

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

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

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

Câmara Editorial do Boletim Científico

Ministério Público Federal

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (COORDENADORA)
Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

HELDER SANTOS AMORIM
Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO
Procurador Regional do Trabalho aposentado

Ministério Público Militar

REJANE BATISTA DE SOUZA BARBOSA
Procuradora de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB
Procuradora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 13 – Números 42 e 43 – janeiro/dezembro 2014

Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

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

© *Copyright* 2014. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, Anna Lucena, Glaydson Dias Mendes

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Impressão

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

Tiragem: 3.500 exemplares

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

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 13, n. 42-43, jan./dez., 2014

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Car@ s leitores(as),

A Escola Superior do Ministério Público da União publica os números 42 e 43 do Boletim Científico, com artigos que tratam de temas do nosso cotidiano e que constituem reflexões que podem ajudar na nossa atuação.

No bloco de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Administrativo Sancionador, há artigos relativos ao sistema penitenciário brasileiro, ao modo como se dá o encarceramento em nosso País, por quais tipos de crimes, como e a quais crimes deveriam ser aplicadas penas alternativas, se estas são adequadas ou cabíveis em crimes não violentos e ainda sobre sanções pecuniárias e apreensão de bens para crimes financeiros. Pode-se ler também uma análise sobre a aplicação da suspensão condicional do processo, mecanismo mitigador da obrigatoriedade da ação penal presente em nosso ordenamento desde 1995.

Complementando essa visão dos mecanismos de eficiência da persecução penal, temos artigo sobre modelos de cooperação internacional, imprescindível quando tratamos de investigações e ações penais relacionadas a organizações criminosas que operam além das fronteiras nacionais.

O artigo “A política e a democracia nas decisões judiciais: o artigo 385 do Código de Processo penal e o Superior Tribunal de Justiça” trata de tema crucial para o modelo do processo penal acusatório, que é saber se, diante do pedido de absolvição pelo Ministério Público, poderá haver condenação pelo Juízo.

Ainda no âmbito da persecução penal, mas agora na interseção com o direito ambiental, há artigo sobre o comércio de animais silvestres no Brasil com análise das normas internas e de Convenção sobre o Comércio Internacional da Flora e Fauna Selvagens em perigo de extinção, tema importante para um país com tamanha diversidade biológica como o Brasil.

Por sua vez, no bloco dos temas atinentes à atuação do Ministério Público na defesa de interesses e direitos coletivos, dois artigos que abordam a proteção do patrimônio histórico e cultural em contraponto ao interesse de construção privado. Questões processuais relativas à aplicação da Lei da Ação Civil são analisadas em três artigos que exploram os fundamentos constitucionais do Inquérito Civil Público, os efeitos da coisa julgada e o protesto de título como instrumento de efetividade de termo de ajustamento de conduta.

Sobre direitos de povos indígenas e quilombolas, três artigos nos trazem reflexões sobre demarcação de terras antes da Constituição Federal de 1988, regulamentação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e participação social e consulta das comunidades indígenas quanto aos empreendimentos e atos da Administração que as afetam.

Explorando os efeitos práticos de políticas de gestão que tratam de planejamento estratégico, temos artigo que se debruça sobre mecanismos de motivação de servidores como política específica de recursos humanos.

E o artigo “O princípio constitucional da autonomia individual” trata da caracterização dos princípios jurídicos em geral relacionando a autonomia com a liberdade.

Desejo a tod@s boa leitura, reflexão e aprendizado de temas novos e/ou aprofundamento de temas já conhecidos.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Procuradora Regional da República
Coordenadora da Câmara Editorial do Boletim Científico

Sumário

Direito Penal, Processual Penal e Criminologia

Os resquícios e os paradoxos da cultura do encarceramento no sistema de alternativas penais

Bruna Mello de Miranda e Kênia Carina Nogueira..... 11

A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) e seus aspectos práticos controvertidos

Leonardo Longo Motta 31

A pena privativa de liberdade e os crimes do colarinho branco: uma crítica

Ryanna Pala Veras 71

Cooperação Internacional

Esquemas e modelos de instrumentos normativos de cooperação internacional em matéria penal

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa 117

Direito Ambiental

O comércio de animais silvestres no Brasil e a Resolução CONAMA n. 457

Márcia Fajardo Cavalcanti de Albuquerque 147

Ministério Público, Políticas Públicas e Patrimônio Histórico

O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail 179

Proteção ao Patrimônio Histórico x Direito de Construir: conflito de interesses público e privado

Mirian do Rozário Moreira Lima 209

Direito Processual Civil

Os efeitos da sentença coletiva e a restrição do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Mudança de jurisprudência no STJ?

Marcos Nassar..... 225

O protesto como instrumento de efetividade dos termos de compromisso de ajustamento de conduta

Pedro Henrique Ishibashi.....267

Direito Constitucional

A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça

Edimar Carmo da Silva305

O princípio constitucional da autonomia individual

Heráclito Mota Barreto Neto331

Uma leitura constitucional do inquérito civil

Ulisses Dias de Carvalho.....367

Gestão Pública

Motivação como estratégia: um estudo de caso com servidores do MPT/RS e do MPF/RS?

Morgana Leal Becker405

Direito dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais

A possibilidade de ampliação dos limites de terras indígenas demarcadas antes do advento da Constituição Federal de 1988

Bruno Gontijo Rocha.....433

As discussões em torno da regulamentação do art. 68 do ADCT e a ineficiência da regularização fundiária no Brasil

Manoel Ricardo Monteiro465

Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática

Natália Albuquerque Dino.....481

**Direito Penal, Processual Penal
e Criminologia**

Os resquícios e os paradoxos da cultura do encarceramento no sistema de alternativas penais

Bruna Mello de Miranda

Atendente de Reintegração Social, integrante da Assessoria Jurídica da Direção da Unidade de Internação de Santa Maria da Subsecretaria do Sistema Socioeducativo da Secretaria de Estado da Criança do Distrito Federal. Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia (GCCRIM) da Universidade de Brasília (UnB).

Kênia Carina J. S. A. Nogueira

Advogada criminalista e professora de ensino superior. Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia (GCCRIM) da Universidade de Brasília (UnB). Mestranda como aluna especial em Direitos Humanos no CEAM-UnB.

Resumo: Trata o presente artigo dos esforços legislativos, judiciários e políticos empreendidos na tentativa de mudança do paradigma da prisão como única resposta punitiva no Brasil. Embora tenham as autoras por louvável e indispensável a proposição de alternativas ao cárcere, supõem a existência de resquícios de uma cultura do encarceramento arraigada na sociedade e nas estruturas estatais, criando-se paradoxos no sistema punitivo que consubstanciam entraves ao sucesso das penas alternativas.

Palavras-chave: Alternativas penais. Cultura do encarceramento. Política criminal. Prisão.

Abstract: This article aims to address the legislative, judicial and policy initiatives implemented in an attempt to change the paradigm of the prison as the only possibility as a punitive response in Brazil.

Although the authors think that it is important and indispensable to propose alternatives to prison, they also assume the existence of remnants of a culture of incarceration rooted in society and in the state structures, creating paradoxes in punitive system that hinder the success of alternative sanctions.

Keywords: Penal alternatives. Culture of incarceration. Criminal Policy. Prison.

Sumário: 1 Introdução. 2 A crise da pena privativa de liberdade e a implementação de penas alternativas no enfrentamento da cultura do encarceramento. 3 O *inflacionamento* da legislação penal. 4 As penas alternativas. 5 O programa nacional de penas alternativas: implantação e resultados. 6 Considerações finais.

1 Introdução

Extremamente mais preocupante e emblemático do que a prisão como método punitivo, eis hoje – e sempre – o cárcere das ideias.

Persistem hoje, mesmo no sistema de alternativas penais, paradigmas atinentes à concepção de aprisionamento como único método punitivo. Leciona Pires (2011, p. 25) que as críticas direcionadas a uma reconstrução percorrem sempre um duplo movimento: tanto de distanciamento de uma prática tradicional quanto de tentativa de refazimento do que já era hábito.

