houver a competente desapropriação. No entanto, uma vez criada a unidade, nenhuma obra ou atividade econômica poderá ali ser iniciada sem o licenciamento, que por sua vez não será concedido na área protegida. Novas intervenções humanas estariam, assim, na prática, interdidas, o que, a depender das circunstâncias, poderia configurar desapropriação indireta.

No caso das unidades de uso sustentável, que não pressupõem posse e domínio público das terras situadas na área, o problema se apresenta em feição diversa. Essa categoria de unidade – tomemos o exemplo da Área de Proteção Ambiental (APA) – admite uso humano compatível com o manejo da unidade.

A Área de Proteção Ambiental, definida como

uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais,

pode ser constituída por terras públicas ou privadas (Lei n. 9.985/2000, art. 15, *caput* e § 1º). “Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental” (§ 2º).

Isso significa que não haverá interdição absoluta ao exercício de atividades econômicas no interior da APA, mas somente daquelas que se mostrarem incompatíveis com os atributos que a unidade visa preservar. Assim, por exemplo, é possível imaginar-se a proibição de viveiros de camarão em uma APA, sendo admitida, no entanto, a utilização da terra para a implantação de um hotel ecoturístico.

Somente o órgão ambiental responsável pela administração da unidade tem condições de dizer que tipo de uso é admissível na área. Vale dizer, projetos de obras ou atividades econômicas devem ser submetidos à administração da unidade durante o processo de licenciamento. Nesse sentido, dispõe o § 3º do art. 36 da Lei do SNUC que,

quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

No caso das APAs, a Resolução Conama n. 10, de 14 de dezembro de 1988, exige licença especial, além da licença ambiental, da entidade administradora da APA para atividades industriais potencialmente capazes de causar poluição (art. 7º), e prévia autorização da entidade administradora para projetos de urbanização.

Por sua vez, o Estudo de Impacto Ambiental deve demonstrar a compatibilidade da atividade ou obra projetada com os propósitos da APA. Entretanto, a inexistência de plano de manejo deixa um limbo que impossibilita definir quais atividades podem ser exercidas no interior da unidade, comprometendo a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA)/Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

À toda evidência, somente o plano de manejo poderá dissipar esta insegurança, mas o que fazer até lá? O plano de ação emergencial poderá estabelecer o elenco provisório de atividades compatíveis com a APA e definir os cuidados a serem adotados, criando uma norma objetiva para a avaliação dos casos. Contudo, mesmo quando este falta, a solução deve ser buscada caso a caso, objetivando-se compromisso entre o órgão licenciador, a administração da unidade e o empreendedor. Se o órgão licenciador for outro que não o administrador da unidade (por exemplo, licenciamento estadual em APA federal⁴), deverá levar em conta o compromisso na

⁴ Em se tratando de unidade de conservação de domínio da União, o licenciamento será sempre competência do Ibama (Resolução Conama n. 237/1997). No tocante

análise do processo de licenciamento. Como a competência para o licenciamento se dá pelo critério da abrangência do impacto sobre o meio ambiente (Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997, art. 4º), se o impacto de obra ou empreendimento situado em APA federal for meramente local, a competência para o licenciamento será do órgão estadual integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). No entanto, indispensável será a autorização da administração da APA (Lei do SNUC, § 3º, art. 36), que recomenda, para evitar conflitos, o licenciamento conjunto pelos dois órgãos, o licenciador e o responsável pela unidade de conservação.

Em princípio, todas as atividades potencialmente poluidoras ou que envolvam o uso de recursos naturais no interior de uma APA não podem ser autorizadas, na ausência de zoneamento ecológico e plano de manejo. No entanto, especialmente se já ultrapassado o prazo legal de cinco anos para elaboração deste, o risco é o de que o empreendedor recorra, com êxito, ao Judiciário. Assim, a celebração de termo de compromisso entre o empreendedor e a administração da unidade (é possível ainda pensar em TAC celebrado com o Ministério Público) pode consistir em um bom caminho para superar o impasse, propiciando que o gestor da unidade possa apreciar a autorização para o empreendimento. Assim, o termo de compromisso ou TAC substituiria, para o caso concreto, o plano de manejo, cuja ausência inviabiliza a manifestação do gestor da unidade, nunca o licenciamento em si, que é requisito constitucional inafastável.

às unidades de uso sustentável, como a APA, quando federais, o licenciamento pelo órgão estadual somente será possível se omissa o ato de formação da unidade, pois este pode prever expressamente a competência federal para o licenciamento. Esse é o caso da APA federal da Barra do Rio Mamanguape, situada no litoral norte da Paraíba, que ressalva expressamente a competência para licenciamento do Ibama no art. 9º do Decreto n. 924, de 10 de setembro de 1993, que a instituiu.

5 Unidades de conservação e populações tradicionais. Dever de proteção. Sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação

A Lei do SNUC procurou distanciar-se da ótica de confronto que identifica as populações tradicionais como obstáculo a ser removido do caminho da proteção ambiental por meio de unidades de conservação, declarando expressamente que um dos objetivos do SNUC é “proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente” (Lei n. 9.985/2000, art. 4º, XIII). Por outro lado, o SNUC é regido por diretrizes que “garantam às populações tradicionais, cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação, meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos” (art. 5º, X).

Cumpra, nesse passo, diferenciar, entre os moradores no interior das unidades de conservação, as populações tradicionais protegidas dos demais tipos de ocupantes. Populações tradicionais são aquelas que interagem com determinado ambiente, utilizando seus recursos naturais principalmente para a subsistência, “com fraca articulação com o mercado, baseado em uso intensivo de mão-de-obra familiar, tecnologias de baixo impacto derivadas de conhecimentos patrimoniais e, normalmente, de base sustentável”⁵. Em geral, essas comunidades, diferenciadas culturalmente, contribuem para a preservação da biodiversidade, em seu vínculo histórico com a terra, a despeito de carecerem de títulos oficiais de propriedade.

⁵ ARRUDA, Rinaldo. “Populações tradicionais” e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X1999000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev. 2007.

Essa noção não se refere apenas a povos indígenas, mas a todos os que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos, tais como os açorianos, babaçueiros, caboclos/ribeirinhos, caiçaras, caipiras/sitiantes, campeiros (pastoeiro), jangadeiros, pantaneiros, pescadores artesanais, praieiros, quilombolas, sertanejos/vaqueiros e varjeiros (ribeirinhos não-amazônicos)⁶.

Os demais habitantes no interior de uma unidade de conservação que não se encaixam no conceito de comunidades tradicionais são proprietários ou ocupantes sem titulação, como, por exemplo, barraqueiros, garimpeiros, invasores de áreas públicas etc. Esses não fazem jus a tipo algum de proteção, além das asseguradas pela legislação comum. Se proprietários, receberão a indenização de direito. Se ocupantes ou invasores de escassa condição econômica, habilitam-se ao auxílio e assistência social dispensados pelo poder público nesses casos.

Nas unidades de conservação de uso sustentável, em geral, é possível conciliar a preservação ambiental com a sobrevivência de comunidades tradicionais, mediante a proibição, o estímulo ou o redirecionamento das atividades realizadas por estas de forma predatória, tais como queimadas, desmatamento ou pesca de arrasto. Nesse sentido, o art. 23 da Lei do SNUC estabelece que a posse e o uso das áreas ocupadas por populações tradicionais nas Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável serão regulados por contrato, obrigando-se estas comunidades à preservação, recuperação, defesa e manutenção da unidade de conservação (art. 23, § 1º). As comunidades tradicionais convivem também com outras unidades de conservação de uso sustentável, como nas APAs e na Floresta Nacional, sendo que no caso desta admite-se a

⁶ DIEGUES; ARRUDA, 2005, p. 131-133.

permanência das populações tradicionais que a habitavam quando de sua criação (art. 17, § 2º).

Na categoria de uso sustentável, é possível conceber-se um dever de proteção das comunidades tradicionais que vivem no interior da unidade, por parte do órgão administrador desta. Assim, por exemplo, se a comunidade tradicional realizar alguma atividade danosa ao meio ambiente, como extração indiscriminada de madeira para construção de casas, não bastará ao órgão administrador da unidade simplesmente proibi-la; deverá, ainda, oferecer alternativas de manejo sustentado, como, por exemplo, estimular o plantio de espécies vegetais de rápido crescimento que possam atender às necessidades da comunidade. Da mesma forma, será motivo suficiente para que o administrador da APA se manifeste contrário à implantação de um empreendimento se este implicar a remoção de uma comunidade tradicional existente na área ou se prejudicar de qualquer forma a qualidade de vida destas populações. O termo de referência de empreendimentos na área da APA exigirá, igualmente, que sejam consideradas no EIA/RIMA possíveis interferências do empreendimento com o modo de vida das comunidades tradicionais, prevendo sempre que necessário medidas compensatórias.

Independentemente da categoria da unidade, o modelo de exclusão deve ser evitado, autorizando-se a permanência das comunidades tradicionais sempre e quando for possível a compatibilização com o objetivo preservacionista. Há casos em que, conforme veremos, mesmo de proteção integral, a comunidade tradicional não pode ser expulsa da unidade. Sendo absolutamente impossível a permanência das comunidades tradicionais e não havendo impedimento legal, elas devem ser realocadas, mediante indenização ou compensação, pelo poder público, em local e condições acordados entre as partes (Lei do SNUC, art. 42, *caput*). Na prática, forçoso

é reconhecer, isso quase nunca acontece. Essas comunidades têm o direito a permanecer – e ser protegidas – até seu reassentamento:

até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando a sua participação na elaboração das referidas normas e ações (art. 42, § 2º).

Nessa hipótese, as normas, regulando o prazo de permanência e suas condições, serão estabelecidas em regulamento (§ 3º) ou mesmo no prefalado plano de ação emergencial.

Determinadas comunidades tradicionais, para as quais a posse do território é referência coletiva e está garantida constitucionalmente, como as indígenas e quilombolas, não são passíveis de remoção e reassentamento. Trata-se aqui do sério problema da sobreposição de unidades de conservação com terras desses grupos étnicos que mereceram proteção constitucional diferenciada. A regra, como vimos, deve ser a da conciliação entre a conservação da natureza e a ocupação e uso da área pelas comunidades tradicionais. E quando isso for impossível? Prevalece a unidade de conservação sobre a terra indígena? E quanto ao marco temporal, sabendo-se que o procedimento de criação da primeira é, por natureza, mais ágil do que o procedimento de identificação, demarcação e homologação de reservas indígenas e o de titulação da terra quilombola?

Juliana Santilli defende que

a criação de unidades de conservação com limites superpostos aos dos territórios dos quilombolas só é legalmente possível quando se

trata de categoria de unidade de conservação que não restringe ou limita as atividades tradicionais desenvolvidas pelos quilombolas, como caça, pesca, roças e extrativismo.

Do contrário, os atos de criação “padecem do vício da nulidade absoluta, e não produzem efeitos jurídico”⁷, lição que certamente se estende à incidência do ato sobre terras indígenas, ao mencionar a “interpretação analógica com os dispositivos constitucionais que asseguram direitos aos povos indígenas”⁸. Sustenta ainda a autora que,

no desenvolvimento de suas atividades tradicionais, voltadas para a subsistência ou consumo interno, as comunidades quilombolas não estão sujeitas às restrições estabelecidas pela legislação ambiental, de que são exemplos as áreas de preservação permanente instituídas pelo Código Florestal, as restrições à pesca e à caça nas leis específicas etc.⁹.

Não cabe dúvida de que, criada a unidade de conservação depois da titulação da terra quilombola ou da demarcação da indígena, ela deverá compatibilizar-se com a presença humana dessas comunidades e com seus modos de exploração dos recursos naturais, ainda que requeiram uso direto, porque há de ser respeitado o usufruto indígena ou da comunidade quilombola já reconhecido sobre a área. Esse entendimento é, a nosso ver, mais consentâneo com o princípio da precaução do que simplesmente considerar nula a criação da unidade. Tampouco é o caso de desclassificação automática da categoria da unidade, até porque, para terceiros, as restrições, por exemplo, decorrentes da categoria de proteção integral, continuam plenamente aplicáveis.

⁷ SANTILLI, 2005, p. 180.

⁸ Ibidem, p. 175.

⁹ Ibidem, p. 180-181.

No entanto, como novas terras indígenas e quilombolas podem ser reconhecidas a qualquer momento, é possível também que a criação da unidade de conservação de proteção integral tenha ocorrido antes do reconhecimento da terra indígena ou quilombola. Nesse caso, prevalece a demarcação administrativa que se deu posteriormente à implantação da UC de regime integral? Certamente não. Criada esta antes do reconhecimento oficial da terra como indígena ou quilombola, ela subsiste após a demarcação e homologação¹⁰, e suas restrições aplicam-se também àquelas comunidades. Todavia, não será possível a remoção da comunidade indígena de suas terras por expressa disposição constitucional (art. 231, § 5º). No tocante aos quilombolas, não há vedação expressa, constitucional ou legal, ao reassentamento, embora Juliana Santilli sustente que também esses não podem ser removidos¹¹.

Não se desconhece o direito constitucionalmente assegurado à comunidade indígena à posse permanente de suas terras e usufruto exclusivo das riquezas do solo (CF, § 2º, art. 231). Se há possibilidade de usufruto, este será da comunidade indígena. Contudo, não está assegurado constitucionalmente aos indígenas o direito ao usufruto quando este não é possível, por exemplo, na caça de espécie ameaçada de extinção ou no desmatamento de área de proteção permanente. Não procede, a nosso ver, o argumento de que índios e quilombolas estão imunes à legislação ambiental. Reconhecida terra indígena sobreposta à unidade de conservação de regime integral já existente, caberá ao indígena, eventualmente, a gestão do parque, ou o usufruto deste, na medida em que ele é possível, recolhendo as taxas (preços) de visitação, turismo ecológico ou outras

¹⁰ Em que pese o caráter declaratório do ato de demarcação, como reconhecimento da posse imemorial e originária da terra pela comunidade indígena, antes dela não são produzidos efeitos jurídicos, prevalecendo, inclusive, enquanto não homologada, o direito de propriedade particular.

¹¹ SANTILLI, 2005, p. 179.

admitidas por lei. Na hipótese – improvável, pois no Brasil as áreas indígenas são muito mais extensas do que as unidades de conservação – de coincidência total da unidade de conservação de proteção integral com área indígena, a solução passará necessariamente pelo Poder Legislativo, que poderá reclassificar a unidade, ou pela via judicial, provocada pelo órgão indigenista ou pelo Ministério Público.

Nem se argumente com o § 6º do art. 231 da Constituição Federal, segundo o qual “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”. A criação de uma unidade de conservação, ainda que de proteção integral, anterior ao reconhecimento da terra indígena, não tem por objeto a ocupação, o domínio ou a posse de terras indígenas, que são sempre terras públicas da União, mas sim a proteção do meio ambiente, com vistas em garantir um direito fundamental não só da própria coletividade indígena, mas de todos os seres humanos. Uma área definida legalmente como reserva legal ou área de preservação permanente, por exemplo, não deixa de sê-lo por estar em terra indígena demarcada, e o direito ao usufruto exclusivo da terra não significa imunidade à legislação ambiental em vigor. Logo, em que pese a natureza meramente declaratória do ato de demarcação da terra indígena, este, ao contrário do que ocorre com a posse ou domínio particular, não tem o condão de invalidar a proteção da natureza conferida em momento anterior.

Em síntese, todas as restrições vigentes quanto à terra indígena (inclusive a referente à exigência de lei complementar, §§ 3º, 5º e 6º do art. 231 da Constituição Federal) dizem respeito à utilização, e não à não-utilização da terra indígena, que é exatamente o que pressupõe uma unidade de conservação de proteção integral.

Embora seja verdade que, em muitos casos, as comunidades indígenas oferecem importante contribuição para a manutenção da

biodiversidade, sendo certo que na Amazônia foi constatado que, em inúmeros casos, a degradação ambiental é significativamente menor em reservas indígenas, em comparação com unidades de conservação, essa não é uma realidade universal. A idéia do “selvagem sustentável” é tão ilusória quanto a do “bom selvagem”. Mesmo na Amazônia, extração de madeira rara e garimpo ilegal, com o consentimento das lideranças indígenas, têm sido praticados. No Nordeste, os indígenas, tendo recuperado recentemente sua identidade após centenas de anos de opressão, não se diferenciam em suas práticas de qualquer lavrador comum e tendem a reproduzir as condutas herdadas dos tempos em que trabalhavam para os antigos senhores da terra. Retomada a terra ancestral, o primeiro impulso é a derrubada dos resquícios de mata que o antigo proprietário rural deixou, a sua venda como lenha e a realização de cultivos, atitudes que pressionam os últimos remanescentes de mata atlântica na Região.

Cabe, por derradeiro, ressaltar que, diante de conflitos entre as comunidades indígenas e a administração de unidades de conservação, o Ministério Público Federal pode oferecer contribuição decisiva para equilibrar os interesses da preservação ambiental e da comunidade residente na área, buscando uma fórmula de consenso naqueles casos em que uma comunidade tradicional permanece em unidade de conservação de proteção integral, ou porque ainda não foi providenciado seu reassentamento, ou porque não pode ser removida, como é o caso das comunidades indígenas.

6 Considerações finais

A Constituição Federal atribui enorme importância à criação de unidades de conservação, que são ainda a mais eficiente política de preservação do meio ambiente. As dificuldades em sua criação – e as deficiências em sua manutenção – levaram a que fosse

introduzida no ordenamento jurídico verdadeira cláusula de não-retrocesso, segundo a qual a criação da unidade pode dar-se por qualquer instrumento, mas sua diminuição ou supressão, somente por meio de lei.

Seria, de fato, inoportuno complicar em demasia o processo de criação de unidades de conservação, em um país que carece enormemente delas, tendo tão-somente 8% de sua área protegida (proporção equivalente, por exemplo, às remanescentes de mata atlântica existentes) e desta, menos de 3% sob regime de proteção integral. A lei prevê a realização de consulta pública prévia à criação da unidade, mas o órgão ambiental deve tomar as precauções para que esse processo não seja convertido em consulta plebiscitária ou torne-se interminável diante de manifestações desfavoráveis de interessados.

Não deve haver conflito entre a preservação do meio ambiente, por intermédio de unidades de conservação, e a sobrevivência de populações tradicionais. Independentemente do grupo ao qual pertença a unidade, as populações tradicionais devem ser autorizadas a permanecer em seu interior e protegidas pelo órgão ambiental, sempre que for possível conciliar o objetivo preservacionista e os modos de vida dessas populações. No entanto, em situações limite, a defesa do meio ambiente tem primazia, ressalvados os direitos constitucionais de indígenas e quilombolas.

O Ministério Público pode desempenhar papel significativo na consolidação das unidades de conservação, combatendo a praga dos “parques de papel”, fator de desmoralização da estratégia preservacionista. O primeiro objetivo será exigir a elaboração do plano de manejo da unidade, por meio de termo de ajustamento de conduta que defina prazos, e, enquanto este não seja concluído, regras emergenciais para o período de transição, medida

de suma importância naquelas unidades criadas há tempos, mas carentes de qualquer ação no sentido de sua implementação. Outra tarefa importante do Ministério Público é mediar conflitos entre as comunidades tradicionais e o órgão ambiental, atento ao dever de proteção dos interesses dessas comunidades, quando habilitadas a permanecer ou enquanto não são reassentadas. Quando se trata de comunidades indígenas e quilombolas, habitantes no interior de unidades de conservação, essa intervenção é essencial para que seja alcançado o objetivo de uma convivência harmônica e sustentável entre essas comunidades e o meio ambiente protegido.

Referências

AGUIAR DIAS, Francisca Helena et al. Efetividade nas unidades de conservação de proteção integral na manutenção da biodiversidade do Ceará. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 4., 2004, Curitiba: *Anais...* Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza e Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação, 2004. v. 1.

ARRUDA, Rinaldo. “Populações tradicionais” e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X1999000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev. 2007.

CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL. Análise de lacunas nas unidades de conservação do cerrado. *Notícias*, Curitiba, 19 out. 2004. Disponível em: <<http://www.conservation.org.br/noticias/noticia.php?id=55>>. Acesso em: 22 fev. 2007.

DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. In: SANTILLI, Juliana.

Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.* São Paulo: Peirópolis, 2005.

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo*

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos pressupostos e dos requisitos dos atos de comunicação. 3 Das finalidades e dos fundamentos dos atos de comunicação. 4 Do destinatário do ato de comunicação. 5 Da Teoria da Ação Comunicativa habermasiana. 6 A política criminal, a criminologia e a Constituição.

1 Introdução

A citação, a intimação e a notificação são atos de comunicação no processo penal¹. E isso, certamente, não representa para o leitor mais informado acerca do tema novidade alguma. Assim, para que possamos analisar esses atos de comunicação, ainda que em linhas

* Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo é mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia, professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Católica do Salvador, professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências, professor de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia e professor de Direito Penal da Faculdade Batista Brasileira. É também analista previdenciário do INSS-BA na Procuradoria Federal Especializada.

¹ Consideramos a citação, a intimação e a notificação como atos de comunicação, uma vez que tais atos têm em comum a transmissão de uma informação. A finalidade de tais atos propiciou a elaboração, nessa oportunidade, do esboço de uma teoria geral dos atos de comunicação.

gerais, impõe-se de imediato o dever de entendê-los como tais, ou seja, de entendê-los como atos de uma comunicação que venha a ocorrer dentro do processo.

Nessa breve introdução em torno dos atos de comunicação, esclarecemos, desde já, que não temos em mira os atos de cientificação que venham a ser realizados antes de se poder afirmar categoricamente que existe processo. Vale dizer, temos em mente apenas os atos de comunicação ocorrentes dentro do processo, dito de outra maneira, se constituído perfeitamente o processo.

Feita tal observação, pensamos que a citação, a intimação e a notificação, para que sejam entendidas como atos de comunicação, precisam obedecer ao que chamamos de *núcleo essencial do ato de comunicação*. Mas o que seria o núcleo essencial do ato de comunicação? A nosso ver, seria o núcleo comum que todo ato de comunicação deve possuir. Esse núcleo é constituído pelos seguintes elementos: a) emissor; b) receptor; c) informação e d) instrumento utilizado para comunicação.

O emissor é sempre o Estado-Juiz. O receptor é o réu, o autor, a testemunha, o perito, o intérprete e qualquer outra pessoa que interesse ao processo. A informação é o conteúdo que se quer comunicar por meio da citação, da notificação ou da intimação. Tal informação pode ser alusiva a fato novo, a fato pretérito ou, ainda, a fato futuro do processo. O instrumento utilizado para comunicação pode ser o correio, o mandado a ser cumprido pelo oficial de Justiça, o telefone, o fax, o *e-mail*, o edital ou qualquer outro meio hábil, a depender de qual seja o ato de comunicação que esteja sendo considerado.

Ante o exposto, percebe-se que, assim como qualquer ato de comunicação, a citação, a intimação e a notificação devem apresentar tais características.

2 Dos pressupostos e dos requisitos dos atos de comunicação

Tecidas essas considerações preliminares, cabe agora passarmos ao exame dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação. Diga-se, desde já, que tanto as observações feitas na abordagem introdutória como os esclarecimentos sobre os quais ora iremos discorrer, dizem respeito a uma teoria dos atos de comunicação, que poderemos chamar de teoria geral da comunicação ou dos atos de comunicação. Dito de outra forma, os pilares que ora trazemos a público são aplicáveis, consideradas as peculiaridades de cada ato, à citação, à notificação e à intimação. Portanto, não deve incorrer o operador e o estudioso do direito em tal falha, ou seja, no equívoco de imaginar que essas explicações guardam pertinência apenas à intimação e à notificação, sem se referir à citação. Enfatize-se que tais noções são, por conseguinte, de índole genérica e abrangente.

Nesse momento o leitor poderia estar-se indagando: qual a distinção entre pressuposto e requisito? E somada a tal pergunta, acrescentaríamos duas outras mais: qual a distinção entre pressuposto, requisito e condição? Tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste? Passemos, então, a um esboço de resposta a cada uma dessas perguntas.

No que tange ao pressuposto, ao requisito e à condição, pensamos que a distinção entre tais elementos esteja no *momento em que se observa o ato jurídico*, isto é, encontra-se no momento de realização do ato jurídico. Se é certo que o ato de comunicação é um ato processual, força é convir que todo ato processual é um ato jurídico e, como tal, submete-se, dadas as devidas proporções, à teoria geral dos atos jurídicos. Assim, pensamos que pressuposto é todo o elemento que deve existir previamente (no pretérito) à realização do ato processual (ato jurídico).

Por outro lado, os requisitos são todos os elementos que devem estar presentes (no momento presente) no instante em que o ato processual está sendo consumado. Por sua vez, a condição, como já antecipa o Código Civil (CC, art. 121: “Considera-se condição [...] evento *futuro* e incerto”), é toda circunstância que possa vir a ocorrer no futuro. Nesse passo, convém assinalar que o direito civil nos ensina que pode haver duas espécies de condição, quais sejam: a resolutiva e a suspensiva.

Dessa forma, portanto, nota-se que o ato jurídico pode ser analisado em três momentos distintos: pretérito, presente e futuro. Vale dizer, o ato jurídico deve ser percebido no seu antes, no seu durante e no seu depois. Logo, se isso se observa quanto a ele, o mesmo deve ocorrer quanto ao ato processual, como ato jurídico que é.

Cientes de que a proposta de distinção de tais expressões pode merecer diversas críticas da doutrina, advertimos que a distinção que ora estabelecemos, como todo argumento jurídico, tem cunho subjetivo e valorativo, e que, por isso, não pode ser tomado de forma inquestionável. Dessa maneira, toda crítica é produtiva e encontra papel relevante na produção do conhecimento hermenêutico jurídico.

Respondidas as duas primeiras indagações, cabe a nós agora enfrentar a última: tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste?

A nosso ver, os pressupostos do ato de comunicação (citação, intimação e notificação) são: a) a previsão legal do ato de comunicação; b) a relação jurídica processual em desenvolvimento. De outro lado, os requisitos são: a) o Estado-Juiz (emissor da mensagem); b) o receptor (réu, autor, perito, testemunha etc.) da mensagem; c) o conteúdo da mensagem, ou seja, o ato processual que

foi realizado ou que será realizado; e d) o instrumento processual utilizado para fazer a comunicação, isto é, se foi carta precatória, ou carta rogatória, ou AR, ou *e-mail* etc.

Ao final de tais explicações, poderia restar ainda a seguinte dúvida: qual a finalidade do ato de comunicação? E, mais que isso, qual o fundamento do ato de comunicação?

3 Das finalidades e dos fundamentos dos atos de comunicação

A finalidade do ato de comunicação é transmitir uma mensagem com sucesso. Em outras palavras, o escopo de qualquer ato de comunicação é dar publicidade de um evento que aconteceu ou que está por acontecer a determinada pessoa que faça parte (entendido no seu sentido amplo) do processo. Isto é, a finalidade direta do ato de comunicação é a publicidade interna ao processo. Mas essa seria apenas uma finalidade imediata. Outra finalidade do mesmo ato é a que podemos denominar de mediata ou indireta. Nesse sentido, o ato de comunicação tem por objetivo deixar registrado e certificado dentro dos autos do processo que tal mensagem foi transmitida, de maneira efetiva ou fictícia, ao destinatário previsto em lei, ou seja, a finalidade indireta do ato de comunicação é dar conhecimento às demais pessoas estranhas à relação processual da mensagem que se quis comunicar. Nesse sentido, o ato de comunicação é também uma prestação de contas à sociedade, o que, na verdade, todo processo o é, na medida em que serve aos ditames da Democracia. Por isso, a finalidade indireta do ato de comunicação é a publicidade externa ao processo.

Quanto aos fundamentos dos atos de comunicação, pensamos que estes sejam os seguintes: a) o princípio da publicidade, b) o princípio da ampla defesa, c) o princípio do devido processo

legal, d) o princípio do contraditório, e) o princípio da motivação das decisões e f) o princípio democrático².

Trata-se de princípios largamente estudados na doutrina³, mas que merecem nessa oportunidade ser explicitados e aprofundados, tendo por escopo destacar a relevância do papel desempenhado pelos atos de comunicação no processo penal contemporâneo, promovendo-se, assim, uma refundação desses atos à luz do princípio democrático.

Quanto ao princípio da publicidade, este é o fundamento mais emergente dos atos de comunicação, uma vez que, mesmo num primeiro olhar mais aligeirado sobre eles, já se percebe sua nota marcante. Note-se que tal princípio é também o primeiro a conferir a importância crescente que tais atos vêm ganhando na sociedade contemporânea. O princípio da publicidade é, a um só tempo, fundamento e finalidade do ato de comunicação. Finalidade, como destacado linhas atrás, se considerado como finalidade imediata e mediata. Fundamento, se tomado como expressão de legitimidade do processo. Em outras palavras, a publicidade serve de fundamento ao ato de comunicação, pois maximiza a legitimidade desse e, por via de consequência, do próprio processo.

No que diz respeito ao princípio da ampla defesa, esse se presta a fundamento do ato de comunicação, pois garante ao réu comunicação clara, determinada e objetiva da imputação que lhe é feita, de sorte a proporcionar-lhe a efetiva garantia de defesa, seja técnica, seja por meio da autodefesa.

No que concerne ao princípio do devido processo legal⁴, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido

² Sobre a importância do princípio democrático, consultar FERRAJOLI, 2002, p. 74-75.

³ NERY JUNIOR, 1999, p. 30-40; 127-148; 165-166 e 172-177.

⁴ Cumpre assinalar que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara

pela doutrina sob dois aspectos: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado. Em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, esse princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da isonomia entre as partes. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo.

Tecidas tais considerações, cabe assinalar, então, que o princípio do devido processo legal é também fundamento dos atos de comunicação, pois exige que esses sejam praticados de acordo com as regras previamente estabelecidas na lei processual e sejam exercitados da maneira mais justa. Entendemos aqui como exercício da maneira justa o esforço que deve ser empreendido para garantir que o ato de comunicação seja real, evitando-se, ao máximo, a sua realização pela via fictícia.

No que tange ao princípio do contraditório, entendendo-se esse como corolário do princípio da isonomia das partes e, por conseguinte, como garantia de paridade de armas a elas, tomamos como outro fundamento dos atos de comunicação, em razão de que tais atos devem ser compreendidos como expressão efetiva da igualdade de oportunidades durante o trâmite do processo. Os atos de comu-

processual penal, uma vez que não há crime nem pena sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que é estudado pela doutrina processual civil.

nicação favorecem o exercício do dissenso pelas partes, para que, ao final do processo, possa-se construir um consenso.

Por sua vez, o princípio da motivação⁵ das decisões presta-se a fundamento dos atos de comunicação, pois esses devem decorrer de decisão judicial, produzindo-a e reproduzindo-a. Esclarecendo, os atos de comunicação só existem na medida em que se apresentam como fruto de decisão judicial fundamentada. Se entendermos que o processo é um instrumento estigmatizante⁶, que se presta a rotular os sujeitos por eles envolvidos, perceberemos que os atos de comunicação são também, em certa medida, a primeira expressão dessa estigmatização⁷, pois é a partir desse momento que o sujeito passivo processual passa a ser rotulado pelo contexto social. Assim, a decisão de determinar um ato de comunicação deve ser necessariamente uma decisão judicial, uma vez que ela deve ser fundamentada, ponderada e equilibrada.

⁵ Note-se que o princípio da motivação está fundado em motivos fáticos e jurídicos e, juntamente com o princípio da publicidade, é o limite mais evidente contra a prática de atos arbitrários e abusivos.

⁶ Convém salientar que o processo, além de ser um instrumento estigmatizante, pode ser também elemento propulsor de uma criminalização secundária, na medida em que, em vez de prevenir a prática de delitos, preste-se a produzi-los. Sendo assim, o ato de comunicação, mais especificamente a citação, deve ser devidamente motivado e proporcional, pois deve o juiz também ter em consideração, ao determinar a citação, que esta é estigmatizante e, em alguns casos, causa de criminalização secundária. Ressalte-se, por oportuno, que a relação jurídica processual somente se aperfeiçoa com a realização da citação válida do réu.