A própria terminologia “alternativas penais” tem a noção de prisão como ponto de partida do qual se tenciona a fuga. E quando o encarceramento é o padrão não há de fato outras opções. Há, na verdade, algumas poucas possibilidades, incrivelmente restritas e excepcionais, como fossem benesses, tanto mais que não resolvem a questão das superpopulações carcerárias. Passa a existir um subsistema, dentro do Direito Penal tradicional, ampliando a sua incidência.

E porque o crime é assunto visceral numa sociedade, de modo que a suposta patologia termina por atestar a tencionada normali-

dade, conclui-se que punir a sua ocorrência é mais que dever estatal: passa a *direito* da sociedade, que quer vincular ao delito necessariamente um castigo, que quer ver vingada a transgressão desafiante.

Pois há tempos que não avançamos nessa temática, presos – ironicamente – que ficamos a um discurso tão antigo quanto a própria humanidade.

Eis então a filosofia do sofrimento, com todas as suas mazelas e paradoxos. É preciso infligir dor e privar dos prazeres, pois assim se expia e se santifica, se defende e se exemplifica. Pouco importa sua eficácia em qualquer sentido: cuida-se de uma lógica cega e esquizofrênica, mas que funciona na superfície. Funciona para o “pai de família”, funciona para aquele que “paga seus impostos”, funciona para o “trabalhador” e funciona para o “cidadão honesto”. Só não funciona para o apenado.

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que *a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter o acusado*; é que, enfim, as forças que estão, externamente, em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas. (BECCARIA, 1983, p. 22). [grifo nosso]

Daí que, entre buscar maior eficácia nas retribuições e perder de vista o objetivo ressocializante, temos apenas um único passo. Na tentativa (ou na mera justificativa) de corrigir, encrudescemos o sistema punitivo, sonegamos o tempo, as relações, as oportunidades. Entretanto, não nos soa coerente pretender socializar alguém segregando-o da convivência social. Afinal, como é possível aprender a fazer algo quando se está privado de fazê-lo?

Essa prática funciona, como bem delineia Guyau (2007, p. 34), como uma replicação do próprio crime, ou, mais tradicionalmente,

da violência, tal qual cunhado no jargão popular “violência gera violência”. E o ciclo não só não se encerra como também se replica, *ad infinitum*. Senão, leia-se:

Acrescente o mal sensível do castigo ao mal moral do crime, sob pretexto de expiação, e você terá duplicado a soma de males sem nada reparar: você se assemelhará a um médico de Molière que, chamado para tratar de um braço doente, cortasse o outro braço do paciente. *Sem as razões de defesa social, o castigo seria tão censurável quanto o crime, e a prisão não valeria mais do que aqueles que lá habitam.* [...] É impossível ver na sanção expiatória algo que se assemelhe a uma consequência racional do crime. Ela é, abstraindo-se sua utilidade, uma simples sequência mecânica ou, melhor dizendo, uma repetição material, uma cópia, cujo modelo é o crime. [grifo nosso]

Ora, é tão habitual no imaginário popular a identificação entre pena e prisão, que muito dificilmente se admitirá outra associação. Tanto mais que qualquer alternativa proposta é, toda vez, tachada de medida de *impunidade*.

Até porque falar em cárcere pressupõe tratar do tão famigerado “fetiche da pena”. Parece-nos, infelizmente, que punir seja ainda hoje sinônimo de castigar, antes mesmo de recuperar. Nesse sentido, “pena é intencionalmente fazer sofrer, e se eu não te fizer sofrer, segundo a teoria, não seria pena” (PIRES, 2011, p. 31).

A secularização – a um só tempo cronológica e religiosa – da prisão representa uma capacidade incrível de sobrevivência a momentos estatais completamente opostos. Estamos, portanto, arraigados na cultura do encarceramento.

Ocorre que, do mesmo modo que cada iniciativa estatal, as políticas envolvem questões anteriores e essenciais à sua implementação: interesse governamental, recursos humanos, viabilidade orçamentária e até aceitabilidade popular. E, em se tratando especificamente de uma política criminal como a das alternativas penais, cada um desses fatores se torna ainda mais pungente.

Dessa forma, os embaraços opostos à implementação das penas alternativas de modo eficaz são inúmeros. Desde a sua previsão no Código Penal em 1984 até o advento das Leis n. 9.099/1995 e n. 9.714/1998, foram-se mais de dez anos; e até a sua viabilização por meio do Programa Nacional de Penas Alternativas do Ministério da Justiça, em 2000, transcorreu ainda mais um par de anos.

Hoje está patente que não basta o Legislativo prever nem o Judiciário pretender aplicar, quiçá o Executivo operacionalizar meios para implementar. É preciso mais. É necessário que a sociedade também participe ativamente do processo de ressocialização – ou, na verdade, socialização – dos condenados, que adira à política criminal, que não é nova, mas ainda está recente no Brasil. Isso é possível por meio do interesse pelo assunto e do conhecimento da política criminal, com o envolvimento da comunidade e das organizações sociais na execução de penas alternativas e nas discussões acerca de sua operacionalização.

Além do social, há ainda outros entraves (especialmente relevantes), como o orçamentário e o político, dos quais ainda trataremos no presente artigo.

Contudo, cremos, seja o próprio cárcere o maior deles, pois está em todos nós: não apenas aprisionamos, mas estamos nós também aprisionados. Como sociedade, não reconhecemos nem legitimamos o discurso das alternativas penais. Ao revés, o desacreditamos e atemo-nos ao repetido e usual sermão da punição.

2 A crise da pena privativa de liberdade e a implementação de penas alternativas no enfrentamento da cultura do encarceramento

Em todas as épocas, o principal método de lidar com os setores inadaptáveis e problemáticos da sociedade foi o aprisionamento, na sua mais variada forma e graduação de rigor e severidade. Lembra Zigmunt Bauman (1999, p. 114) que os escravos eram confinados

em senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos, os de etnia ou religião estranhas à “oficial”. Quando lhes era permitido sair do confinamento espacial, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço. Nesse sentido:

O sistema prisional agoniza, enquanto a sociedade de uma forma geral, não se importa com isso, pois crê que aqueles que ali se encontram recolhidos merecem esse sofrimento. Esquece-se contudo, que aquelas pessoas, que estão sendo tratadas como seres irracionais, sairão um dia da prisão e voltarão ao convívio da sociedade. (GRECO, 2013).

No contexto histórico do século XIX, o isolamento espacial forçado do marginalizado em prisões era visto como a principal e mais adequada solução para efetiva recuperação do delinquente; a prisão era uma reação a tudo que era diferente e não podia ser adaptado à pacífica convivência social. Acreditava-se que a privação da liberdade era um meio idôneo e o mais eficaz para se alcançar as finalidades da pena de prevenção, retribuição e ressocialização. Esse discurso está em plena decadência diante das circunstâncias da sociedade pós-moderna do século XXI.

É de notório conhecimento, inclusive amplamente divulgada pela mídia, a precária situação em que hoje se encontram os estabelecimentos penitenciários, desde a infraestrutura até as despesas orçamentárias, não havendo sequer expectativas de melhorias sobre os resultados das execuções das prisões. Ao passo que cresce em progressão geométrica o número de pessoas presas, aumenta de forma considerável a proporção de pessoas que, a cada dia mais, ignoram o poder estatal e confrontam as leis penais, estando sujeitas à prisão. Sugere-se, portanto, urgente mudança nas soluções de políticas públicas até então apresentadas pelo Estado.

Assim, observa Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 162), em severa e insistente crítica,

[...] que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Diante do contexto de um sistema prisional em crise, em razão de não alcançar seus fins ideais, o grande questionamento que traz inquietação social é: seria possível viabilizar uma política de soluções para esse mal que aflige a sociedade?