⁷ Ao colocarmos em voga a estigmatização provocada pelo processo, bem como pelo ato de comunicação em si, queremos também deixar aberta a possibilidade de se discutir a responsabilização civil do Estado-Juiz pelo ato de comunicação praticado com erro ou dolo, que venha a causar prejuízo ao sujeito-destinatário do ato, seja no que toca aos lucros cessantes, seja no que concerne aos danos emergentes (materiais e/ou morais). Entrementes, cientes de que o tema é movediço, preferimos não fazer, por ora, qualquer assertiva mais incisa acerca do assunto, seja sustentando a possibilidade de indenização, seja repelindo qualquer idéia nesse sentido.

Por outro lado, é o ato de comunicação que produz e reproduz a decisão que por meio dele é expressa. Produz, como elemento integrante e constituinte do ato de decisão, ou seja, constitutivo da manifestação de poder, tendo-se em foco o Estado-Juiz. E reproduz, na medida em que é compreendido por aquele a quem se destina, reverberando na conduta futura (após a realização do ato de comunicação) do sujeito-destinatário.

Por fim, o ato de comunicação encontra seu fundamento último e mais relevante no princípio democrático, tendo em vista que, se observado por esse prisma, tal ato confere legitimidade à decisão que vier a ser proferida. Entende-se por legitimidade a circunstância em que a decisão que será imposta às partes é produto da participação ativa que essas desempenham na relação processual. Nesse sentido, a decisão judicial é fruto do dissenso inicial entre as partes, voltado à busca de um consenso. E, na construção desse consenso, é de grande importância o papel dos atos de comunicação, pois relaciona e problematiza a pretensão do sujeito emissor e a resistência do sujeito destinatário.

4 Do destinatário do ato de comunicação

O destinatário do ato de comunicação variará de acordo com a espécie de ato praticado. Isso porque, enquanto a citação só se pode dar, em regra, na pessoa do réu, sendo esse, por conseguinte, o seu sujeito destinatário por excelência, o mesmo não ocorre quanto aos demais atos de comunicação.

A intimação e a notificação são atos de comunicação bastante semelhantes quanto ao sujeito destinatário. Em razão dessa circunstância, fez-se aqui a opção de cuidar do sujeito destinatário de tais atos de comunicação a partir de uma única perspectiva. Logo,

quando se mencionar a expressão notificação, as considerações feitas acerca desse ato serão válidas e aplicáveis à intimação.

Quanto ao sujeito destinatário da notificação (e/ou intimação), convém formular, de imediato, a seguinte indagação: a notificação (e/ou intimação) só se destina às testemunhas e aos réus?

A resposta a tal pergunta é não. Em todas as oportunidades em que a autoridade determinar que seja alguém comunicado de que deve fazer ou deixar de fazer algo, resultando a desobediência na cominação de uma sanção, então, pode-se falar, de maneira técnica, em notificação.

Releva notar que está excluído dessa conceituação o chamamento inicial, que se faz por meio de citação. Dessa maneira, notificam-se as testemunhas para que venham depor. Caso as *testemunhas* não atendam à convocação, sujeitar-se-ão às sanções estabelecidas nos artigos 218 e 219 do CPP. Notifica-se o *réu* para presenciar a oitiva das testemunhas. E se desatender ao comunicado? Nesse caso, o processo continuará à sua revelia, de acordo com o artigo 367 do CPP. Notifica-se o *expert* a estar presente diante da autoridade ou em lugar determinado. A violação submetê-lo-á à cominação prevista no parágrafo único do artigo 277. Igual atitude será adotada contra o *intérprete*, quando notificado, por força do que pontifica o artigo 281 do *codex*. A *vítima* é notificada para se fazer presente diante da autoridade para dar declaração, uma vez que sua inobservância redundará na adoção do que dispõe o parágrafo único do artigo 201. Os *jurados* são notificados a comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Na hipótese de desatendimento, a eles serão aplicadas as sanções inscritas no artigo 443. Qualquer que seja o ato do processo, deverá ser o *assistente de acusação* notificado, tendo em vista que sua desobediência provocará a cominação imposta no § 2º do artigo 271. Notificado ainda deverá ser o *querelante*, quando

disser respeito a ato processual a que deva comparecer, uma vez que a sua ausência resultará em preempção, de acordo com o inciso III do artigo 60. Note-se que o *membro do Ministério Público* e o *defensor* são também notificados, e o seu desatendimento pode levar o magistrado, na primeira situação, a prestar tal notícia ao procurador-geral de Justiça e, na segunda, a cominar a regra disposta no artigo 265 do *codex*.

Convém assinalar, por conseguinte, que o único sujeito processual a quem a notificação não se dirige é ao juiz, pois esse é sempre o emissor da mensagem (do comando) a ser comunicada, não podendo, portanto, ser jamais o seu receptor. Contudo, quando fazemos tal assertiva temos em mente uma relação jurídica simples, dialética, uma vez que, se ao lado dessa relação surge nova relação, tornando-se uma relação complexa – como, por exemplo, na exceção de suspeição – o juiz também poderá ser destinatário de uma notificação.

Feitas tais considerações, tratemos, agora, de forma breve, da Teoria da Ação Comunicativa, concebida por Jürgen Habermas, de sorte a aprofundarmos a discussão acerca do ato de comunicação em si.

5 Da Teoria da Ação Comunicativa habermasina

Antes de explicarmos a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas⁸, tentaremos nestas primeiras linhas elaborar uma síntese do pensamento desse importante filósofo alemão.

Habermas, descendente legítimo da Escola de Frankfurt, desenvolveu a chamada Teoria da Ação Comunicativa. Sua proposta tinha por objetivo ser um instrumento de superação da razão iluminista (razão instrumental), que, segundo o filósofo alemão, fora transformada em um novo mito e encobria a dominação bur-

⁸ HABERMAS, 2004.

guesa. Assim, tal autor propôs o cultivo à lógica da troca de idéias e informações entre os sujeitos históricos, estabelecendo o diálogo⁹ como forma de produção de conhecimento.

Estabelecido o diálogo como forma de produção de conhecimento, Habermas, então, em momento seguinte, propôs duas abordagens teóricas possíveis à sociedade: a) o Sistema, que se refere à “Reprodução Material” norteada pela lógica instrumental (adequação dos meios aos fins), e b) o Mundo da Vida, que se refere à “Reprodução Simbólica”, uma *rede de significados* que compõem determinada *visão de mundo*. Esses significados estão vinculados aos fatos objetivos, às normas sociais e aos conteúdos subjetivos.

Segundo Habermas, durante a Modernidade¹⁰, assistiu-se à colonização do mundo da vida pelo sistema, bem como a uma crescente instrumentalização do conhecimento, o que se evidencia no surgimento do direito positivo e na circunstância de restringir o debate normativo aos técnicos e especialistas.

Diante desse quadro, então, Habermas elaborou sua filosofia voltando-se para o estudo da Ética e do Conhecimento. Note-se, a propósito, que sua tese para explicar a Produção de Saber Humano recorre, de certa forma, ao evolucionismo de Charles Darwin, isso porque a falibilidade possibilita desenvolver capacidades mais complexas de conhecer a realidade (evolucionismo, assim, por meio dos erros).

Habermas defende uma ética universalista, deontológica, formalista e cognitivista. Segundo o autor, os princípios éticos não devem ter conteúdo. Por meio das discussões (discurso¹¹), da partici-

⁹ Pensamos que uma das formas de se viabilizar tal diálogo dentro do processo se dá por meio da realização dos atos de comunicação.

¹⁰ HABERMAS, 2002a.

¹¹ O discurso como problematização do diálogo.

pação nas decisões públicas, deve-se possibilitar a avaliação dos conteúdos normativos demandados naturalmente pelo mundo da vida.

Percebe-se, assim, que a teoria de Habermas é uma Teoria Discursiva em prol da Integração Social e tem como conseqüências a Democracia e a Cidadania. Tomada por base a sua teoria, a resolução dos conflitos vigentes na sociedade deve ser resultado do consentimento de todos concernidos. Dessa forma, a justiça, de acordo com o pensamento de Habermas, é a possibilidade que o destinatário do comando normativo deve ter de influir na elaboração da norma. Logo, só há justiça por meio da democracia, do *agir comunicativo*¹², que se ramifica por meio do *discurso*.

Esclarecidos, preliminarmente, alguns aspectos acerca do pensamento habermasiano, passemos, então, a tratar das três idéias fundamentais desenvolvidas por esse respeitado filósofo alemão, a saber: a) a esfera pública, b) a reconciliação da hermenêutica com o positivismo e c) a teoria da ação comunicativa.

A esfera pública é o espaço no qual as pessoas discutem sobre a vida, mas que não se confunde com as esferas da vida doméstica, da igreja ou do governo. Nesse espaço, as idéias seriam examinadas, discutidas e argumentadas.

Convém salientar, a propósito, que, segundo Habermas, o espaço da esfera pública¹³ tem diminuído sob a influência das grandes corporações e do poder da mídia. A redução da esfera pública é, para Habermas, uma estratégia de divisão e de conquista.

Quanto à reconciliação da hermenêutica e do positivismo, a sociedade e as ciências culturais humanas são domínios estruturados ao redor de símbolos. Os símbolos são objetos de interpretação

¹² HABERMAS, 2000.

¹³ Segundo Habermas, a Internet é a mais nova esfera pública.

e, por isso, qualquer metodologia que negligencie a hermenêutica está destinada ao fracasso. Assim, existe um terceiro nível de lógica: o de poder e dominação, que são explicados por uma teoria crítica.

No que diz respeito à Teoria da Ação Comunicativa, Habermas, então, afirma que a linguagem é a base de sua filosofia. A linguagem é tomada como “ato de fala”¹⁴, consideradas as suas entonações, e como função pragmática. Em outras palavras, a teoria de Habermas acerca da linguagem é performática¹⁵.

A linguagem, segundo Habermas, é justificada em quatro níveis de validade: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis); b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor se justifica por certas normas que são invocadas no uso do idioma; e d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida). Percebe-se, assim, que a teoria da ação comunicativa questiona a definição de verdade¹⁶ como valor de caráter universal.

Feitos tais esclarecimentos, tentaremos, agora, explicar com um pouco mais de profundidade a teoria discursiva de Jürgen Habermas.

¹⁴ O escopo do ato de fala é o convencimento do outro, que tem como pressuposto a pretensão de validade do falante e do receptor, de sorte a produzir o consenso.

¹⁵ Nesse passo, é importante destacar que há diversas “teorias da linguagem”, podendo-se falar, de forma sintética, em três variantes: a) teoria performática (Habermas) – linguagem como “ato de fala”; b) teorias existencialistas (Heidegger e Gadamer) – a linguagem é uma relação existencial entre o homem e si mesmo e o objeto e si mesmo, tomados como fenômenos históricos; c) teoria sintático-semântica (Paulo de Barros de Carvalho, entre outros) – a linguagem como sintaxe (o estudo da relação entre um vocábulo e os demais vocábulos na composição de uma oração) e como semântica (o estudo da relação entre o vocábulo e o objeto da informação).

¹⁶ Habermas sustenta que toda verdade é uma verdade consensual. A verdade consensual é aquela que absolve o *dissenso*.

A Teoria do Agir Comunicativo¹⁷ analisa as instituições jurídicas e propõe um modelo em que se interpenetram Justiça, Razão Comunicativa e Modernidade. Nesse sentido, o Direito¹⁸ é *facticidade* quando se realizam os desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. Por outro lado, o Direito é *validade* quando suas normas se fundam em *argumentos racionais ou aceitáveis* por seus destinatários.

A tensão existe, portanto, na relação entre *elementos sancionatórios* e *elementos de autolegislação*. A sanção (facticidade) restringe o nível de *dissenso*, que é superado quando as normas jurídicas são emanções do povo (validade). A tensão se verifica entre *coerção* do Direito – que garante um nível médio de aceitação da regra – e a idéia de *autolegislação* – ou seja, da suposição de autonomia política dos cidadãos associados, o que resgata a pretensão da legitimidade das próprias regras, isto é, racionalmente aceitáveis.

Habermas defende, assim, o abandono de uma razão prática e a assunção de uma razão comunicativa. A razão comunicativa, ao contrário da razão prática, não oferece tipo algum de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa. Ela se afasta da tradição prescritiva da razão prática.

Convém assinalar, então, que Habermas quer situar a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no *plano discursivo procedimental*¹⁹.

Releva notar, por oportuno, que Habermas, por meio da teoria da ação comunicativa, sustenta que a *linguagem* supera a

¹⁷ HABERMAS, 2002b.

¹⁸ Habermas não admite resposta única e estática para o fenômeno do Direito, uma vez que o entende como fenômeno dinâmico e em constante metamorfose.

¹⁹ HABERMAS, 2001.

dimensão sintática e semântica e constitui o *médium* de *integração social*, ou seja, o mecanismo pelo qual os agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente as pretensões de validade discursivas aceitas por todos.

Visto dessa forma, segundo a filosofia habermasiana, o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática²⁰ dos cidadãos institucionalizados juridicamente. É nesse contexto, então, que Habermas defende, portanto, a substituição da razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, sustentada na pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por *procedimentos discursivos*²¹, chegam à norma.

Dessa maneira, a fundamentação do Direito²², a sua medida de legitimidade, é definida pela *razão do melhor argumento*. O Direito, segundo Habermas, deve ser a emanação da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais. Assim, nas sociedades contemporâneas pós-metafísicas torna-se inviável a fundamentação do Direito numa suposta ordem natural, numa dimensão ética ou numa moral metafísica.

O princípio do discurso, portanto, após assumir forma jurídica, transforma-se em princípio da democracia. Logo, é por intermédio de uma concepção discursiva e procedimental que se pode construir uma presunção de legitimidade e racionalidade de conteúdo de uma norma.

²⁰ Para Habermas, ao contrário de Hannah Arendt, a democracia tem como ponto de partida o consenso, e, como ponto final, a construção do consenso.

²¹ O discurso, segundo Habermas, reduz a arbitrariedade e o subjetivismo das decisões.

²² Habermas entende o Direito como fenômeno de autocompreensão das sociedades modernas.

Diante do exposto, pensamos que os atos de comunicação no processo penal devem ser entendidos, dadas as devidas proporções, como “atos de fala”, ou seja, a partir da compreensão performática da linguagem. Nesse sentido, tais atos devem ser compreendidos como instrumentos de construção de uma verdade consensual, que restará manifestada, ao final de um processo comunicativo-dialético, no ato de decisão e manifestação de poder, que é a sentença. Verdade consensual essa, que, a nosso ver, é aquela que absolve o *dissenso*, afastando, dessa forma, qualquer referência ao decadente dogma da verdade real.

Note-se que, ao considerarmos os atos de comunicação no processo penal à luz da teoria do agir comunicativo, acreditamos que tais atos devem, também, estar submetidos aos quatro níveis de validade da linguagem mencionados por Habermas, que são, novamente, aqui reproduzidos: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis); b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor se justifica por certas normas que são invocadas no uso do idioma; e d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida).

Assim, os atos de comunicação conferem legitimidade à decisão obtida por meio do processo, na medida em que tal decisão é fruto do melhor argumento (argumento é racional e aceitável) e é construída a partir do *dissenso* e em busca do *consenso*.

Tecidos alguns esclarecimentos sobre a teoria da ação comunicativa e estabelecida a vinculação entre esta e os atos de comunicação no processo penal, analisemos, agora, tais atos sob as perspectivas da política criminal, da criminologia e da Constituição.

6 A política criminal, a criminologia e a Constituição

Os atos de comunicação, assim como o processo penal, devem ser analisados também sob o prisma da política criminal e da criminologia²³. Dessa forma, a doutrina moderna, a nosso ver, não pode mais continuar a tratá-los apenas sob o aspecto dogmático, mas também deve compreendê-los como instrumentos de uma política criminal escolhida pelo Estado, a qual produz as mais variadas conseqüências criminológicas.