Por óbvio, a resposta está inserida em diversas ações de políticas públicas voltadas à implementação de programas sociais *preventivos* de formação do cidadão (educação, saúde, cultura etc.), cujo destinatário primário seria aquele que não adentrou no mundo do crime, bem como iniciativas reeducadoras e reabilitadoras adequadas àquele submetido à segregação.

Nesse sentido, ensina Bitencourt (2011, p. 41), citando Antônio Garcia Pablos y Molina, quando diz que “é mais difícil ressocializar uma pessoa que sofreu uma pena do que outro que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não”.

Ora, não se pode ignorar que uma condenação criminal deixa uma enorme e incômoda cicatriz na vida do egresso, visto que a sociedade passa a marginalizá-lo, persegui-lo, estigmatizá-lo e, ainda que gozando de liberdade espacial, ele sofrerá o isolamento social por trazer consigo o sinal caracterizador de que não pertence àquele espaço (*etiquetamento*). Doutro modo, aquele que, em que pese condenado, não tenha sido encarcerado, percebe a incidência do preconceito e do isolamento social como bem menor, traduzido num sinal quase imperceptível.

Nesse sentido, Carnelutti (2013, p. 87) faz interessante analogia com a morte:

[...] o pronunciamento da condenação, com o aparato que todos conhecem, mais ou menos, *é uma espécie de funeral*; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai das jaulas e o recebem em custódia os policiais, recomeça para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. Sob certo aspecto *pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério, mas se esquece que o condenado é um sepultado vivo*. [grifos nossos]

Eis, aí descrita, a morte social a que é condenado o indivíduo.

Nos ensinamentos de Greco (2013, p. 342), foram propostas três hipóteses para o enfrentamento da cultura do encarceramento, cuja análise alcança os âmbitos político-criminal, político-penitenciário e político-estatal.

O *âmbito político-criminal* se ampara em uma postura de Direito Penal mínimo, como forma de enfrentar a cultura do encarceramento, em que as penas privativas de liberdades devem ser aplicadas somente quando necessárias, em casos de maior gravidade.

Observa-se sempre o caráter residual e seletivo do Direito Penal; pois, enquanto os outros ramos do direito são suficientes para aplicar punições eficazes, não há necessidade de também se recorrer a ele. Hoje, como observa Rogério Greco (2013, p. 335), “o Direito Penal não é mais visto como a *ultima ratio*, mas sim como a *prima*”. Nesse âmbito, a prisão, punição por excelência, deve ser submetida à análise da possibilidade de ser substituída por medidas “desencarceradoras”, como as penas alternativas.

O mesmo autor reforça ainda a ideia de permitir, em alguns casos, por livre escolha e conveniência da vítima, a possibilidade de composição civil com ressarcimento do dano – o que a doutrina tem chamado de privatização do Direito Penal, atentando para o aumento da quantidade de infrações penais cuja iniciativa para instrução criminal dependeria de atuação direta da vítima (ação penal pública condicionada à representação da vítima e ação penal privada).

O *âmbito político-penitenciário* propõe, em síntese, investimentos estruturais que abarquem todas as necessidades das penitenciárias e a intensificação da fiscalização junto ao sistema penitenciário quanto às execuções penais e prisões provisórias no que se refere à efetiva aplicação das normas e regras que regem a execução penal. Kenya Margarita Espinoza Velázquez e Milagro Mengana Catañeda, citando Greco, observam ainda que “deve-se modificar o conceito de presídio pelo de um lugar onde se reabilite a população penitenciária, se eduquem os delinquentes, se lhes ofereça trabalho e se busquem empresas que se comprometam com eles, uma vez cumprida a pena”¹.

Por sua vez, as estratégias no *âmbito político-estatal* se voltam para efetivar direitos sociais que proporcionem qualidade e condições de vida dignas, com acesso aos direitos básicos do cidadão (saúde, educação, cultura, moradia etc.), rompendo-se com o isolamento e a marginalização das camadas sociais mais desprivilegiadas.

Destarte, diante da complexidade em solucionar o problema, alerta Greco (2013, p. 327) que “não existe nenhuma solução mágica para resolvê-lo, mas sim uma solução conjunta, como uma máquina que precisa de todas as suas engrenagens para funcionar com perfeição”.

3 O inflacionamento da legislação penal

Um dos fatores de maior crítica quando se traz à baila a crise do sistema penitenciário é a consideração de que a prisão, ao invés de reabilitar o infrator e diminuir os índices de delinquência, aparenta estimular e aumentar a criminalidade (como no dizer popular: “a prisão é a faculdade do crime”), sendo o sistema penitenciário visto como “instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade” (BITENCOURT, 2011, p. 165).

1 GRECO, Rogério apud VELAZQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. *Crisis carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidade*, p. 55-56.

Segundo Bauman (1999, p. 134),

Donald Clemmer cunhou em 1940 o termo ‘prisonização’ para denotar os verdadeiros efeitos do confinamento, marcadamente diferentes do impacto ‘reeducador’ e ‘reabilitador’ atribuído à prisão por seus teóricos e promotores. Clemmer encontrou internos sendo assimilados a uma ‘cultura de prisão’ altamente idiossincrática, que, quando nada, faziam deles ainda menos adaptados do que antes para a vida fora dos muros da prisão e menos capazes de seguir as regras e costumes da vida ‘comum’. Como todas as culturas, a cultura da prisão tinha uma capacidade autopetruadora. A prisão era, na opinião de Clemmer, uma escola do crime.

Todas as vezes, diante da ocorrência de uma infração penal, a sociedade deixa transparecer a sensação de que somente estará feita a justiça caso haja a prisão. Esse mesmo sentimento é perceptível de forma mais nítida quando a mídia divulga crimes que provocam comoção social.

Daí, não raras as vezes em que se deflagra uma verdadeira mobilização popular com fim de promover alterações legislativas, em busca de maior rigor na punição ou da criminalização de condutas, como se a solução deste problema social estivesse ao encargo exclusivamente do Legislativo por meio da criação de novas leis penais ou do agravamento da punição. Assim é que observa Greco (2013, p. 334):

o legislador, a seu turno, pressionado pelos meios de comunicação, que chamaram para si a responsabilidade de representar a opinião pública, cede a essa pressão e, a todo instante, faz editar novos tipos penais incriminadores, aumentando as penas dos delitos já existentes, criando circunstâncias agravantes, trazendo novas majorantes, enfim, causando um inchaço na legislação, surgindo um processo terrível para todos nós, chamado inflação legislativa.

Todavia, esse fenômeno da *inflação legislativa* é um “*tiro que saiu pela culatra*”. Em vez de arrostar a criminalidade, o excesso de leis

penais com pouca ou nenhuma efetividade social aumenta a insegurança e a incerteza. Ao mesmo tempo, na visão social, apercebe-se a ideia de que “o crime compensa”, prevalecendo uma sensação de impunidade. Na visão técnico-jurídica, os conflitos aparentes de normas que surgem em razão do excesso de legislação criam campo minado para divergências doutrinárias e jurisprudenciais culminando com a *insegurança jurídica*.

Destarte, não condiz com a realidade o discurso de que a quantidade de leis penais é diretamente proporcional à segurança. Senão, leia-se Greco (2013, p. 335): “desde Beccaria já se havia concluído que não era com o recrudescimento das leis que o Direito Penal seria respeitado, mas sim pela certeza absoluta de que se fosse a lei descumprida, certamente o infrator seria punido”.

A bem da verdade, a batalha travada na superação da cultura do encarceramento não é simplesmente para reforma ou inovação legal, mas para renovação do costume e da cultura social, haja vista que o problema da insegurança, da criminalidade e da pena transpassa o Estado-Juiz, recaindo sobre a sociedade como um problema moral de civilidade e respeito.