É importante que se perceba o conteúdo político-criminal que se encontra encoberto pelas normas prescritas pelo Código de Processo Penal. Tal conteúdo se manifesta sob diversos aspectos, vejamos alguns: a) a proibição ou a permissão da citação por hora certa no processo penal; b) o maior ou menor elenco de hipóteses que autorizam a citação por edital; c) a própria existência da citação por edital no processo penal moderno; d) a opção por determinar a suspensão do processo no caso descrito pela norma do artigo 366 do CPP, não se permitindo, em princípio, o julgamento do réu à revelia; e) a maior ou menor limitação na utilização de novos mecanismos tecnológicos (*e-mail*, telegrama, telefone etc.) para a realização dos atos de comunicação; f) o pequeno número de normas dispensadas pelo Código de Processo Penal ao tratar da intimação e da notificação; g) a despreocupação técnica do Código de Processo Penal ao empregar como sinônimos as expressões notificação e intimação; h) a omissão do legislador em não ter delimitado, expressamente, prazo máximo para suspensão do processo e da prescrição, entre outros aspectos.

²³ Sobre a criminologia, consultar GARCÍA-PABLOS; GOMES, 2003.

Descoberto o *vêu das reais intenções* do legislador, é deveras salutar, no momento seguinte, que o intérprete também perceba as conseqüências de ordem criminológica²⁴ que tais opções implicam ou podem implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a estigmatização do réu com a determinação do ato de citação; b) a criminalização secundária que a citação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o caráter simbólico dos atos de comunicação; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de citação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente citada ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente. Essas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Ademais, note-se, ainda, que tais atos de comunicação devem ser, agora, (re)interpretados sob o comando da Constituição Democrática de 1988, não podendo mais ser analisados, exclusivamente, à luz da legislação infraconstitucional. Tal assertiva implica, a nosso ver, as seguintes conseqüências: a) os atos de comunicação devem ser tomados como garantias individuais do cidadão ante o Estado; b) devem ser analisados à luz dos princípios constitucionais; c) devem ter o seu alcance delimitado pelos valores constitucionais; d) devem ter os seus contornos definidos por processo legislativo democrático, além de outras conseqüências aqui não mencionadas.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra, 2006.

GARCÍA-PABLOS, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002b.

_____. *Direito e democracia II*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2001.

_____. *Racionalidade e comunicação*. São Paulo: Edições 70, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

A intervenção do Ministério Público no processo falimentar e de recuperação de empresas

Pedro Thomé de A. Neto *

Andréa Bernardes de Carvalho **

Sumário: 1 A nova lei de falências e de recuperação judicial e extrajudicial de empresas e a intervenção do órgão ministerial. 2 Da intervenção do Ministério Público no processo civil e penal e da aplicação subsidiária das normas processuais na esfera do direito concursal. 3 Das hipóteses expressas de intervenção ministerial na sistemática do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e na novel legislação falimentar e de recuperação de empresas. 4 Da intervenção ministerial no processo concursal na sistemática da novel legislação falimentar.

1 A nova lei de falências e de recuperação judicial e extrajudicial de empresas e a intervenção do órgão ministerial

A edição da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, veio a substituir a sistemática da antiga Lei de Quebras (Decreto-Lei n. 7.661, de 21.6.1945), fundando novo arcabouço jurídico para

* Pedro Thomé de Arruda Neto é Promotor de Justiça no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, titular da Primeira Promotoria do Júri de Ceilândia-DF.

** Andréa Bernardes de Carvalho é Promotora de Justiça no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, titular da Primeira Promotoria de Falências e Recuperação de Empresas.

os casos de insolvências empresariais. Destacam-se algumas relevantes alterações, como, por exemplo, (I) a possibilidade de reestruturação da empresa em dificuldades econômicas por meio da recuperação judicial, em substituição à figura da concordata, (II) a possibilidade que se reconhece ao comerciante em crise de convocar seus credores quirográficos e apresentar proposta de conciliação para a satisfação das dívidas pendentes e de levar esse acordo à homologação judicial, por meio da recuperação extrajudicial, (III) a inviabilidade de se utilizar o pedido de falência como ação de cobrança, pois, doravante, a quebra por impontualidade no pagamento de obrigações líquidas somente é admitida para títulos executivos de valor superior a 40 salários mínimos, (IV) a possibilidade de venda antecipada de bens do falido, que não mais se condiciona à conclusão da fase cognitiva de créditos, (V) as inovações no processamento das verificações de créditos, pois, com a nova lei, a investigação sobre sua legitimidade e correção caberá ao administrador judicial e, em um segundo momento, aos demais credores, somente vindo ao exame do juízo de falências aqueles créditos de alguma forma impugnados, (VI) a alteração na ordem de classificação dos créditos, e (VII) o considerável agravamento das penas cominadas aos crimes falimentares.

Uma das alterações mais marcantes é, entretanto, a aparente exclusão da intervenção do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação judicial, em decorrência do veto presidencial ao artigo 4º e seu parágrafo único do diploma em comento.

O mencionado dispositivo dizia, textualmente, o seguinte:

Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.

O artigo em questão praticamente repetia os ditames do artigo 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, antiga Lei de Quebras, sendo certo que, por sugestão do Ministério da Justiça e da Fazenda, recebeu a censura presidencial, acompanhada das seguintes razões:

O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *Parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g., execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.

Tais razões são claramente inconsistentes. Note-se, por exemplo, que os Ministérios Públicos estaduais e do DF não atuam nas reclamações trabalhistas por falta de atribuição legal e constitucional, e, mesmo nas execuções fiscais, sua intervenção é discutível e controversa, por conta de reiterados posicionamentos jurisprudenciais, por fim sacramentados na Súmula 189 do STJ.

Revelam, ainda, uma tendência redutora e simplificante no que toca à importância dos processos falimentares, no sentido de distinguir aqueles de grande monta daqueles de pouca monta patrimonial. Aquelas razões dão a entender que o descortino desses últimos casos estaria aquém da dignidade mínima necessária ao relevante balizamento pelo órgão do Ministério Público. Assim, a idéia evocada nas razões de veto tem por finalidade infundir respeito e nobreza à atuação do Ministério Público, quando, na realidade, ao torná-la expressamente dispensável, apenas conseguiu desacreditá-la, fazendo perder toda a consideração desfrutada até o momento em lides já findas e ainda em trâmite. Mais que isso, aspiram à falsa crença de que apenas as crises de empresas de

grandes orçamentos produzem repercussões econômicas e sociais, quando se sabe que grandes fraudes podem produzir-se atrás das fachadas de empresas de uma porta só. Com isso, conseguiram ferir de morte princípios e institutos longamente maturados na experiência forense.

Não se pode olvidar o caráter político do veto em questão. Diz Manoel Justino Bezerra Filho, *verbis*:

Mesmo aqueles que não trabalham especificamente no campo do direito têm verificado, pela simples leitura dos jornais, a pretensão de hipertrofia do Poder Executivo, que tem tentado submeter o Poder Legislativo, no que é facilitado pelo uso absoluto e até agora impune do instituto das medidas provisórias.

O veto a este artigo ora sob exame nada mais é que o reflexo deste momento político que se vive, sendo mais uma pedra que se pretende tirar da construção das instituições necessárias à preservação do funcionamento independente dos poderes. O Ministério Público tem sido um dos grandes auxiliares na aplicação da lei aos casos de falência fraudulenta, órgão bem aparelhado, com componentes de alto nível intelectual e que, por força do artigo 210 da lei ora revogada, intervinha em todos os atos processuais da falência¹.

No entanto, graças à prudência e moderação dos operadores do direito, em particular dos estudiosos da matéria falimentar, posturas jurisprudenciais mais adequadas vêm sendo construídas com o escopo de contornar a problemática causada pelo veto em questão (note-se que a jurisprudência vem admitindo a legitimidade ativa do *Parquet* até mesmo para opor embargos em execução fiscal – vide RESP 28529, rel. min. Laurita Vaz, *RSTJ*, v. 160, p. 183).

¹ BEZERRA FILHO, 2005, p. 55.

2 Da intervenção do Ministério Público no processo civil e penal e da aplicação subsidiária das normas processuais na esfera do direito concursal

O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal.

No processo civil, a intervenção ministerial dá-se ora como *órgão agente* ora como *órgão interveniente*. Em outras palavras, o Ministério Público pode funcionar como parte em determinada demanda (nos casos em que se lhe confere o poder de ação, como, por exemplo, quando é parte autora de uma ação civil pública) ou, também, como fiscal da lei (*custos legis*), oportunidade em que vela pela correta aplicação da lei.

O Ministério Público, sob pena de nulidade absoluta, deve intervir obrigatoriamente em todas as hipóteses contempladas nos incisos do artigo 82 do Código de Processo Civil: (I) nas causas em que há interesse de incapazes, (II) nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade, e (III) nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Evidenciado o interesse público, torna-se necessária, pelo menos, a intimação pessoal do *Parquet*.

No processo penal, a atuação do Ministério Público é ainda mais digna de consideração, seja quando oficia como *senhor da ação penal pública (dominus litis)*, sendo então titular privativo (salvo na hipótese contemplada no artigo 5º, LIX, da CF), seja quando fun-

ciona como *fiscal do cumprimento da lei nas ações penais privadas* (CPP, arts. 45, 46, § 2º, 48, 500, § 2º, e 600, § 2º), ou, ainda, como *interveniente adesivo obrigatório* nos processos de crimes de ação privada subsidiária da pública (CPP, art. 564, III, *d*, última parte).

No processo de falência, a atuação do órgão do Ministério Público tem seus fundamentos na legislação processual civil e processual penal supracitada, que será aplicada, subsidiariamente, aos casos em concreto (arts. 188 e 189 da atual Lei de Falências).

3 Das hipóteses expressas de intervenção ministerial na sistemática do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e na novel legislação falimentar e de recuperação de empresas

No regime da legislação pretérita, competia expressamente ao Ministério Público (I) manifestar-se no pedido de destituição do síndico (art. 66, § 1º), (II) assistir à arrecadação (art. 70, § 1º), (III) pronunciar-se na prestação de contas do síndico (art. 66, § 1º), (IV) opinar sobre o pedido de venda antecipada de bens de fácil deterioração (art. 73, § 1º), (V) opinar sobre o pedido de continuação dos negócios do falido (art. 74), (VI) opinar sobre a cassação da autorização dada ao falido para continuar seus negócios (art. 74, § 6º), (VII) opinar sobre o encerramento antecipado da falência por falta ou insuficiência de bens (art. 75), (VIII) opinar nas verificações de crédito (arts. 91 e 98, § 2º), (IX) oferecer denúncia no inquérito judicial (art. 108), (X) assistir a venda de bens da massa (art. 117), (XI) opinar sobre a venda de bens do concordatário (art. 155, § 2º), (XII) opinar sobre a venda de bens por proposta (art. 118, § 2º), (XIII) opinar sobre a suspensão da venda de bens do falido até o julgamento do recurso contra a denegação da concordata suspensiva (art. 182, parágrafo único), (XIV) intentar ação penal nas hipóte-

ses de ocorrência de crime falimentar, e (XV) opinar na falência de empresa detentora de bens insuficientes (art. 200, §§ 4º e 5º).

Além desses casos textuais, o Ministério Público também deveria (I) manifestar-se em todas as ações propostas pela massa falida ou contra ela, (II) requerer o que fosse necessário aos interesses da justiça, podendo também (III) examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência, conforme dispunha o art. 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

As possibilidades de intervenção do Ministério Público no processo falimentar no regime da lei anterior eram, portanto, bem amplas.

Por seu turno, a nova Lei de Falências prevê que as intervenções do Ministério Público devem ocorrer nos seguintes momentos: (I) quando lhe é facultado impugnar a relação dos credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado (art. 8º), (II) quando lhe é autorizado pedir a exclusão, outra classificação ou retificação de qualquer crédito, na hipótese de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou inclusão no quadro-geral de credores (art. 19), (III) quando for necessário requerer a substituição do administrador judicial ou dos membros do comitê nomeados em desacordo com a lei (art. 30, § 2º), (IV) quando o juiz ordenar a intimação de decisão que deferir o processamento da recuperação judicial (art. 52, inciso V), (V) quando determinada a sua intimação de sentença que decretar a falência (art. 99, inciso XIII), (VI) quando lhe for permitida a propositura de ação revocatória no prazo de 3 (três) anos contados da decretação da quebra (art. 132), (VII) quando determinada a sua intimação em qualquer modalidade de alienação na falência (art. 142, § 7º),

(VIII) quando puder apresentar impugnação, em qualquer modalidade de alienação do ativo (art. 143), (IX) quando determinada a sua intimação para se manifestar sobre as contas do administrador judicial (art. 154, § 3º), (X) quando a lei estabelece como crime de violação de impedimento a aquisição pelo seu representante de bens da massa, por si ou por pessoas interpostas (art. 177), (XI) quando, na falta de oferecimento de denúncia pelo representante do *Parquet*, decorrido o prazo previsto no artigo 187, § 1º, facultar a qualquer credor habilitado ou ao administrador judicial a ação penal privada subsidiária da pública (art. 184, parágrafo único), e (XII) quando determinada a sua intimação de sentença que decreta a falência ou que conceda a recuperação, para que possa, eventualmente, oferecer denúncia por crime previsto na legislação especial ou requisitar a abertura de inquérito policial (art. 187).

De tudo isso, outra constatação não há senão a de que as hipóteses expressas de intervenção ministerial foram bastante restringidas.

Exceção deve ser feita, evidentemente, à previsão de legitimidade ativa ao Ministério Público para a propositura de ação revocatória (arts. 130 e 132 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005), em oposição ao silêncio que a respeito vigia na lei anterior.

4 Da intervenção ministerial no processo concursal na sistemática da novel legislação falimentar

Como já tivemos a oportunidade de ressaltar, as normas processuais civis e processuais penais têm aplicação subsidiária às regras do processo de falência.

Em matéria de intervenção ministerial, nesse particular, considerando-se que o veto ao artigo 4º e seu parágrafo único acabou dando lugar a um vácuo legislativo, é patente a necessidade de aplicação dos regramentos processuais pátrios em vigor aos processos de falência.

Para além das disposições processuais aqui já registradas, deve-se buscar a compatibilização dos ditames da Carta Maior às regras da nova Lei de Falências.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar que a atuação do Ministério Público nos mais diversos momentos do processo de falência, ou mesmo na fase que lhe antecede, quando apenas se analisa o requerimento de falência, é plenamente compatível com as finalidades institucionais do *Parquet* assentadas na Constituição Federal.

Como cediço, cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais (de forma ampla) e individuais indisponíveis ou mesmo disponíveis, desde que na sua defesa esteja presente o interesse da coletividade (vide decisão do STF: RE n. 248.869/SP, 2ª Turma, relator ministro Maurício Corrêa, j. em 7.8.2003).

A intervenção do *Parquet* ocorre, portanto, quando presente o interesse público na composição do conflito. Resta-nos indagar, nesse contexto, da existência daquele no processo falimentar e de recuperação de empresas.

A resposta há de ser, necessariamente, afirmativa. Em realidade, os interesses envolvidos no processo de falência não são meramente patrimoniais. Isto é, não dizem respeito tão-somente ao falido ou aos credores (o mesmo se diga no processo recuperatório), mas a toda a sociedade.

Importa destacar, a propósito, que vivemos em um sistema econômico baseado na legitimidade dos bens privados, em que vige a irrestrita liberdade de comércio e de indústria, com o intuito de gerar lucro. É correto dizer, assim, que vigora em nosso país uma economia de mercado, na qual a intervenção estatal é, ou deveria ser, mínima. De modo que a empresa, como atividade organizada, de natureza privada, com o objetivo de produção ou de circulação de bens e serviços no mercado, constitui a unidade estrutural e funcional desse conjunto. Em conseqüência da atividade profissional e especializada desses organismos econômicos e permanentes, inseridos em um contexto de mercado, destinados à satisfação das necessidades alheias e gerais, tem origem o fenômeno produtivo. E esse sistema, assim predisposto, promove a circulação de riquezas, tornando possível um grau de rentabilidade social considerável.