Bem observada por Santana (2008, p. 109), eis a necessidade de ser implantada a conscientização social, assim demonstrada pela experiência de que “o afastamento social absoluto do apenado constitui-se em um significativo componente de desagregação moral agravada pela vivência no interior das prisões, que proporcionam aprendizagem doentia e criminosa”.

Esse conjunto de circunstâncias pós-modernas que norteiam a cultura do encarceramento como solução à criminalidade e à segurança converge para um sistema jurídico-penal enfartado e agravado pela morosidade do Judiciário, que, infelizmente, em muitos casos tem desembocado na descrença da aplicação da lei penal (a vítima se sente injustiçada, pois vê seu direito se perdendo no tempo) e, por conseguinte, também na insegurança social, em

razão de variadas causas, como a extinção da punibilidade pela prescrição ou, na melhor das hipóteses, a prolação de uma sentença condenatória muito retardatária, que se distancia da prevenção e da retribuição, principalmente com relação aos casos em que o condenado já está socialmente reintegrado. Greco (2013, p. 367) preleciona que “já se chegou à conclusão de que a Justiça, de forma geral, encontra-se sobrecarregada e que, efetivamente, não consegue resolver em tempo hábil todos os conflitos que são levados ao seu conhecimento”.

Por essas razões, surgiram várias propostas de instrumentos (que não significam simplesmente “colocar o delinquente na rua”) de auxílio à celeridade do Judiciário, na efetividade da aplicação da lei penal, no enxugamento da máquina judiciária e da sua excessiva quantidade de processos, bem como na amenização da crise do sistema penitenciário, entre eles: a mediação penal; a justiça restaurativa; a pena de multa; a suspensão condicional do processo e o *sursis*; o monitoramento eletrônico; e, igualmente importantes (e objeto do presente artigo), as penas alternativas.

4 As penas alternativas

Para evitar o desnecessário encarceramento, faz-se mister observar o trinômio *necessidade, adequação e suficiência*. O juiz deve observar, no momento da condenação, se aquela pena é necessária, adequada e em quantidade suficiente à retribuição, prevenção e real adaptação do condenado ao meio social, efetivando dessa forma a justiça, em consonância com o respeito à dignidade humana. Assim:

Se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2013, p. 403).

Para tanto, é indispensável que se encontrem formas de punição compatíveis com a realidade social atual e, enquanto não surge uma solução melhor, a pena – não necessariamente a prisão – continua sendo uma condição indispensável para o funcionamento harmônico dos sistemas sociais de convivência (BITENCOURT, 2011, p. 121).

Cresce cada vez mais a percepção de que a custódia carcerária, salvo quando estritamente necessária, não significa necessariamente que “foi feita justiça”. A pena privativa de liberdade passa por uma crise existencial de eficácia, ganhando terreno as penas alternativas, mesmo que inicialmente direcionadas a delitos submetidos a pequenas condenações.

Assim, busca-se como opção para desafogar o sistema penitenciário, no caso de delitos de menor e médio potencial ofensivo, substituir a pena privativa de liberdade por outras alternativas, evitando-se que as mazelas do sistema prisional alcancem aquele que cometeu um pequeno delito, se submetido ao isolamento em um cárcere na companhia de outros condenados perigosos.

Surge, assim, a concepção de possibilidade de uma classificação do delito pela gradação, conforme seja a criminalidade grave ou leve.

Corroborando esse contexto, assim se manifesta Pimentel (1983, p. 163):

[...] o fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando, sem nenhuma vantagem, sua vida.

Por essas, entre outras razões, as penas alternativas e medidas substitutivas à prisão apresentam-se como instrumentos idôneos a viabilizar uma atuação estatal no enfrentamento da cultura do encarceramento e devem ser levadas em consideração antes (prisões cautelares) ou após a condenação definitiva (prisão-pena), visando sempre evitar segregação desnecessária.

Assim, vislumbram-se incontestes os benefícios que, ao menos em tese, prometem as penas alternativas à prisão, os quais Greco (2013, p. 327) se preocupou em enumerar didaticamente, quais sejam, em síntese: a) evitam o fenômeno da prisionização; b) promovem a manutenção de vínculos familiares e empregatícios; c) facilitam a finalidade ressocializadora da pena; d) efetivam reparação do dano como condição para aplicação da pena alternativa; e e) diminuem o índice de reincidência; entre outros. Não se pode olvidar ainda a significativa redução dos custos com o aprisionamento. Santana (2008, p. 90) explica que “para cada milhão de dólar gasto com prisões, deixam de ocorrer apenas sessenta delitos anuais. Contudo, a mesma quantia aplicada à educação é suficiente para evitar 258 crimes no mencionado período”.

Assim, o que se espera com o enfrentamento da cultura do encarceramento não é “colocar os condenados na rua” à mercê da sociedade, mas sim evitar as mazelas do tradicional sistema de punição, que tem por excelência a pena privativa de liberdade, sugerindo alternativas eficazes e socialmente satisfatórias, compatíveis com a dignidade da pessoa humana, alcançando, desta forma, os anseios das políticas estatais e, concomitantemente, promovendo a segurança e paz social.

Essa preocupação é uma tendência mundial. Segundo histórico traçado por Bitencourt (2011, p. 288-292), a Rússia foi o nascedouro de uma das primeiras penas alternativas em 1926, com a aplicação da prestação de serviço à comunidade. Posteriormente, em 1960, instalou-se a pena de trabalhos correccionais, sem privação de liberdade. A Inglaterra, em 1948, aderiu à pena de prisão de fim de semana,

acompanhada pela Alemanha em 1953. Em 1963, a Bélgica implantou o arresto de fim de semana. Daí, em 1967, foi a vez de Mônaco adotar uma forma fracionada da pena privativa de liberdade, cujas frações consistiam em detenções semanais (REALE, 1985, p. 130).

Observa ainda Bitencourt (2011, p. 288–292) que a Itália, em que pese o estabelecimento da pena alternativa de prestação de obra a serviço do Estado, tem sido bastante cautelosa na adoção de penas alternativas, anotando como principais a prestação de serviço social, o regime de prova, o regime de semiliberdade e a liberação antecipada. Por sua vez, o sistema penal sueco concentra-se na substituição das penas privativas de liberdade, visto a carência de contribuição à futura vida em liberdade no meio social. Por fim, a Espanha aderiu à pena alternativa de arresto de fim de semana.

No Brasil, na parte geral do Código Penal (1984) já havia previsão de penas alternativas substitutivas da privativa de liberdade, cujo rol foi ampliado. Foram modificadas as condições com a reforma trazida pela Lei n. 9.714/1998. Hoje, tem-se como exponents das penas alternativas as restritivas de direito e a pena de multa.

Tão logo da tentativa de sua efetiva implementação, notaram-se dois fenômenos que prestaram um desserviço ao escopo da política criminal alternativa: a banalização da aplicação de cestas básicas em todo o País, reforçando as críticas de uma política de *impunidade*; e a notável resistência das autoridades judiciárias na aplicação dessas sanções, especialmente quando se deparavam com a inexistência de estruturas adequadas ao monitoramento e fiscalização das penas e medidas alternativas.

5 O programa nacional de penas alternativas: implantação e resultados

O reflexo primeiro e direto do que ora defendemos – a existência de resquícios e paradoxos de uma cultura do encarceramento presente no sistema de alternativas penais – é de natureza estrita-

mente formal: o órgão estatal responsável pelo incentivo à execução de tais sanções é o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça. Repare-se bem: “penitenciário”.

Em 2000, mais precisamente no mês de setembro, inaugurou-se o primeiro programa nacional para o fomento de penas e medidas alternativas, na intenção de responsabilizar os entes da federação, nos respectivos âmbitos de competência, pelo acompanhamento das penas alternativas, dada a precariedade da execução dessas sanções no País.

A política criminal que se pretende desestimular – a prisão – é sede da discussão acerca de sua própria redução. É, permita-se a comparação (igualmente paradoxal, e até um tanto inadequada, considerando-se a temática do presente), como convidar o condenado para decidir sobre a degola. Não deveria fazer sentido, entretanto faz.