A crise deste organismo econômico chamado empresa implica, sem dúvida, reconhecimento de grave desequilíbrio conjuntural, que pode ter como resultado uma onda de desorganização dos compromissos comerciais de determinada comunidade financeira, apta a provocar uma situação socioeconômica repleta de problemas e de riscos inquietantes. Pode causar, ainda, escassez, desabastecimento e carência de todas as ordens. Como resultado, causar abalos em outras empresas, ocasionar desemprego, desenhando no cenário social uma combinação de elementos desfavoráveis à vida material e ao bem-estar da maioria.

Assente nessas premissas, é evidente o interesse público nas lides falimentares, assim como naquelas em que apenas se desenhe um episódio de desajuste financeiro, como são as lides recuperatórias.

Para o professor Milton Sanseverino (2003, p. 175), a noção de interesse público, *verbis*,

está direta e indissociavelmente ligada à própria noção de coisa pública, de tanta relevância em todos os quadrantes do direito, seja constitucional, seja administrativo, seja penal, seja civil, seja, enfim, processual penal ou processual civil, ou, ainda, em qualquer outro ramo do direito ou disciplina jurídica, sendo o interesse público, portanto, instituto polivalente de contorno plurifacetado, a moda da figura geométrica com muitos lados, e por isso que de importância e uso multidisciplinar. Está ligado à própria idéia de ordem pública, que, sabidamente, sobreleva a particular naquilo que a primeira tem de mais amplo e imperativo por corresponder aos valores supremos de toda a sociedade, envolvendo necessidades comuns, número indeterminado e indeterminável de sujeitos de direito, além de bens física e/ou juridicamente indivisíveis.

Ao se questionar sobre o assunto, especificamente, em se tratando de matéria falimentar, articula, à luz da novel legislação, o emérito Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 53-55), *verbis*:

A decretação de quebra mata a empresa, provocando uma série de graves conseqüências jurídicas e fáticas (sob o aspecto econômico e social), as quais, embora às vezes necessárias, nem sempre são inevitáveis. Nessa atuação zela o MP para que não seja decretada gratuitamente a quebra de empresas que possam resolver suas pendências de maneira menos gravosa para elas próprias e para a sociedade, pois a vitalidade empresarial é relevante para a coletividade (produção de bens e riquezas, desenvolvimento social e econômico; criação e manutenção de empregos); fiscaliza o funcionamento hígido do sistema empresarial (abalo no crédito e no mercado); apura a eventual ocorrência de crimes de ação pública, como os de natureza falimentar, tributária ou trabalhista; acompanha a habilitação e o pagamento dos créditos trabalhistas, que têm natureza social, bem como a dos demais créditos, ainda que apenas quirografários. Esses créditos, ainda que individualmente disponíveis, em seu conjunto significam lesão a interesses transindividuais, em defesa dos quais o MP está legitimado a atuar, desde que tenham

caráter coletivo e expressão social. Nesses feitos, pois, o trabalho do MP constitui fator de efetividade do acesso à justiça.

Comungamos o mesmo entendimento dos mestres processualistas. De fato, o interesse público se revela a todo o momento no processo concursal e até mesmo antes dele, quando se aprecia o pedido de falência, momento em que o órgão ministerial vela pela correta aplicação da lei e evita a decretação desnecessária (ou equivocada) de quebra, verificando a escorregia ocorrência dos pressupostos legais para a adoção da medida drástica.

Ademais, como bem observa Márcio Souza Guimarães (2006, p. 42), *verbis*:

é na primeira fase que o devedor será instado a prática de atos fraudulentos com o escopo de esvaziar o ativo empresarial, via de consequência, encerrando em desemprego, cessação da arrecadação dos tributos, bem como, dependendo da hipótese, como já explanado, o caos social.

Não se pode subtrair do órgão ministerial a possibilidade de atuar em momento processual prévio, sob pena de ter viabilizada sua intervenção apenas em momento *a posteriori*, quando já se tiverem verificado os efeitos daninhos ocasionados pelas práticas fraudulentas perpetradas pelos maus empresários ou quando já presentes as consequências socialmente gravosas e indesejáveis de uma falência.

De há muito já alertava o douto Rubens Requião (1999, p. 245), *verbis*:

Como se vê, em síntese, o Ministério Público não constitui parte no processo falimentar, mas tem um direito de intervenção e controle

muito extenso, cujo fim é, na verdade, duplo: assegurar a repressão aos crimes que podem surgir na falência e defender pela sua ação disciplinar o interesse público e do crédito comercial.

Em uma visão atualizada da questão, pode-se afirmar que o *Parquet*, no processo concursal, defende interesses denominados transindividuais (ou metaindividuais), direitos esses surgidos a partir do incremento das relações sociais e econômicas ocorrido nos últimos anos.

A legislação infraconstitucional, especificamente, nos incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990), com os aplausos da doutrina, tratou de definir o que seriam esses direitos-interesses coletivos, em sentido *lato*, agrupados em três categorias específicas, a saber: (I) interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (II) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e (III) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Dentro do processo concursal pode-se vislumbrar a ocorrência desses tipos de interesses de natureza social e, por força do que dispõe o artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (que trata da legitimação concorrente para a defesa dos interesses transindividuais), é o Ministério Público parte autorizada a exercer em juízo tal mister.

De fato, os interesses tutelados em uma falência ou em uma recuperação judicial ou extrajudicial transcendem aqueles meramente individuais *stricto sensu*, relativos ao falido e a seus credores, sendo certo que o MP, por força de mandamento constitucional, tem legitimidade para a defesa de interesses sociais da coletividade.

Exemplifique-se a atuação ministerial na tutela de interesses difusos quando o membro do Ministério Público, ao receber o inquérito oriundo do Banco Central do Brasil (Lei n. 6.024, de 1974, art. 41), nas hipóteses de intervenção na liquidação extrajudicial de instituição financeira, propõe ação de arresto dos bens dos ex-administradores (que não foram atingidos pela indisponibilidade prevista no art. 36 da mesma lei) com o escopo de garantir uma futura ação de responsabilização daqueles.

Fica claro que o interesse aqui é difuso na medida em que o bem tutelado é a garantia de uma futura responsabilização dos ex-administradores e que terá como fim a recomposição dos danos sofridos pela coletividade com o encerramento das atividades de determinada financeira (número indefinido de pessoas atingidas pela crise gerada no Sistema Financeiro Nacional).

Da mesma forma, poderá o órgão ministerial pleitear, em nome do interesse da classe dos credores (interesse coletivo *stricto sensu*, portanto), a responsabilização pessoal dos sócios, controladores ou administradores da falida, em ação de rito ordinário, com fulcro no artigo 82 do novel diploma falencial, que dispõe, *verbis*:

A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova de sua insufi-

ciência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Clara também é a possibilidade da defesa de eventuais interesses individuais homogêneos de credores, quando o *Parquet* se vê legalmente autorizado a propor, por exemplo, ação revocatória, regulada nos artigos 130 e 132 do diploma falimentar e recuperatório.

A lista acima, de hipóteses da atuação ministerial na defesa dos interesses transindividuais (ou mesmo propriamente individuais, mas com grande repercussão social), não é de forma alguma exaustiva, ficando aberta a possibilidade de se propor, sempre que se fizer necessário, ações civis públicas (ou coletivas, como preferem alguns) fundadas na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, para a tutela de direitos coletivos em casos concretos, dentro da falência. A atuação do *Parquet* aqui é elemento de efetividade da justiça, na medida em que é fator de garantia do acesso a ela.

O interesse público e social no processo concursal é mais que patente, estando aqui em jogo questões relativas ao crédito em geral e ao crédito comercial de forma específica, à economia pública, à fé pública, à manutenção da fonte produtora e de empregos, à regularidade processual, ao controle do tratamento igualitário que deve vigorar entre os credores (*par condicio creditorum*), sendo esse um dos pilares da execução concursal.

Ademais, não se pode esquecer que a possibilidade de ocorrência dos mais diversos tipos de crimes (falimentares ou não) demanda do Ministério Público uma atuação atenta e por isso mesmo constante e apriorística.

Vale lembrar aqui, como bem registra Maximilianus Fuhrer (1972, p. 23), que os crimes falimentares são pluriofensivos, pois atingem ou podem atingir os mais diversos bens jurídicos tutelados

pela norma penal, sendo imperioso o “olhar” atento do Ministério Público em todos os momentos processuais.

Nesse contexto, estamos com o grande mestre José da Silva Pacheco (2005, p. 560), que assinala com a propriedade que lhe é peculiar, *verbis*:

Em face do exposto, verifica-se que, não obstante o veto presidencial ao artigo 4º da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, sendo o Ministério Público intimado da sentença que decretar a falência ou do despacho ou decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, poderá atuar, nesses processos, sempre que necessário e cabível, ou nos processos em que a massa falida seja parte ativa ou passiva, quer como titular da persecução penal (artigo 187), quer como agente (p. ex., artigo 132), quer como fiscal da lei (p. ex., artigo 104, inciso IV), com o objetivo de: a) ensejar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, desse modo, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica; ou b) preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa.

Não é preciso dizer mais...

Referências

BEZERRA FILHO, M. J. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FUHRER, Maximilianus. *Crimes falimentares*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GUIMARÃES, Márcio Souza. O Ministério Público no novo sistema de insolvência empresarial. A habilitação e a impugnação de cré-

ditos. In: PENALVA SANTOS, Paulo (Org.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas – Lei 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A legitimidade do Ministério Público para a ação revocatória da Lei 11.101/05. *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, São Paulo, ano 7, n. 38, nov./dez. 2005.

PACHECO, José da Silva. Da atuação do Ministério Público no processo de falência e recuperação judicial. *Boletim Semanal*, Rio de Janeiro: COAD, n. 29, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

SANSEVERINO, Milton. Interesse público e Ministério Público no processo civil: breves reflexões. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Seção V

Temas Atuais

O trabalho escravo, ainda perto de nós?

Denise Moreira Prates *

Sumário: 1 Introdução. 2 A relação jurídica e sua evolução histórica. 2.1 A lei como instrumento de justiça social. 3 Conclusão.

1 Introdução

O objeto da presente pesquisa científica consiste no estudo de noções políticas e sociológicas da era pré e pós-industrial das relações de trabalho *lato sensu* e nos estudos e verificações de casos envolvendo trabalhadores em condições análogas às de escravo, os quais, não obstante a abolição da escravatura no Brasil, ainda se encontram presentes em nossa sociedade. Esta pesquisa aponta os seguintes problemas para a consecução do objetivo proposto pela verdadeira abolição de fato: a extensão territorial do Brasil, que impossibilita a fiscalização do trabalho escravo; a deficiência de pessoal competente para executar as atividades de vistoria desse tipo de trabalho; a pobreza, no sentido lato da palavra, vivenciada por grande parte da população do país, o que induz esse grupo populacional a aceitar, na qualidade de trabalhador, condições semelhantes às de escravo.

* Denise Moreira Prates é advogada militante na comarca de Montes Claros e Região (MG), especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) e professora de Direito Privado da Funorte – Soebras.

A justificativa deste trabalho é a luta em defesa dos direitos fundamentais, luta esta que é dever de todos. Qualquer forma de sujeição ao trabalho que faz padecer impiedosamente aqueles que vivem essa situação não é um problema exclusivo desses indivíduos, mas de todos os brasileiros, pois ficam enfraquecidos em sua cidadania perante os próprios cidadãos brasileiros e diante da comunidade internacional. Alertar sobre a existência dessas condições de trabalho é o objetivo precípua deste artigo, que pretende contribuir para a erradicação do trabalho em condições análogas às de escravo no Brasil.

2 A relação jurídica e sua evolução histórica

Antes de fazer qualquer afirmativa sobre a relação jurídica, hoje denominada de trabalho forçado ou trabalho em condições análogas às de escravo, faz-se mister, por imperativo absolutamente lógico, compreender como se configura essa relação jurídica. Para isso, é necessário entender os elementos caracterizadores dessa relação, bem como as peculiaridades de tempo, de lugares e dos sujeitos envolvidos.

O que parece fazer parte apenas da triste história dos povos, infelizmente, ainda é realidade em algumas regiões do nosso país, como também na África. Não é, portanto, apenas uma triste lembrança, mas um fato que permeia nosso cotidiano. Essa situação pode ser verificada no Norte do país e, além dessa região, encontra-se presente em algumas áreas do Sudeste; do norte e do sul de Minas Gerais; do sul da Bahia. Nesse sentido é possível estabelecer semelhanças entre essas regiões, tais como a pobreza, o analfabetismo e a falta de desenvolvimento econômico-social.

O Brasil não possui mais o trabalho escravo propriamente dito, já que esse tipo de trabalho foi abolido, mas ainda existe uma

relação jurídica próxima da escravidão, conhecida como trabalho forçado ou, também, trabalho em condições análogas às de escravo, e que nos remete a acontecimentos de um período histórico do país.

Nessa época, considerada passado distante, o escravo era objeto das relações jurídicas do direito subjetivo, sendo um bem do senhor. Era uma relação de propriedade e essa propriedade era cara, lícita e dava *status* a quem a possuía, haja vista que, em relações proporcionais, num parâmetro meramente vulgar, um escravo custaria hoje o equivalente a um carro de luxo. Havia naquele período o tráfico de negros. Eles ficavam acorrentados, passavam humilhações e, sob a ótica dos senhores de escravo, davam muitas despesas, principalmente ao serem transportados, porque, na maioria das vezes, eram trazidos de outros continentes, havendo grandes possibilidades de perda de carga, principalmente por causa de doenças. Outros fatores sopesavam nessa aquisição: os negros precisavam ser cuidados para que o patrimônio adquirido fosse preservado, pois a importação dessa mão-de-obra era cara. A relação entre o senhor e o escravo era duradoura, isto é, acabava somente com a morte do escravo, assim impunha o regime jurídico da época.

Ao se comparar a relação jurídica atual, dos trabalhadores em condições análogas às de escravos, com a relação jurídica da época da escravidão, é possível verificar que a diferença étnica já não é mais a única condição para a exploração humana, uma vez que, atualmente, não é necessário ser negro ou descendente de negro para tornar-se escravo; o que induz o homem a submeter-se a condições indignas de vida é a pobreza absoluta, que gera a falta de perspectivas.

Com o passar dos anos, os Estados sofreram transformações e houve a criação de Organizações Internacionais que começaram a se preocupar com os direitos dos povos. Dessa forma, os escravos

tiveram suas relações jurídicas substituídas. Nesse momento específico da história surgiu a figura dos servos, tipo de trabalhador que, embora não fosse escravo, tinha direitos restritos. Eles possuíam apenas rudimentos de direito, quais sejam: direito de herança e direito de ser proprietário de arados e animais. Esses trabalhadores não podiam provocar contenda jurídica alguma contra os senhores feudais. Existiam ainda, nessa época, aqueles que haviam sido servos, mas que, por algum motivo, perderam seus arados e animais, passando à condição de *cotters*¹ (moradores de cabana), sem quaisquer outros direitos, a não ser o de não serem escravos.

No final da Idade Média, começaram a desaparecer os servos em razão das Cruzadas e das epidemias, que permitiam a fuga de muitos deles. Surgiu, então, a figura dos artesãos (trabalhadores livres), que fugiam dos campos para as pequenas cidades, tentando desvencilhar-se do poderio quase absoluto dos nobres. Nessa época surgiram as famosas “corporações de ofício”, com vinculação pessoal muito grande entre o mestre e o aprendiz, quase uma relação fraternal, mas dificilmente o título de mestre era repassado para um aprendiz. Decorre daí a figura do “companheiro”, classe intermediária entre o mestre e o aprendiz, que visava garantir a permanência dos poderes exercidos pelos mestres sobre os seus aprendizes e a manutenção do título desses mestres. Dessa forma, o poder continuava na mão de poucos. Com o tempo, essa situação acarretou a “Revolta dos Companheiros”, e há quem diga que essa seria a gênese do movimento sindical.

Com a Revolução Francesa, as corporações de ofício foram banidas, gerando verdadeira revolução nas relações privadas, em todos os sentidos, principalmente no que diz respeito à liberdade de contratar pessoas. Houve também uma valorização do direito privado, tanto é que esse momento é conhecido, na nomenclatura

¹ VIANNA, 1999, p. 33.

doutrinária, como a primeira geração de direitos ou dimensões de direito. Seja como for, essas dimensões reiteraram os conceitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade, seguidas de outras dimensões, com outros conteúdos.

Com o advento da Revolução Industrial, apareceram novas classes de trabalhadores, os quais também foram explorados, assim como aqueles citados anteriormente. Abusos foram cometidos pelos industriais, que passaram a exigir dos trabalhadores sacrifícios indescritíveis. A carga horária desses trabalhadores era de, no mínimo, 14 (quatorze) a 16 (dezesseis) horas de trabalho diário. As mulheres e as crianças eram o objeto de exploração naquele momento e sofriam com os abusos incompatíveis com as suas estruturas físicas. Esses abusos abrangiam desde ausência de cuidados com a saúde deles até ausência de descansos *intra* e entre jornadas, levando muitos à morte pelo trabalho extenuante.

O Estado percebeu, então, que não poderia ser mero espectador das relações privadas, ocorrendo, assim, nova transição dessas relações, dessa vez do Estado Liberal para o Estado Social, segunda dimensão dos direitos. A partir daí, valorizaram-se as garantias mínimas e os direitos básicos dos seres humanos, hoje consagrados em nosso país no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Os direitos dos trabalhadores brasileiros surgiram nesse contexto.

Com a aquisição dos direitos e das garantias fundamentais é inaceitável relegar o ser humano às condições análogas às de escravo. Entretanto, essas condições ainda existem de fato, mas não são reconhecidas como trabalho escravo, porque essa forma de exploração da pessoa natural foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro. Talvez por esse motivo a sociedade não conceba esse tipo de trabalho como trabalho escravo, além disso, na maioria das vezes, ele está dissimulado como se fosse outra relação jurídica.

A nomenclatura de trabalhador escravo também mudou com o passar dos tempos, já que a Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Estado brasileiro, entrou em vigor em 1º de maio de 1932 e já recebeu 169 ratificações², o que representa 95% do total dos Estados-Membros da OIT. Ela dispõe, em suma, no artigo 2º, I: “[...] que o trabalho forçado compreende todo o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para a qual não se tenha oferecido espontaneamente”. Portanto, essa relação é baseada no trabalho forçado sob o direito puramente potestativo de outrem, como, por exemplo, do capataz da fazenda ou do próprio fazendeiro, ou até mesmo do arrendatário dessa propriedade.

O Ministério do Trabalho, ao editar a Instrução Normativa GM/SEFIT/SSST n. 1, de 24 de março de 1994, dispõe o seguinte:

Constitui forte indício de trabalho forçado a situação em que o trabalhador é reduzido a condição análoga à de escravo por meio de fraude, dívida, retenção de salários, retenção de documentos, ameaças ou violência que impliquem no cerceamento da liberdade dele e/ou dos seus familiares, em deixar o local para onde presta seus serviços, ou mesmo quando o empregador se negar a fornecer transporte para que ele se retire do local para onde foi levado, não havendo outros meios de sair em condições seguras, devido às dificuldades de ordem econômica ou física da região³.

O trabalho forçado ou a condição análoga à de escravo tem a amplitude da velha e clássica nomenclatura de trabalho escravo. Ater-se a algumas características desse trabalho possibilita, a quem não tem conhecimento dessa relação jurídica, interpretações variadas

² AUDI, 2006, p. 74.

³ *Diário Oficial da União*, 28 de março de 1994.

sobre a situação observada, o que permite aos olhos mais desatentos ou desinteressados considerá-lo como trabalho lícito.

Seja devido a questões regionais do Brasil, ao enquadramento do tipo penal, à desatualização do Código Penal brasileiro, à falta de condições financeiras e/ou de servidores públicos especializados em fiscalizar, combater e orientar essa forma de trabalho, seja à falta de consciência dos ex-senhores feudais, hoje herdeiros de grandes pedaços de terra, o fenômeno do trabalho forçado vem crescendo, ao invés de ser eliminado da sociedade, a exemplo do que ocorreu com a abolição da escravatura.

Os direitos fundamentais são desrespeitados, a exemplo do ocorrido com trabalhadores resgatados em supostas condições análogas às de escravos na região norte de Minas, os quais estavam exatamente em terras que tinham a extração de madeira para carvão como sua principal atividade econômica, conforme reportagem publicada⁴, e viviam, segundo a referida matéria jornalística, em condições inadequadas para os seres humanos.

Questões intrincadas, como a do trabalho voluntário ou trabalho oferecido espontaneamente, levam a essa relação jurídica ora estudada, ou seja, às condições análogas às de escravo. Muitas vezes esse trabalho aceito tem, no consentimento inicial e na manifestação da vontade, vícios decorrentes de falsas promessas, esperanças plantadas por dias melhores, carteira assinada, possibilidades de ganhos extras ou maiores do que o oferecido, que são falsas, são fraudes que levam ao trabalho escravo. Assim, ao serem fraudulentamente “contratados”, sofrem ameaças psicológicas e físicas veladas, para que se dirijam a um local determinado pelo capataz, pelo arrenda-

⁴ *A Semana* – Jornal de Pirapora e demais municípios da microrregião do médio São Francisco, ed. 1.722, 24 mar. 2006. Reportagem de capa de Girleno Alencar – Jornal *Hoje em Dia* e imagem de Cláudio Duarte.

tário ou pelo próprio proprietário da terra, para que ali permanecessem, em situações contrárias às oferecidas inicialmente no “contrato”, o que vem a afrontar diretamente o ordenamento pátrio.

Se antigamente o trabalho escravo era lícito, hoje ele é ilícito, assim como as atitudes acima descritas, que revelam o aliciamento feito por “gatos” (recrutadores de mão-de-obra escrava).

Com a abolição da escravatura, se antes um escravo era mão-de-obra cara, hoje esse trabalho em condições análogas às de escravo é de baixíssimo custo, e a mão-de-obra dessas pessoas, apesar das promessas, não raras vezes só é paga com a alimentação. Daí a confirmação da vontade viciada e da violação à lei, porque ninguém pode explorar a energia de trabalho de outrem sem a devida remuneração, ainda que isso tenha sido aceito por esses trabalhadores⁵.

O regime escravocrata, que deveria ter visto seu fim em 1888, com a libertação dos escravos pela Lei Áurea de número 3.353, em 13 de maio daquele ano, parece ter sido uma situação só de direito, já que, de fato, existe entre nós até hoje. Naquela época, os senhores e seus escravos tinham uma relação duradoura, ainda que obrigados a isso; o lucro que se obtinha dessa relação era baixo e o custo desses escravos era alto. Para ter acesso a trabalhadores que prestam serviços forçados ou em condições análogas às de escravos na atualidade é fácil, o lucro é grande, com fatura de mão-de-obra barata, muitas vezes em troca de alimentação, ou seja, o custo é quase insignificante, já que vivem amontoados num barraco de lona e em condições subumanas.

⁵ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 6, que faz referências ao art. 7º *caput* e inciso IV, da Constituição Federal (CF).

Quando esses trabalhadores não trabalham pela comida, gastam seus salários na própria fazenda, no sistema *truck-sistem*⁶, espécie de lesão aos direitos, em que os trabalhadores compram os gêneros alimentícios de primeira necessidade, geralmente vendidos pelo próprio proprietário a preços acima do mercado e descontados do salário do obreiro. Como esses iletrados geralmente perdem o controle de seus gastos, são facilmente ludibriados, ocasiões em que sempre devem mais do que têm a receber, sendo, com isso, mantidos cativos.

Essa prática é proibida pelo Direito Internacional, e no Brasil, desde a ratificação da Convenção n. 95 da OIT, que trata da proteção ao salário, e sua entrada em vigor em 25 de abril de 1958, quando várias dessas práticas foram consideradas abusivas. É o que preceitua o artigo 7, itens 1 e 2, conforme disposto:

ARTIGO 7

1 - Quando em uma empresa forem instaladas lojas para vender mercadorias aos trabalhadores ou serviços a ela ligados e destinados a fazer-lhes fornecimentos, nenhuma pressão será exercida sobre os trabalhadores interessados para que eles façam uso dessas lojas ou serviços.

2 - Quando o acesso a outras lojas ou serviços não for possível, a autoridade competente tomará medidas apropriadas no sentido de obter que as mercadorias sejam fornecidas a preços justos e razoáveis, ou que as obras ou serviços estabelecidos pelo empregador não sejam explorados com fins lucrativos, mas sim no interesse dos trabalhadores.

Nesse mesmo sentido dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no seu artigo 462, § 2º, quando essa prática for

⁶ SENTO-SÉ, 2000, p. 46.

realizada por coação ou induzimento, ou quando tiver por objetivo aumentar os lucros do fazendeiro (3º), pois a CLT e a lei dos rurícolas (Lei n. 5.889/1973) dispõem sobre as matérias de salário utilidades e de descontos legais.

Voltando às gradações da relação pesquisada e o que ocorria anos atrás: naquela época se verificava que essa mão-de-obra era de difícil reposição devido à importação. Hoje é fácil a reposição dessas pessoas, sobretudo em regiões de extrema pobreza, pois não são dispensados cuidados ou tratamentos, como na época antiga; são consideradas mão-de-obra descartável, principalmente se adoecem ou se machucam, sendo substituídas rapidamente, pois não há valores agregados à produção.

E ainda existe a diferença da relação em si considerada, aquela mais duradoura, embora forçada. As relações vividas hoje por essas pessoas envolvem o fato de, muitas vezes, sequer se conhecerem, ora porque são contratadas por capatazes da fazenda, ora por gatos.

Geralmente, constata-se essas relações de precarização nas carvoarias, locais onde é freqüente esse tipo de labor, bem como em outras pequenas e pobres regiões do nosso país. São essas as revelações de reportagens estampadas em periódicos como o citado anteriormente neste trabalho e também encontradas nos *sítes* especializados⁷ e revistas do Ministério Público do Trabalho (MPT).

Já as semelhanças ficam hoje seguramente por conta da miséria que escraviza e se deixa escravizar, a miséria em todos os sentidos da palavra, ou seja, o detentor do poder econômico que subjuga essas pessoas, pouco importando tratar-se de seres humanos. Por

⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/Noticias/download/lista.pdf>>. Acesso em: 2007; COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). Disponível em: <<http://www.cpt.org.br/?system=new&action=read&eid=129>>. Acesso em: 2007.

isso, continuam a utilizá-los como nos tempos idos, ou seja, como objetos, instrumentos baratos ao alcance de suas metas de enriquecimento, não se importando com seus semelhantes e com o meio ambiente que será deixado para as futuras gerações.

Tais situações não estão distantes de nós, senão vejamos: entre os dias 22 e 23 de março de 2006, num valente e ousado trabalho de parceria entre a Polícia Federal, sediada na comarca de Montes Claros – ao norte de Minas Gerais, sob o comando da delegada Josélia Braga Cruz –, e a Delegacia Regional do Trabalho (DRT), também sediada em Montes Claros, foram resgatados alguns trabalhadores flagrados em condições análogas às de escravo. Esse é um entre outros casos vividos por essas instituições, que merecem todo o nosso respeito. Alguns desses trabalhadores foram obrigados a fugir ou a se esconder para não serem pegos e complicar a situação do dono da terra, mas outros conseguiram ser resgatados dessas condições, como dito acima, e levados para suas residências, tendo sido tomados os procedimentos administrativos corriqueiros pelas autoridades em atuação. Nesse caso, o fazendeiro foi preso e, passado pouco tempo, foi solto. Pesquisas demonstram que quase não há condenações penais nesse sentido, um dos problemas enfrentados para a punição exemplar é o enquadramento do tipo penal.

Por outro lado, condenações trabalhistas já houve algumas, fazendo justiça também ao digno trabalho do MPT e da DRT, inclusive nas regiões do norte de Minas, mas algumas se encontram em grau de recurso, outras tantas foram objetos de acordo, pois os trabalhadores interessados não possuíam dinheiro e condições para se deslocar até os locais da audiência, não podiam também esperar por uma decisão daquela justiça especializada, já que o nosso atual sistema recursal ainda demora cerca de 2 a 3 anos em média.

A realidade é ainda mais dura do que podemos imaginar; a realidade desses indivíduos é ainda mais triste do que imagina a justiça social: esses trabalhadores preferem receber valores ínfimos perto do direito que certamente possuiriam se pudessem esperar pela verdadeira justiça, frustrando assim esperanças, como as dos operadores do direito, que almejam a verdadeira e prestimosa justiça, ainda que tardia.

Felizmente, existem projetos de lei no sentido de desapropriar terras onde forem encontrados trabalhadores escravos, estendendo-se inclusive para imóveis urbanos. Afinal, com uma Constituição que agasalha tantos direitos sociais, é no mínimo vergonhoso, nos dias de hoje, termos no seio de nossa sociedade violações dessa natureza, dos nossos direitos fundamentais tão propalados, afinal não são meras declarações de vontade, mas imperativos legais violados.

Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no seu *link* de notícias, informa mais uma condenação⁸, dando provimento em decisão unânime, da qual ainda cabe recurso, para dobrar o valor da indenização por danos morais coletivos, originariamente fixados em 200 mil reais, por entender caracterizado o trabalho em condições semelhantes às de escravo, desta feita no sul do Estado de Minas Gerais – veja-se a síntese da relatora Maria Lúcia Cardoso Magalhães:

[...] embora o trabalho escravo tenha sido banido do Brasil, remanescem em alguns casos situações degradantes de labor, em ofensa à ordem social consagrada no texto constitucional e aos direitos assegurados pela legislação do trabalho. Essa situação análoga à de

⁸ Informe-se em notícias do TRT da 3ª Região, Acórdão publicado em 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://or4mg.trt.gov.br:8080/pls/noticias/>>. Acesso em: 27 dez. 2006.

escravo, em violação à organização do trabalho, configura-se infração penal e [...] para a sua caracterização não é necessário o cerceio da liberdade de locomoção do trabalhador, mediante o aprisionamento deste no local de trabalho. Basta a configuração da falta de condução, da dependência econômica, da carência de alimentação e de instalações hidrossanitárias adequadas, do aliciamento de mão-de-obra, dentre outros.

Vale salientar que esses valores não vão diretamente para a mão dos trabalhadores resgatados nessas condições, mas sim para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), pois se trata de ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho, amparada na violação de direitos metaindividuais.

Desse modo, é importante a aprovação dos projetos de lei referidos, já que não é raro esses proprietários de terra com atividades na extração de carvão serem reincidentes, por serem grandes proprietários, que gozam de fortes influências na região onde possuem suas terras, inclusive influências políticas. Com a perda da terra, isso não mais seria possível e enfraqueceria todos os esquemas montados nesse sentido.

2.1 A lei como instrumento de justiça social

Precisamos de objetividade das legislações que cercam esses problemas e também sensibilidade dos julgadores para avaliar caso a caso – a impunidade desses crimes obviamente não pode continuar. Para aqueles que pretendem continuar seguindo a legislação, devem existir projetos que orientem e amparem os produtores rurais sérios, com linhas de créditos apropriadas para que possam oferecer abrigos decentes; alimentação equilibrada; controle dos agentes físicos (ruído, calor, umidade, radiação), biológicos (vírus, bactérias, animais

peçonhentos, plantas venenosas), químicos (gases, poeira, vapor), mecânicos (ferimentos, eletricidade), ergonômicos e sociais.

Haja vista que nem todos proprietários de glebas rurais têm cultura – cultura e dinheiro nem sempre andam juntos –, não podemos cerrar os olhos para a realidade de que muitos produtores rurais não sabem sequer o que são normas técnicas de segurança, não sabem o que é o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), entre outras orientações que deveriam ser dadas a patrões e empregados, pois muitas vezes os patrões são tão analfabetos quanto seus empregados.

A falta de clareza e objetividade das normas, sobretudo da lei penal, também faz com que arrastemos problemas dessa natureza e comprometamos a credibilidade de todas as instituições envolvidas, além de facilitar a divulgação da não-esperança de justiça, cada vez mais crescente. O Código Penal brasileiro (CP), quanto aos crimes de liberdade individual, partilhou a disciplina em quatro seções, colocando o objeto de nosso estudo na primeira, “Dos crimes contra a pessoa”, buscando proteger a liberdade de autodeterminação, locomoção e livre disposição de si. O tipo penal é “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, art. 149 do CP.