Na intenção de solucionar um problema de superlotação dos cárceres, de insuficiência de dotações orçamentárias e de crise de legitimidade, convocam-se os operadores do sistema penitenciário. Eles é que hão de romper com a cultura do cárcere. Intramuros para extramuros.

Ocorre que essas pretensas resoluções originam outras questões, como a priorização, sempre, da execução da sanção mais gravosa (a privativa de liberdade) e da destinação de recursos também para a sanção mais penosa, além de acrescer somente o olhar de dentro das prisões. E, embora não seja ainda o meio adequado, afigura-se uma tentativa, um meio de introduzir uma conversa amadurecida sobre o modo de punir.

6 Considerações finais

A resistência tanto popular quanto institucional com relação às penas alternativas remonta às masmorras, aos cativeiros, aos

reformatórios e a todas as instituições totais que se puder listar que tenham surgido como solução para a criminalidade.

Muito paradoxalmente, o direito penitenciário surgiu como uma proteção para o condenado. Cessaram-se, ao menos formalmente, as chibatadas, as mutilações, as degolas, as torturas e o “espetáculo punitivo”, expressão esta empregada por Foucault (1999).

Tratou-se do despontar do sistema de garantias. Não há mais sangue no chão. Não há mais o teatro da expiação, indecentemente explícito, nem mesmo a exemplaridade. As punições tornaram-se ligeiramente mais sutis: ergueram-se as muralhas, ocultou-se o sofrimento, ofuscaram-se os horrores. Conquanto sejam invisíveis, as prisões não inexistem. Significam, na realidade, a sofisticação da filosofia do sofrimento. As condenações à segregação social, que tantas vezes superam, em muito, o “prazo de duração” do próprio indivíduo são recorrentes e, ainda assim, tomadas por insuficientes.

Ora, na intenção de *humanização* das sanções é que sobreviveu a noção de privação da liberdade como paradigma punitivo. Contudo, dá-se conta, na atualidade, de outras possibilidades, de novas alternativas. É certo que elas, até então, não se incorporaram no senso comum como medidas legítimas, assim como a técnica também não foi ainda capaz de sair ileso das próprias idiossincrasias, dos fantasmas de uma devoção à formalidade como objetivo, em detrimento da pessoa do condenado.

O desafio, entretanto, para se alçar o indivíduo condenado a sujeito (e não objeto) da intervenção estatal, como escopo final e justificação para a sanção, é amenizado quando da aplicação de penas alternativas, uma vez que elas priorizam a convivência em sociedade e buscam integrar o apenado ao contexto de licitude. Eis, aí sim, a humanização da sanção. O fim dos espancamentos institucionalizados e das penas de morte não quer dizer, necessariamente, que as sanções sejam hoje adequadas.

Ocorre que o Direito Penal há que ser mesmo encarado como última via, em todos os aspectos e em todas as consequências. Assim, se entendermos as penitenciárias como sinônimo primeiro de pena, então estas devem ser, obrigatória e inversamente, a última forma de intervenção.

Nesse sentido, temos que todas as políticas de incentivo à aplicação de penas alternativas, tenham elas um viés orçamentário, de regulamentação, de divulgação ou até de conscientização, serão bem-vindas no aprimoramento do sistema penal.

Referências

ANDRADE, Vera Regina. Conferência de Encerramento: Política Criminal, Crise do Sistema Penal e Alternativas à Prisão no Brasil. In: BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Diretoria de Políticas Penitenciárias – DIRPP. Coordenação Geral de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. *Anais VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Nilbook, 2013.

FOULCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da ideia de sanção*. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baladi. São Paulo: Martins, 2007.

SANTANA, Edilson. *Crime e castigo: como cortar as raízes da criminalidade e reduzir a violência*. São Paulo: Golden Books, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.

PIRES, Álvaro. Conferência de abertura: por que é tão difícil construir uma política de alternativas penais? In: BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Diretoria de Políticas Penitenciárias – DIRPP. Coordenação Geral de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. *Anais VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) e seus aspectos práticos controvertidos

Leonardo Longo Motta

Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduando em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá e pós-graduado em Escrivania Policial pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: O presente artigo visa demonstrar a atual importância da suspensão condicional do processo no ordenamento jurídico brasileiro e as preocupações, doutrinárias e jurisprudenciais, acerca de seus aspectos mais controvertidos.

Aborda-se a visão da pena privativa de liberdade e sua real utilidade e necessidade no panorama atual, destacando-se o relevante papel do *sursis* processual como instrumento de realização de justiça sem privação de liberdade e sem perda de sua nota fundamental de caráter ressocializador e de pacificação social, conciliando eficiência e humanidade.

Além disso, discutem-se os pressupostos de cabimento, natureza jurídica e condições para aplicação da suspensão condicional.

Por fim, discute-se a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Natureza jurídica. Cabimento. Condições. Lei Maria da Penha.

Abstract: This article aims to demonstrate the current relevance of the conditional suspension of the process in the Brazilian legal system and doctrinal and jurisprudential concerns about its most controversial aspects.

It addresses the vision of the custodial sentence and its real use and necessity in the current scenario, highlighting the important role of procedural probation (*sursis*) as a tool for achieving justice without deprivation of freedom, without losing its fundamental note of resocializing nature and social pacification, reconciling efficiency and humanity.

Furthermore, the assumptions of appropriateness, the legal nature and the conditions for applying the Conditional Suspension are also discussed.

Finally, it discusses the possibility of applying the conditional suspension of the process on procedures ruled by Maria da Penha's Law (Law 11.340/2006), under the Special Courts of Domestic and Family Violence Against Women.

Keywords: Criminal Procedural Law. Conditional suspension of the process. Legal nature. Appropriateness. Conditions. Maria da Penha's Law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Suspensão condicional do processo. 2.1 Pressupostos de cabimento. 2.2 Natureza jurídica: direito subjetivo ou poder-dever do *Parquet*?. 2.3 Ato bilateral e princípio da autonomia da vontade. 3 Condições para a suspensão condicional do processo. 4 O recurso da decisão que suspende o processo. 5 O *sursis* e a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). 5.1 Da constitucionalidade e alcance do art. 41 da Lei n. 11.340/2006. 5.2 Da aplicação da suspensão condicional do processo nos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). 6 Conclusão.

1 Introdução

A Lei n. 9.099/1995 trouxe em suas disposições finais, no art. 89, o instituto da suspensão condicional do processo, com franca inspiração anglo-saxônica, que consiste na paralisação do processo,

com potencialidade extintiva da punibilidade, caso as condições acordadas entre o “acusado”¹ e o promotor de justiça sejam cumpridas durante o período de prova.

De acordo com o art. 89 da citada lei, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, “poderá” (poder-dever) propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha alguns requisitos legais que serão vistos adiante.

A suspensão condicional do processo diferencia-se do *sursis* – *suspensão condicional da pena* –, previsto no art. 77 do Código Penal (CP), na medida em que neste há um processo que prossegue em seu curso ordinário, com a instrução processual e a sentença. Ao se condenar o acusado, pode-se suspender a execução da pena durante um período no qual o condenado cumpre determinadas condições. Na suspensão condicional do processo, ao contrário, não se discute culpabilidade e não há instrução nem sentença. Como explica Gonçalves (2012, p. 563):

A questão da efetiva responsabilização penal do acusado sequer chega a ser discutida e a ele não se impõe pena, mas meras condições às quais ele próprio se dispõe a cumprir, sendo que, uma vez declarada extinta a punibilidade pelo juiz, nada constará de sua folha de antecedentes.

Apesar de tamanha importância do instituto, dada sua capacidade de desburocratização, despenalização, celeridade na resposta estatal e satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acusado, o legislador pecou por ter sido muito lacônico ao disciplinar o *sursis* processual em apenas um artigo inserido nas disposições finais da Lei do Juizado Especial Criminal (JECrim). Essa parece ser uma crítica quase unânime na doutrina, tanto que Ada Pellegrini assim afirma: “o legislador foi muito lacônico na sua disciplina.

1 Alguns doutrinadores preferem fazer uso das expressões “autor do fato” e “denunciado”.

Cuidou de *um dos mais revolucionários institutos no mundo atual* em apenas um artigo (art. 89).” (GRINOVER et al., 2002, p. 241).

Dessarte, coube à doutrina e à jurisprudência colmatar essa “moldura mínima” prevista em lei. O presente artigo pretende analisar algumas intrincadas questões acerca desse instituto, sendo certo que algumas divergências, mesmo depois de quase vinte anos da edição da lei, ainda não foram solucionadas nos tribunais superiores, conforme veremos.

2 A suspensão condicional do processo

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os juizados especiais criminais, competentes para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo. Assim, em obediência a esse comando constitucional, verdadeira norma de eficácia limitada, foi editada a Lei n. 9.099, publicada em 26 de setembro de 1995.

Com a edição da referida lei e a regulamentação do art. 98, foi finalmente instituído no Brasil um procedimento sumaríssimo, caracterizado por uma justiça criminal consensual, com o escopo de efetivar a descarcerização e despenalização, sob influência do sistema da *Common Law* (ALENCAR, 2006, p. 42).

Nos Estados Unidos da América, fica claro o papel das chamadas penas alternativas, dando azo à criação de novas formas de controle formal e disciplina social impostos pelo Estado a fim de evitar o encarceramento. Estima-se, de acordo com Wacquant (2001, p. 64), que naquele país a população carcerária seja de mais de dois milhões de presos, e de mais de quatro milhões de indivíduos submetidos a medidas alternativas, tais como a *probation* (suspensão do processo) ou o *parole* (livramento condicional). Ao destacar as diferenças entre o *sursis* processual e a *probation system*, Damásio de Jesus (2003, p. 115) leciona que

na *probation* exige-se prova da culpabilidade do acusado, suspendendo-se o decreto condenatório; na suspensão condicional do processo não há apreciação judicial do mérito da acusação, sobressaindo-se o feito, em regra, no pórtico da ação penal, quando do recebimento da denúncia.

Muito embora a doutrina aponte que a fonte maior de inspiração para a suspensão condicional do processo tenha sido a *probation* anglo-saxônica, com ela, todavia, não se confunde. Ao contrário do instituto brasileiro, em que não há instrução processual, no sistema penal inglês há inicialmente uma declaração de culpa e, somente depois, entra o momento processual adequado à *probation*, na qual apenas se suspende a sentença condenatória. Concluído o período de prova sem intercorrências, tem-se o caso por encerrado sem a sentença final condenatória (GRINOVER et al., 2002, p. 240).

Muito embora o sistema da *Common Law* norte-americano tenha adotado o princípio da oportunidade puro, há, no Brasil, via de regra, a adoção dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, como nos sistemas português e italiano. Nada obstante, com a influência dos institutos despenalizadores estrangeiros, sobretudo do *plea bargaining*², a Lei n. 9.099/1995 abriu espaço para a discricionariedade regulada pela lei e submetida a controle jurisdicional, denominada discricionariedade regulada ou regrada (GRINOVER et al., 2002, p. 97).

Alguns autores advogam que a Lei n. 9.099/1995 consubstancia uma importante via de entrada para a Justiça Restaurativa³ e para

2 De acordo com Entralgo, citado por Grinover (2002, p. 242), o *plea bargaining* norte-americano também prevê um período de prova e o cumprimento de algumas condições, contudo nele há uma ampla transação sobre os fatos, a qualificação jurídica e consequências penais. Pode ser extraprocessual, ao contrário do *sursis* processual, em que tudo tem que ser celebrado na presença do juiz (art. 89, § 1º), cabendo o juiz aferir a adequação da medida (art. 89, § 2º).

3 A Justiça Restaurativa é uma modalidade de resposta ao crime diferente da resposta da Justiça Criminal ordinária. Atua de forma *objetiva*, considerando

o Direito Penal Mínimo⁴. Para Antônio Baptista Gonçalves (2009, p. 287-304), o sistema penal brasileiro traduz a ideia equivocada de que o Direito Penal vem exercendo a função de mero aplicador desordenado de sanções, sem exercer sua função de garantidor de liberdades, funcionando os presídios como “cursinhos” do crime.

Há de se ressaltar que, apesar de sua enorme relevância no ordenamento jurídico pátrio, o instituto não é imune a críticas, pois alguns autores afirmam que ele consiste apenas em outra forma de ampliação do poder do Estado de punir. Nesse contexto, nos dizeres de Nilo Batista (1997, p. 145-154), a “simbólica, crescentemente perigosa e indispensável”⁵ pena privativa de liberdade seria destinada aos “infratores perigosos”, enquanto as penas alternativas (restritivas e não privativas de liberdade) se destinariam aos “bons delinquentes”, todavia não como reles substitutas da prisão, no sentido da amenização do sofrimento, de humanização da pena, mas sim como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir.

Maria Lúcia Karam (2004, p. 34, 38 e 47), na mesma senda, adverte que a Lei dos Juizados Especiais enriqueceu nosso ordenamento jurídico com uma “caixa de ferramentas” do sistema penal, criando procedimentos abreviados e favorecendo a “ampliação do poder do Estado de Punir”. Sublinha a autora que as sanções se ampliaram “sobre uma população de infratores, que antes não

as causas e consequências do crime, bem como com abrangência *subjetiva*, pois inclui na solução do problema (fato-crime) não só as pessoas diretamente afetadas mas também as indiretamente afetadas, envolvendo a comunidade. Sobre o tema, ver <<http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa>>. Acesso em: mar. 2014.

- 4 Leciona Paulo Queiroz (1999, p. 23-24) que “o Direito Penal deve ser a ‘ultima ratio’, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito”.
- 5 Foucault (2012, p. 218) afirma em *Vigiar e Punir* que “a pena privativa de liberdade é a detestável solução de que não se pode abrir mão”.

recebia punição efetiva”, propiciando ao autor do fato uma “negociação” imposta sob forma de uma “chantagem”.

Ousamos divergir das críticas dos renomados autores. Há muito, a pena privativa de liberdade não vem exercendo a contento suas funções retributiva e preventiva. A ressocialização passa ao largo de nossos presídios, que exercem uma função meramente expiatória. Noutro passo, a justiça criminal consensual e a justiça restaurativa vêm demonstrando que determinados crimes afetam interesses predominantemente particulares, e não ofendem sobremaneira a paz e a ordem sociais, de forma que os procedimentos abreviados permitem uma pronta e eficaz resposta do poder punitivo estatal, como nos delitos de dano (art. 163, *caput*, do CP), lesão corporal simples (art. 129, *caput*, do CP), apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (art. 169 do CP), calúnia, difamação e injúria (arts. 138, 139 e 140, *caput*, do CP, respectivamente), entre outros.

Até o advento da supracitada lei, o modelo político-criminal brasileiro vigente sustentava uma vertente “paleorrepressiva”⁶. Hoje, ao contrário, verifica-se que o paradigma do consenso, em delitos de menor potencial ofensivo, é a via mais promissora e viável para a desburocratização da justiça criminal e a satisfação dos interesses das vítimas de pequenos delitos.

Dessa forma, beneficia-se toda a sociedade, na medida em que ocorre a descarcerização, a despenalização (que não se confunde com a descriminalização), a resposta estatal célere e eficaz, a reparação dos danos causados à vítima. Além disso, evita-se a prescrição de crimes que antes eram relegados a segundo plano e impede-se a estigmatização do autor do fato, bem como promove-se a sua verdadeira ressocialização.