Nos termos do artigo citado, para que se conclua que se impôs a um sujeito passivo condição imposta pelo sujeito ativo, naquelas nuances já vistas, dificulta o efetivo enquadramento do tipo penal porque, ao tomarmos o Código Penal de 1940, que seguiu a linha da Constituição de 1937, quando vigorava o “Estado Novo”, prevalecia a intervenção estatal para evitar e forçar o não-exercício de atividades ilícitas na vida econômica e os interesses da coletividade, o que não é mais assim.

Hoje o embate é entre o intervencionismo estatal e o liberalismo econômico, em atitudes um tanto quanto contraditórias a depender do modelo político-econômico de cada governo.

Na atual legislação a respeito, outros dispositivos existem, autônomos, com condutas típicas: art. 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista); art. 207 (aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional); e Lei n. 9.777/1998, que acrescentou o inciso I ao art. 203 – para este será aplicada a mesma pena prevista no *caput*, ou seja: ao sujeito que “[...] obriga e coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude da dívida” (inciso I), ou a quem “[...] impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais” (inciso II).

Essas práticas descritas nos artigos acima são utilizadas como meio para se chegar ao fim colimado, que é o trabalho em condição análoga à de escravo. Como nossa Constituição Federal do Brasil adota o princípio da legalidade ou da reserva legal que prevalece no art. 1º do CP e no art. 5º, XXXIX, da CF/1988, não será considerado crime se a conduta não estiver expressamente tipificada. Dessa maneira, necessária se faz a revisão dos instrumentos normativos no que diz respeito a essa matéria, já que não conseguem, com os tipos penais em vigor, efetivar tais condutas.

Assim, o Código Penal brasileiro, seja porque os conceitos não estão bem expressos dentro da tipologia, seja por penas não-intimidadoras o bastante, não ajuda na eliminação do trabalho em condições análogas às de escravo. Logo, o instituto do perdimento das terras poderia ser instrumento efetivo onde forem encontrados trabalhadores em condições análogas às de escravo; seria de boa valia e bem mais intimidador do que as penas então vigentes, já que

nossa Carta política dá amparo a tal projeto, quando prevê, no seu art. 5º, XLVI, *b*, que a lei regulará a individuação da pena, fixando, entre outras, a perda de bens.

Nesse sentido e guardados os devidos ajustes legais, deveria ser proposto que, mesmo que a terra não tenha sido adquirida como objeto do ato ilícito, mas propiciado, por meio dela, atingir tal fato, fosse decretado, também nesses casos, o perdimento deste bem.

3 Conclusão

Feitas essas breves considerações e sugestões, é possível concluir que, mesmo passados 119 anos da abolição oficial da escravidão no Brasil, pela edição da Lei Áurea n. 3.353, em 13 de maio de 1888, até hoje não se encontra no país um planejamento político que viabilize a integração social de parte representativa da nossa população, que, sem instrução e sem meios de auferir renda condigna, ainda hoje se sujeita e engrossa a massa escrava, sem que o perfil escravista tenha-se alterado de fato.

Esperamos com o presente artigo sensibilizar e problematizar a questão do trabalho forçado ou análogo ao de escravo, a fim de que possamos extirpar da sociedade brasileira como um todo esta vergonha que, há anos, deveria estar sepultada entre nós, e sem resquícios, e não estar cada vez mais presente, como temos visto nos últimos tempos, sobretudo em regiões pobres, como as reveladas neste artigo, nas quais, como procuradora de trabalhadores nessas condições análogas às de escravos, e pelas condições já apresentadas, também observamos que os trabalhadores preferiram fazer acordos simbólicos na justiça do trabalho local, o que vem somar o caos

social, ou seja, um *anstand*⁹ (dever moral ou conveniência social) que frustra certamente toda a sociedade e afronta nossa cidadania.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.

AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves. *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 19. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. Ministério do Trabalho. GM/SEFIT/SSST. Instrução Normativa n. 1, de 24 de março de 1994. *Diário Oficial da União*, 28 mar. 1994.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/>>. Acesso em: 2007.

CADEIA, para o coronelismo e a escravidão. *A Semana*. Jornal de Pirapora e demais Municípios da Microrregião do médio São Francisco, edição 1.722, 24 mar. 2006.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). Disponível em: <<http://www.cpt.org.br/?system=new&action=read&eid=129>>. Acesso em: 2007.

⁹ ACQUAVIVA, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Arnaldo. *Vade Mecum*. Belo Horizonte: Mandamentos do Direito, 2006.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000.

SINGER, Paul. *Curso de introdução à economia política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (TRT). Notícias. *Acórdão publicado em 16 ago. 2006*. Disponível em: <<http://or5mg.trt.gov.br:8080/pls/noticias>>. Acesso em: 27 dez. 2006.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

Denúncia do Vôo 1907 da Gol

Thiago Lemos de Andrade *

Gustavo de Carvalho Fonseca **

Excelentíssimo Senhor Juiz Federal da Subseção Judiciária de Sinop/MT

Autos n. **2006.36.03.006394-2**

Denunciados: J.F.S. e outros

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo Procurador da República signatário, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, por força do disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, e com lastro empírico no anexo inquérito policial, oferecer

Denúncia

em face de

J.F.S., brasileiro, casado, sargento da Aeronáutica, lotado no Cindacta 1, situado na QI-5, Área Especial n. 12, Lago Sul, em Brasília-DF, portador da cédula de identidade n. XXX.XXX, expedida pelo Comando da Aeronáutica, nascido aos 25.3.1968, em São Paulo-SP, filho de E.S. e de L.B.S., encontrado no mencionado endereço funcional;

* Thiago Lemos de Andrade é Procurador da República no Estado do Mato Grosso.

** Gustavo de Carvalho Fonseca é Procurador da República no Estado do Mato Grosso.

L.T.A., brasileiro, solteiro, sargento da Aeronáutica, lotado no Cindacta 1, situado na QI-5, Área Especial n. 12, Lago Sul, em Brasília-DF, portador da cédula de identidade n. XXX.XXX, expedida pelo Ministério da Aeronáutica, nascido aos 13.12.1978, em Fortaleza-CE, filho de A.S.A. e de M.T.A., encontradiço no mencionado endereço funcional;

L.J.S.B., brasileiro, casado, sargento da Aeronáutica, lotado no Cindacta 1, situado na QI-5, Área Especial n. 12, Lago Sul, em Brasília-DF, portador da cédula de identidade n. XXX.XXX, expedida pelo Comando da Aeronáutica, nascido aos 14.1.1980, em Nilópolis-RJ, filho de O.C.B. e de E.S.B., encontradiço no mencionado endereço funcional;

F.S.R., brasileiro, solteiro, sargento da Aeronáutica, lotado no Cindacta 1, situado na QI-5, Área Especial n. 12, Lago Sul, em Brasília-DF, portador da cédula de identidade n. XXX.XXX, expedida pelo Ministério da Aeronáutica, nascido aos 9.11.1984, em Belém-PA, filho de I.B.R. e de H.S.R., encontradiço no mencionado endereço funcional;

J.L., estrangeiro dos Estados Unidos da América (EUA), titular do passaporte n. XXXXXXXXXXX, casado, piloto de aeronave, natural de Bari-Itália, nascido aos 27.7.1964, filho de A.L. e de A.L., residente em “X”, New York XX, EUA; e de

J.P.P., estrangeiro dos EUA, titular do passaporte n. XXXXXXXXXXX, casado, piloto de aeronave, natural do Brooklyn, New York-EUA, nascido aos 8.4.1972, filho de H.P. e de I.P., residente em “Y”, New York YY, EUA;

pelos fatos delituosos adiante perfilados.

I – O desastre

Aos 29 de setembro de 2006, um avião Boeing/737-800, prefixo PR-GTD, da companhia Gol Transportes Aéreos S/A, colidiu em pleno vôo, sob o céu de Mato Grosso, com um jato Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL, recém-adquirido pela empresa americana Excel Air Service, dando causa ao maior e mais lamentável acidente da história da aviação brasileira.

Conforme noticiado amplamente pela imprensa, a aeronave da companhia Gol – doravante referida apenas pelo prefixo PR-GTD – fazia o vôo 1907, oriundo de Manaus/AM, com destino a Brasília-DF, ao passo que o jato executivo Legacy 600 – à frente tratado somente pelo prefixo N600XL – vinha de São José dos Campos, em direção a Manaus-AM, onde pousaria para, no dia seguinte, partir rumo ao exterior.

A aeronave N600XL era pilotada pelos denunciados J.L. (piloto em comando) e J.P.P. (co-piloto), empregados da *Excel Air Service*. Além deles, encontravam-se a bordo outras cinco pessoas, sendo dois sócios dessa empresa, dois funcionários da Embraer e um jornalista americano. O avião PR-GTD, por sua vez, era ocupado por cento e cinquenta e quatro almas, sendo seis tripulantes e cento e quarenta e oito passageiros.

Precisamente às 19 horas 56 minutos e 54 segundos UTC¹, as duas aeronaves passaram, uma pela outra, a 37.000 pés de altitude, no espaço correspondente ao norte do Estado de Mato Grosso, próximo ao Município de Peixoto de Azevedo. No cruzamento, a ponta da asa esquerda (*winglet*) do aparelho N600XL tocou o equi-

¹ UTC é a sigla para Tempo Universal Coordenado. *Todas as referências a horário, nesta peça, são expressas em UTC*, por se tratar do padrão internacionalmente utilizado nas comunicações aeronáuticas e, por decorrência, na maior parte dos documentos e laudos encartados no inquérito policial. Para obtenção do horário de Brasília, basta subtrair, do UTC, três unidades de hora.

pamento PR-GTD, provocando danos que acarretaram a desestabilização e a vertiginosa queda deste último. Todas as cento e cinquenta e quatro pessoas que se encontravam a bordo faleceram, conforme comprovam os laudos cadavéricos autuados no apenso VIII do inquérito policial. O Brasil entrou em luto oficial por três dias.

Já a aeronave N600XL, embora avariada, logrou executar uma aterrissagem de emergência na base aérea da Serra do Cachimbo, ao sul do Estado do Pará. Felizmente, as seis pessoas que estavam em seu interior safaram-se ilesas.

II – As causas penalmente relevantes. Encadeamento cronológico das ações e omissões ilícitas dos denunciados

O plano de vôo da aeronave N600XL, apresentado ao serviço de tráfego aéreo brasileiro às 16h50, consignava partida de São José dos Campos, com acionamento dos motores previsto para 17h30. A rota consistia em tomar a aerovia UW2, com entrada no fixo PCL (ponto correspondente à cidade de Poços de Caldas-MG), seguindo por ela até o fixo BRS (Brasília), ponto de guinada para a aerovia UZ6, a ser percorrida até Manaus-AM. Os níveis de cruzeiro programados eram F370² até BRS, descendo para F360 até TERES (fixo de auxílio à navegação situado ao longo da aerovia UZ6), e subindo, por fim, para F380 até o destino.

De se salientar que a UW2 é uma aerovia unidirecional, diferentemente da UZ6, que é uma “via de mão dupla”. Nesta última, o fluxo é organizado por altitudes. Os níveis de vôo pares (F360, F380, F400 etc.) são reservados para o sentido Brasília–Manaus. Já

² O número indicativo do nível de cruzeiro equivale à altitude, em pés, dividida por 100. Fazendo a operação inversa: $F370 = 370 \times 100 = 37.000$ pés.

o sentido inverso (Manaus–Brasília) ocupa os níveis ímpares (F370, F390, F410 etc.)³. Registre-se que todos esses dados constam da carta de rota do espaço aéreo brasileiro, e que os denunciados J.L. e J.P.P. não só dispunham de semelhante documento, como efetivamente consultaram-no antes da viagem, destacando nele, com tinta “*lumi-color*”, o percurso planejado.

Pois bem. Às 17h35, o controlador de voo ora denunciado F.S.R., que ocupava, no Cindacta 1, a posição “assistente S1”, quer dizer, assistente do setor 1 daquele Centro de Controle de Área, aprovou o plano de voo da aeronave N600XL. A respectiva autorização, contudo, foi emitida por ele em desconformidade com o que preconiza a Instrução do Comando da Aeronáutica n. 100-12 (ou simplesmente ICA 100-12), que dispõe sobre “Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo” e consubstancia o mais importante diploma normativo atinente ao tema.

Reza o item 8.4.9 do ICA 100-12 que:

As autorizações conterão, na ordem indicada, o seguinte:

- a) identificação da aeronave;
- b) limite da autorização;
- c) rota de voo;
- d) *nível ou níveis de voo para toda a rota ou parte da mesma e mudanças de níveis, se necessário; [...]*

Nota: Se a autorização para os níveis envolver somente parte da rota, é importante que o órgão ATC especifique um ponto até o qual a autorização referente aos níveis se aplica.

³ O rigor impõe observar que todos os níveis de voo, por serem múltiplos de 10, são pares. Por isso, a dicotomia par/ímpar, determinante do sentido do tráfego na aviação UZ6, há de aplicar-se apenas aos dois primeiros dígitos. Nesse diapasão, o nível

Na mesma linha, estatui o item 8.4.10.3:

As instruções incluídas nas autorizações referentes a níveis constarão de:

a) nível(eis) de cruzeiro ou, para subida em cruzeiro, uma série de níveis e, se necessário, *o ponto até o qual a autorização é válida, com relação ao(s) nível(eis); [...]*.

Nada obstante, a autorização emitida pelo denunciado F.S.R. deixou de fazer qualquer referência às mudanças de nível de cruzeiro previstas ao longo da rota traçada. Seu teor foi o seguinte:

Três sete zero, *transponder* quatro cinco sete quatro, proa de Poços.

Essa autorização pode ser dissecada em três partes. A primeira diz respeito ao nível de cruzeiro (F370); a segunda refere-se ao código de identificação da aeronave, a ser programado no *transponder* (4574); e a terceira reporta a direção inicial a ser seguida, indicando o primeiro ponto da rota (Poços de Caldas – PCL). Vê-se que os demais elementos básicos da autorização, sobretudo o concernente às mudanças de altitude ou ao ponto até o qual o nível de vôo ditado era válido, foram simplesmente desprezados pelo denunciado F.S.R., que era, na ocasião, a autoridade competente para a prática do ato liberatório.

Recebida pelo Controle de Aeródromo de São José dos Campos, tal autorização foi repassada aos pilotos da aeronave N600XL mediante a mensagem abaixo:

F370, por exemplo, deve ser reputado ímpar, porque os dois primeiros algarismos formam o número 37.

November Seis Zero Zero X-Ray Lima, ATC permissão para Eduardo Gomes, nível de vô três sete zero, direção Poços de Caldas, código squawq do transponder 4574. Após decolagem faça partida Oren.

A primeira parte da mensagem corresponde ao soletramento do prefixo da aeronave N600XL, com emprego do código fonético internacional, que é o padrão universalmente utilizado nas comunicações de rádio. A segunda parte indica o destino do vô, qual seja, aeroporto Eduardo Gomes, em Manaus-AM. O restante é a reprodução fiel da autorização emitida, acrescida de uma derradeira instrução acerca do procedimento de decolagem.

Essa mensagem, veiculando autorização lacunosa, foi perfeitamente captada pelos denunciados J.L. e J.P.P., os quais, sendo os exclusivos responsáveis pela navegação da aeronave, e mesmo cientes das mudanças de nível de cruzeiro previstas no plano de vô, abstiveram-se de solicitar qualquer complementação ou esclarecimento.

Às 17h54 a aeronave N600XL decolou, perfazendo um vô regular, sem anormalidades, até as imediações de Brasília-DF. A despeito de a viagem ter decorrido, nesse primeiro segmento, sem maiores problemas, apurou-se que os denunciados J.L. e J.P.P. exibiram pouca familiaridade com o novo avião, enfrentando dificuldades para manusear certos equipamentos. As conversas registradas pelo gravador de voz da cabine (CVR – *Cockpit Voice Recorder*) revelam que os pilotos se embaraçaram algumas vezes ao operar o Sistema de Gerenciamento de Vôo (FMS – *Flight Management System*), a ponto de admitirem, em determinado momento, que precisavam “achar o manual” da aeronave e “começar a lê-lo”.