⁶ Expressão utilizada por Damásio de Jesus (1995, p. 3), aduzindo que as notas marcantes do nosso modelo são aumento de penas, novas tipificações e endurecimento da execução penal.

Ao contrário do que afirmado por alguns autores, que asseveraram que a suspensão condicional do processo se revela uma dissimulada “negociação”, imposta a quem substancialmente teme uma “chantagem”, o novo modelo consensual favorece a conciliação e não a barganha penal. Portanto, no que tange à “negociação” levada a efeito no âmbito dos juizados, nosso sistema diferencia-se do sistema norte-americano, na medida em que os institutos do *guilty plea*⁷ e do *plea bargaining* permitem que o acusado, respectivamente, declare-se culpado e entabule um amplo acordo penal entre ele e o seu acusador, o que afeta a qualificação jurídica dos fatos e a pena.

Em outro giro, nosso sistema permite apenas que o Ministério Público, dentro do princípio da legalidade processual e da discricionariedade regrada, apresente uma “proposta” prevista em lei, dispondo o *Parquet* da sanção penal original (privativa de liberdade), mas sem deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos delineados pela lei (oportunidade regrada).

Consideramos que, dentro desse contexto de despenalização, a suspensão condicional do processo, ou *sursis processual*⁸, vem revelando-se como um dos institutos mais importantes para alcançar a imediata reação estatal e a satisfação dos interesses em conflito. Não à toa, eminentes autores a consideram como “uma das maiores revoluções no processo penal brasileiro nos últimos cinquenta anos” (GRINOVER et al., 2002, p. 44).

7 No *guilty plea* anglo-saxônico, há uma espécie de defesa perante o juízo em que o acusado assume o fato a ele imputado, recebendo em contrapartida um benefício, como redução da pena. Também, o *guilty plea* prescinde de um processo instaurado para ocorrer (REIS, 2011, p. 2).

8 GRINOVER (2002, p. 239) critica a expressão *sursis processual*. Contudo a expressão é largamente utilizada pela doutrina e, para fins deste estudo, considerar-se-á *sursis processual* ou *sursis antecipado* como sinônimos de suspensão condicional do processo, o que não se confunde com o *sursis* propriamente dito (suspensão condicional da execução da pena), previsto no art. 77 do Código Penal.

Um grande, senão o maior, instigador e reivindicador da introdução do instituto da suspensão condicional do processo foi o desembargador Weber Martins Batista, que, em 1981, já apresentava proposta nesse sentido e foi a primeira pessoa que sistematizou o instituto, já em 1987 (BATISTA, 1987, p. 139-156).

A suspensão condicional do processo, certamente, deu azo ao surgimento de diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, cujo relevo e interesse acadêmico e prático nos fazem tratá-las de forma um pouco mais detalhada de agora em diante.

2.1 Pressupostos de cabimento

No que tange ao cabimento do *sursis* processual, cabem aqui algumas breves considerações. A suspensão condicional do processo aplica-se às infrações penais cuja pena mínima cominada *in abstractum* não seja superior a um ano. Nesse caso, é irrelevante que haja previsão cumulativa de pena de multa e também a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (se reclusão ou detenção).

Doutro bordo, esse instituto é incabível em crimes de competência da Justiça Militar, por força da vedação expressa contida no art. 90-A da Lei n. 9.099/1995⁹; todavia, pode incidir em crimes previstos não só no Código Penal mas também em leis especiais, tais como crimes de competência da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral bem como nos delitos de competência originária dos tribunais. Ademais, não há qualquer problema no oferecimento da proposta de suspensão quando já estiver em curso a ação penal, desde que ainda não esteja sentenciada.

A previsão de rito especial para apuração de determinada infração penal não retira a possibilidade do *sursis* antecipado. Em

⁹ Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

alguns crimes de competência do júri, por exemplo, mostra-se plenamente cabível a suspensão, como nos crimes de auto-aborto e consentimento para o aborto (art. 124 do CP), em que a pena mínima é de um ano. Nesse caso, não há violação do dispositivo constitucional que atribui competência ao júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, pois na suspensão condicional do processo inexistente análise do mérito da acusação. Assim, se houver revogação do benefício, o andamento da ação será retomado, e o julgamento será feito pelo tribunal popular (REIS, 2012, p. 564).

No caso de concurso de crimes (material ou formal), deve-se atentar para a existência de entendimento sumulado. A Súmula n. 243 do Superior Tribunal de Justiça assim disciplina:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 ano.

Por sua vez, a Súmula n. 723 do STF diz que “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 for superior a 1 ano”.

O reconhecimento de agravante genérica não impede o benefício do *sursis*, porque não tem o condão de alterar a pena-base em abstrato. Por outro lado, deve-se levar em consideração a existência de causas obrigatórias de aumento ou de diminuição de pena. Como exemplos, temos que o reconhecimento de um furto noturno (art. 155, § 1º, do CP) torna inaplicável o instituto ao delito de furto. Da mesma forma, também é possível a aplicação do benefício na tentativa de furto qualificado, haja vista que a pena mínima prevista para o furto qualificado é de 2 anos; mas em caso de tentativa em que a redução máxima é de 2/3, torna-se cabível a suspensão condicional do processo (REIS, 2012, p. 565).

Além do requisito temporal (pena mínima abstrata igual ou inferior a um ano), o art. 89 impõe como requisitos para o *sursis* antecipado que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, o que não ofende o princípio da não culpabilidade¹⁰, bem como que estejam preenchidos os demais requisitos exigidos para a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Dessa forma, no que concerne aos requisitos do benefício do *sursis*, deve-se ressaltar que são distintos dos requisitos previstos para transação penal, de maneira que há casos em que se poderá vislumbrar que estejam presentes os do *sursis* e não os da transação, quando então somente caberá ao promotor fazer a proposta da suspensão. Assim, se o autor do fato já foi beneficiado nos cinco anos anteriores por outra transação penal, não será cabível nova transação penal, consoante art. 76, § 2º, II, da Lei n. 9.099/1995, não obstante seja cabível a proposta de suspensão condicional do processo.

2.2 Natureza jurídica: direito subjetivo ou poder-dever do *Parquet*?

Weber Martins Batista (1998, p. 1) afirma categoricamente que “um dos temas mais fascinantes da suspensão condicional do processo diz respeito à natureza jurídica do instituto, pois é com base nela que se pode estabelecer a quem cabe a iniciativa de formulá-la”.

A suspensão condicional do processo surgiu como um meio de solução rápida de conflitos penais advindos da prática de infrações penais de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, mesmo que a pena máxima desses crimes a lei comine pena máxima superior

¹⁰ REsp 1.096.585/RS, rel. min. Jorge Mussi, 5ª T., julgado em 29.9.2009, DJe de 30 nov. 2009. O STF já reconheceu que outro processo em andamento impede a suspensão (STF, HC n. 73.793-5). Não obsta se a condenação anterior resultou exclusivamente a pena de multa (STJ, RHC 7878-RJ).

a 2 (dois) anos. Como exemplos, temos os crimes de furto, estelionato e receptação simples.

O fim da Lei dos Juizados Especiais Criminais é tentar ao máximo o consenso, o acordo, a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade (cf. art. 61 da Lei do JECrim). Assim, diz a doutrina que a Lei n. 9.099/1995 excepcionou o princípio da indisponibilidade. O Ministério Público, ao propor a suspensão, paralisa a instância com conseqüente extinção da punibilidade, caso aceita pelo acusado e homologada pelo juiz. Diz-se que há uma oportunidade regrada, ou discricionariedade regulada ou controlada, pois o MP dispõe da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa (GRINOVER, 2002, p. 247).

Nesse passo, deve-se gizar que o escopo visado pelo legislador nas infrações penais de menor e médio potencial ofensivo não é a punição, mas, sim, a oportunidade dada ao acusado de se reintegrar, desde já, ao convívio social, porquanto a suspensão condicional do processo é um “instituto despenalizador indireto” (RANGEL, 2011, p. 334), assim denominado, pois o Ministério Público dispõe da via persecutória normal, e extingue-se a pretensão punitiva estatal sem a persecução penal em juízo. Eis o art. 89 da Lei: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena” (art. 77 do Código Penal).