Às 18h51m7s, após ingressarem no setor 07 do Cindacta 1, os denunciados J.L. e J.P.P. contactaram o órgão de controle do

tráfego aéreo, informando o nível de cruzeiro F370, então compatível com o plano de vôo. Foram atendidos pelo denunciado J.F.S., que estava responsável por aquele setor e, por meio do console n. 08, passou a monitorar a aeronave N600XL. O tráfego, naquele horário, era bastante tranqüilo, consoante avaliação unânime dos controladores que prestaram depoimento na fase inquisitiva.

Poucos minutos depois, precisamente às 18h55m28s, a aeronave N600XL transpôs o ponto até o qual poderia voar no nível de cruzeiro F370. Dali em diante, ingressaria na aerovia UZ6, devendo nivelar-se em altitude compatível com o sentido de deslocamento Brasília–Manaus. O nível a ser observado, de acordo com o plano de vôo, era o F360. Essa informação, de que já tinha conhecimento o denunciado J.F.S., porquanto constava na *strip* (resumo do plano de vôo), que é permanentemente exibida no lado direito do monitor do console, ficou ainda mais nítida para o controlador, na medida em que passou a ser assinalada na etiqueta que, também no monitor, identifica e acompanha o marcador de posição da aeronave.

O CD anexo, com a inscrição “Anexo OF. N. 6/SIPACEA/97 Telas ACC BS”, contém arquivos digitalizados com as imagens exibidas pelos monitores do Cindacta 1 durante todo o período em que a aeronave N600XL esteve sob a vigilância daquele órgão. De sua análise, extrai-se que, quando ocorreu a mudança do nível de cruzeiro devido (plano de vôo), a aeronave estava com o *transponder* ligado, informando a sua altitude real. Esse dado (altitude real) constava na mencionada etiqueta exatamente ao lado da indicação do nível de cruzeiro devido (plano de vôo), de modo que a desconformidade entre um e outro (altitude real e plano de vôo) era visualizada, *primus ictu oculi*, pelo denunciado J.F.S., sempre que observava a aeronave N600XL na tela do radar.

Nessa quadra calha um parêntese. O *transponder* é um aparelho que interage com os radares secundários do controle aéreo e com outros *transponders*, interrogando e fornecendo informações, principalmente sobre a posição e o deslocamento das aeronaves. A interação com os radares secundários é essencial para que o controle do tráfego aéreo possa aquilatar, com razoável confiabilidade, a altitude da aeronave. Isso porque os radares primários, ou seja, aqueles que não se comunicam com o *transponder*, muito embora eventualmente forneçam estimativa de altitude, não se prestam a essa finalidade. A serventia precípua dos radares primários é de varredura e indicação posicional do objeto no plano horizontal. Seus apontamentos de altitude, em virtude da pouquíssima acurácia, são imprestáveis para o controle de tráfego aéreo, mormente em áreas de Separação Vertical Mínima Reduzida (RVSM – *Reduced Vertical Separation Minimum*), como a percorrida pela N600XL. Nessas áreas, em que os fluxos são separados por níveis de vôo estreitos, é obrigatório o uso do *transponder*, exatamente porque é ele que, interrogado pelo radar secundário, propicia informação adequada sobre a altitude da aeronave.

O segundo tipo de interação do *transponder* é com os equipamentos semelhantes instalados nas outras aeronaves. Nesse contexto, o *transponder* funciona de forma integrada com o Sistema de Alerta de Tráfego e Prevenção de Colisão (TCAS – *Traffic Alert and Collision Avoidance System*). Tal sistema, cuja denominação é auto-explicativa, provê informações ao piloto acerca da existência de outras aeronaves nas proximidades. Em situações críticas, quando o risco de colisão é iminente, o TCAS emite resoluções de manobras evasivas capazes de garantir uma distância segura. O equipamento que supre o TCAS com os dados necessários à identificação de outras aeronaves e ao cálculo das manobras de evasão é o *transponder*, que interroga os *transponders* das aeronaves localizadas dentro de determinado raio de alcance, obtendo deles referências de posição

e deslocamento. Donde se conclui que, para que o TCAS de uma aeronave possa operar eficazmente, é imperioso o funcionamento de dois *transponders*: o da própria aeronave e o da aeronave tangenciadora. Na espécie, o *transponder* do avião PR-GTD permaneceu ligado durante todo o vôo. O da N600XL, no entanto, a partir de um certo momento, foi desligado.

Isso ocorreu pontualmente às 19h01m53s, quando os denunciados J.L. e J.P.P. exercitavam alguns sistemas e equipamentos da aeronave, com o fito de aprender e aprimorar o manuseio deles. Por não estarem afeiçoados ao funcionamento de alguns itens, acabaram desativando acidentalmente o *transponder*.

A essa momentânea imperícia ativa, seguiu-se uma longa negligência omissiva dos denunciados J.L. e J.P.P., que, cômicos da imprescindibilidade do *transponder* em vôos daquela natureza, deixaram de dispensar a devida e contínua atenção ao funcionamento do equipamento, em que pesem os avisos de desligamento que ficaram permanentemente expostos a cada um deles. Com efeito, quatro telas do painel da aeronave, estando duas à frente do piloto e duas, do co-piloto, exibiram, desde a desativação, o aviso “TCAS Off” (TCAS desligado). Os experientes aviadores J.L. e J.P.P., porém, deram-se conta da displicência tarde demais, quando o Boeing PR-GTD, já danificado pelo choque com a asa do N600XL, rasgava em queda livre o céu de Mato Grosso – e os corações de muita gente.

O denunciado J.F.S. percebeu antes, muito antes, o desligamento do *transponder*. Percepção essa, aliás, inevitável para quem, como ele, monitorava a evolução da aeronave N600XL. Explicando: o funcionamento do *transponder* é representado, no monitor do console, por um círculo ao redor da aeronave. Quando o *transponder* é desligado, o círculo desaparece, ficando a aeronave sinalizada apenas por uma pequena cruz. Logo, para que o con-

trolador detecte algum problema com o *transponder*, basta que olhe para o monitor. Se enxergar uma cruz com um círculo em volta, é porque o *transponder* está ligado. Se visualizar somente a cruz, sem o círculo, é porque o *transponder* está inoperante. Ora, essa visualização da tela é ato elementar, *conditio sine qua non* para prestação de serviço de vigilância radar. O controlador de voo que opera vigilância radar não pode deixar de observar o monitor. *Mutatis mutandis*, seria o mesmo que um inspetor pretender coordenar o trânsito com uma venda nos olhos.

A ICA 100-12, no item 14.4 e respectivos subitens, estabelece vários procedimentos que o controlador de tráfego aéreo deve cumprir quando verificar falha de *transponder*. A atitude básica, que chega mesmo a ser intuitiva, é comunicar-se com o piloto da aeronave, pedindo-lhe que acione o equipamento e, se a falha persistir, que realize testes específicos. Tais procedimentos mostravam-se ainda mais cogentes ao denunciado J.F.S. quando se tem presente que, como já ressaltado, ele sabia que a aeronave N600XL mantinha nível de cruzeiro incompatível com o plano de voo e impróprio para o sentido a ser percorrido na aerovia UZ6. Voltando à analogia anterior, a omissão, nessas circunstâncias, é equivalente à de um guarda de trânsito que visse um ônibus trafegando pela contramão de uma rodovia, à noite, com os faróis apagados, e nada fizesse!

A despeito do patente perigo implicado na situação – perigo esse que podia e devia evitar –, o denunciado J.F.S. não fez contato algum com a aeronave, tampouco tomou qualquer providência para que os pilotos acionassem o *transponder* ou adequassem o nível de voo. Pior: ao passar o posto para o denunciado L.T.A., o denunciado J.F.S. forneceu-lhe, consciente e dolosamente, falsa informação sobre o nível de cruzeiro da aeronave N600XL, afirmando, peremptoriamente, que ela se encontrava em F360.

L.T.A. assumiu o console n. 8 do Cindacta 1 às 19h17. Foi omissivo quanto à falha do *transponder* da N600XL, assim como seu antecessor. Com uma diferença: ao contrário dele, não sabia que a aeronave N600XL estava na “construção” da UZ6.

O denunciado L.T.A. tentou quatro contatos com a aeronave N600XL. O primeiro deles apenas às 19h26m56s, cerca de dez minutos, portanto, depois de assumir o posto. Essa demora foi relevante, caracterizando negligência. A uma, pela situação de inoperância do *transponder*, que, só por si, reclamava pronta intervenção. A duas, porque, quando ele tomou assento no console n. 8, a aeronave estava na iminência de ingressar em uma área crítica, pelos próprios controladores considerada como “não-radar” (área em que a cobertura radar é falha ou inexistente). Por isso, providências imediatas faziam-se ainda mais urgentes. A segunda tentativa, também frustrada, veio em seguida, às 19h27m12s. Após sete minutos (19h34m7s), ocorreu nova chamada, igualmente sem resposta. A última mensagem foi passada às cegas, às 19h53m38s, para informar a frequência do Centro de Controle Amazônico, a que a aeronave estaria, dali em diante, vinculada.

O denunciado L.T.A. foi igualmente displicente quanto aos procedimentos previstos na ICA 100-12 para casos de falha de comunicação. A partir da primeira tentativa de contato frustrada, ele deveria ter-se utilizado das demais frequências válidas para o setor, consoante preconiza o item 7.14.2 daquele instrumento normativo. Para tanto, bastaria programar em seu console as cinco frequências auxiliares existentes. Suas mensagens passariam, então, a ser transmitidas concomitantemente em todas elas, ao passo que também captaria mensagens emitidas em qualquer uma. Isso propiciaria contato com a aeronave N600XL, uma vez que o piloto, entre as 19h48m13s e as 19h52m56s, fez nada menos do que doze tentativas de comunicação com o Cindacta 1, utilizando várias

frequências que, malgrado listadas na carta de rota, não estavam programadas no console n. 8. O denunciado L.T.A. insistiu numa mesma e única frequência, até a última chamada, apesar de vê-la malograr repetidamente.

Às 19h30, o denunciado L.J.S.B. tomou assento no console n. 8, na condição de assistente. Presenciou, assim, as duas últimas malfadadas tentativas de comunicação realizadas por L.T.A. Ambos incorreram, juntos, na omissão de aviso ao Cindacta 4 (Amazônico) sobre as falhas de *transponder* e de comunicação com a aeronave N600XL, medida de rigor nessas situações, *ex vi* dos itens 7.14.6 e 14.4.10 da ICA 100-12. Andou pior, todavia, o assistente, que, incumbido de fazer a coordenação da N600XL com o Centro Amazônico, deu a entender que as comunicações por rádio com a aeronave ocorriam perfeitamente. O seguinte trecho da conversa é emblemático:

[denunciado] – *November* meia zero zero *X-Ray* Lima, tem?

[interlocutor de Manaus] – Tem aqui...

[denunciado] – Ele tá entrando na tua área já aí.

[interlocutor] – Tenho sim... tenho sim.

[denunciado] – Beleza, três meia zero [altitude] *tá te chamando aí*.

As falhas de comunicação também impunham providências aos denunciados J.L. e J.P.P. A mais elementar delas era o acionamento, no *transponder*, do código 7600 (que significa falha de comunicação). Se cumprissem essa regra do ar, prevista no item 14.4.2.c da ICA 100-12, a colisão teria sido evitada, ou bem por intervenção do Cindacta 4, que, passando a visualizar a altitude da N600XL, poderia efetuar o desvio da PR-GTD, ou bem pelos próprios TCAS das aeronaves, que, com os respectivos *transponders* funcionando, advertiriam para o perigo e reportariam as manobras evasivas cabíveis.

III – Abordagem individualizada das condutas dos denunciados. Nexos normativo e naturalístico com o resultado. Capitulações

Os denunciados J.L. e J.P.P. conduziram equivocadamente, e em desconformidade com o plano de vôo, a aeronave N600XL, mantendo nível de cruzeiro reservado para o sentido de deslocamento contrário àquele que seguiam. Desativaram por imperícia o *transponder*, que nesse estado só permaneceu porque também negligenciaram sua conferência e a dos diversos sinais de desligamento exibidos no painel. Trabalharam durante toda a jornada em conjunto, mediante repartição de funções e responsabilidades, de modo que a distinção entre piloto e co-piloto teve relevância meramente solene. Só se separaram quando J.L. deixou a cabine para ir ao toalete. Nesse ínterim, J.P.P. assumiu momentaneamente o comando absoluto da aeronave. Foi quando ocorreram as falhas de comunicação. Competia ao último, pois, tomar as precauções regulamentares. Não o fez. J.L., todavia, omitiu-se na seqüência, visto que, sendo informado do acontecido, ficou-se inerte. Do que se conclui que ambos perpetraram o delito tipificado no art. 261, § 3º, c/c art. 263, com pena cominada pelo art. 258, c/c art. 121, § 4º (inobservância de regra técnica de profissão), todos do Código Penal brasileiro.

O denunciado E.S.R. foi imperito ao emitir autorização incompleta de vôo, omitindo as mudanças de níveis de cruzeiro, no que concorreu para o equívoco dos pilotos da aeronave N600XL, incrementando, ilicitamente, riscos de acidente. Por essa razão, deve responder pelo crime acima capitulado.

Cometeram essa mesma infração, ainda, os denunciados L.T.A. e L.J.S.B. Ambos violaram normas que regem o exercício de sua profissão, negligenciando procedimentos previstos para os casos de falha de comunicação e de *transponder*. Ao sonegarem a informa-

ção dessas falhas ao Cindacta 4, inviabilizaram a adoção, por parte daquele órgão, de ações corretivas, como, por exemplo, o desvio do avião PR-GTD. Dessa forma, deixaram de evitar ou minorar, quando podiam fazê-lo, riscos não-permitidos que culminaram com a periclitacão e o sinistro da citada aeronave, e com a conseqüente morte das pessoas nela embarcadas.

O denunciado J.F.S. absteve-se dolosamente de corrigir a altitude da aeronave N600XL, sabendo-a em patamar impróprio para a rota programada. Por isso, e por, nessas condições, ter também deixado de adotar as providências regulamentares para falha de *transponder*, omitiu-se quanto a risco intolerável de colisão, que podia e devia impedir, a que ambas as aeronaves envolvidas se expuseram. O conhecimento da discrepância de altitude e, portanto, do perigo de colisão, é o ponto que diferencia a sua conduta da dos demais controladores. Enquanto eles supunham que a aeronave estava no nível de cruzeiro correto, J.F.S. sabia que ela não estava e, assim, concorreu, conscientemente, para a instalação e permanência da situação de risco. Há de responder por dois crimes dolosos de atentado contra a segurança de transporte aéreo, em concurso formal (art. 70 do CP). Um, na modalidade fundamental (art. 261, *caput*, CP), quanto à periclitacão da aeronave N600XL. O outro, qualificado por cento e cinquenta e quatro mortes (art. 261, § 1º, c/c art. 263, CP), em relação ao avião sinistrado de prefixo PR-GTD.

IV – Pedido

Em face do exposto, o Ministério Público Federal requer sejam os denunciados citados, regularmente processados e, ao final, depois de ouvidas as testemunhas abaixo arroladas, condenados nas penas que lhes couberem.

De Cuiabá-MT para Sinop-MT, 25 de maio de 2007.

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos que versem sobre matéria jurídica ou afim, de autoria de membros e servidores do MPU ou de colaboradores externos à Instituição; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, pelo fax (61) 3313-5185, o formulário de Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação em Meio Eletrônico, disponível na página da ESMPU, no endereço <www.esmpu.gov.br>, no *link* “Formulários”, devidamente preenchido e assinado.

- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (Rich Text Format), ou .doc (Word), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023).
- 1.6. O Núcleo de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelo telefone (61) 3313-5114.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.4. Os artigos publicados pelo Boletim Científico da ESMPU poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

- 2.5. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.6. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.