Diz o artigo acima transcrito que o Ministério Público *poderá* propor o *sursis* processual. A locução verbal “poderá propor” ensejou diversas discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo. Com efeito, defensores de uma primeira corrente aduzem que o verbo poder traduz que a suspensão condicional do processo não constitui um direito subjetivo do autor do fato, constituindo mera faculdade ou juízo de conveniência e oportunidade do *Parquet*, ou seja, “verdadeiro mecanismo jurís-

dicional ínsito na discricionariedade regrada do acusador público, emanada do ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, 1995, p. 76).

No polo inverso, considera-se que o *sursis* processual consiste em um direito público subjetivo do autor, de sorte que, preenchidas as condições legais, trata-se de um direito do acusado, não configurando sua proposição uma faculdade do Ministério Público.

Com efeito, na suspensão condicional do processo, o Ministério Público dispõe da ação penal pública por meio da previsão legislativa do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, que estipulou uma via alternativa à pretensão acusatória. Daí porque se denomina discricionariedade regrada, porquanto a disponibilidade da ação pública é sempre movida pelo princípio da legalidade. É a lei, exclusivamente, que diz as hipóteses de cabimento da suspensão condicional do processo, já que não adotamos o princípio da oportunidade puro, como no sistema anglo-saxão.

Portanto, preenchidos os requisitos legais, deverá ser feita a proposta de suspensão condicional do processo, sob pena de, havendo recusa do promotor de justiça, ser aplicado analogicamente o disposto no art. 28 do CPP. Nesse sentido é o verbete n. 696 da súmula da jurisprudência dominante do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”.

Aury Lopes Júnior (2012, p. 987) entende de maneira diversa, afirmando que

essa é uma solução excessivamente burocrática e fora da realidade diuturna dos foros brasileiros. Ademais, atribui a última palavra ao próprio Ministério Público, retirando a eficácia do direito subjetivo do acusado. Dessarte, presentes os pressupostos legais e insistindo o Ministério Público na recusa em oferecer a suspensão condicional, pensamos que a melhor solução é permitir que o juiz o faça,

acolhendo o pedido do imputado, concedendo o direito postulado. Novamente afirmamos que o fato de atribuir-se ao juiz esse poder em nada viola o modelo constitucional-acusatório por nós defendido.

Ressalte-se que o Ministério Público é, em princípio, o único legitimado ao oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, sendo inadmissível, diante do princípio do acusatório, que o juiz a conceda de ofício¹¹. Concedendo o juiz de ofício, cabe, em favor do Ministério Público, correição parcial, a fim de reclamar para si a legitimidade da proposta de suspensão¹². A exceção ocorre no caso de ação penal privada, na qual compete ao querelante a legitimidade para oferecer a proposta¹³.

A redação do art. 89 da Lei do JECrim que diz que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, “poderá” propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos. A natureza obrigatória do *sursis* já se pacificou na doutrina, apesar da locução verbal “poderá propor” que a lei usou. “Ao juiz cabe verificar se as condições foram preenchidas, não podendo, em caso positivo, recusar a concessão”.

Reconhece a jurisprudência que a ausência de manifestação do *Parquet* acerca da possibilidade de concessão do *sursis* processual configura causa de nulidade, porquanto consiste em constrangimento ilegal o ato de recebimento da denúncia ocorrente em oblitivo do direito do autor do fato, que faz jus, em tese, à suspensão¹⁴. Assim, o Ministério Público tem o dever de, obrigatoriamente,

11 STJ. REsp n. 181.158/SP. Rel. min. José Arnaldo da Fonseca. Publicado no *DJU* de 14 jun. 1999, p. 218.

12 CP n. 1.024.259, TACrimSP, rel. Lourenço Filho, rolo-flash 1061/379.

13 V. Informativo 262 do STJ, HC n. 81.720/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 26.3.2002.

14 V. STJ, HC n. 12.785/RJ, rel. min. Edson Vidigal, *DJU* de 11 dez. 2000, p. 221; STJ, Resp n. 231.952/SP, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 4.9.2001, *DJU* de 22 dez. 2001, p. 345.

manifestar-se quanto à suspensão, propondo ou justificando o seu não oferecimento¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu, mas mera faculdade do órgão da acusação:

Pacificou-se neste Tribunal o entendimento de que o *sursis* processual não configura um direito subjetivo do acusado, mas uma prerrogativa exclusiva do Ministério Público, que tem a atribuição de propor ou não a suspensão do processo, desde que o faça fundamentadamente¹⁶.

Segundo o posicionamento sufragado pelo STF, a proposta de *sursis* não consiste em direito subjetivo, pois “a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, a qual a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I)”¹⁷.

Em setembro de 2012, no Habeas Corpus (HC) n. 218.785/PA, a 5ª Turma do STJ reiterou seu entendimento, afirmando:

A suspensão condicional do processo *não é direito público subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público*, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada¹⁸.

¹⁵ STJ, HC n. 6.691/SP, rel. min. Edson Vidigal, *DJU* de 11 maio 1998, p. 134.

¹⁶ HC n. 18.003/RS, rel. min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 24.11.2004, *DJe* de 25 maio 2009. No mesmo sentido, REsp n. 318.745/MG - STJ, *DJ* de 24 mar. 2003.

¹⁷ HC n. 101.369, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25.10.2011, acórdão eletrônico *DJe*-225 divulg. 25.11.2011 public. 28.11.2011.

¹⁸ HC n. 218.785/PA, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 4.9.2012, *DJe* de 11 set. 2012. No mesmo sentido: “A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever

Entretanto, em decisão ainda mais recente, proferida em dezembro de 2012, conforme noticiado no Informativo n. 513, a mesma 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento, afirmando que “A suspensão condicional do processo representa um direito subjetivo do acusado na hipótese em que atendidos os requisitos previstos no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”¹⁹.

A despeito da divergência, não temos dúvida de que Ministério Público não pode agir soberanamente; não são seus critérios particulares que nortearão sua atuação diante da proposta de suspensão (*facultas agendi*). Como defensor da ordem jurídica (art. 129 da CF), além de *poder, deve* formular a proposta de *sursis* processual quando preenchidos os critérios eleitos pelo legislador para que o acusado faça jus ao benefício, quais sejam:

- Objetivos: a) recebimento da denúncia²⁰; b) não estar sendo processado por outro crime; c) não ter sido condenado por outro crime.
- Subjetivos: Que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias da infração, demonstrem que o benefício é suficiente.

Superada tal premissa, temos o posicionamento de que certamente o *sursis* antecipado traduz verdadeiro poder-dever do *Parquet*. Contudo, o Ministério Público *deve* apresentar elementos

do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).” (AP n. 634/RJ, rel. min. Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21.3.2012, *DJe* 3 abr. 2012).

19 HC n. 131.108/RJ, rel. min. Jorge Mussi, julgado em 18.12.2012.

20 STF. Inq 3198, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14.6.2012, acórdão eletrônico *DJe*-164, divulg. 20.8.2012 public. 21.8.2012.

concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo²¹.

Questão de ordem prática deveras interessante é a do promotor de justiça que, por análise equivocada nos requisitos para a transação penal, entende que o autor do fato não faz jus ao benefício, porém o denuncia e lhe propõe o *sursis* processual. Nesse caso, o denunciado, comprovando ter preenchidos os requisitos para a transação penal, terá direito subjetivo à transação, em detrimento da suspensão condicional do processo? Entendemos que sim. Fato é que a transação penal revela-se mais vantajosa e, portanto, o defensor do denunciado deve pugnar ao juiz que a transação seja oferecida, pelo promotor, ao réu.

Em primeiro lugar, a transação penal é mais benéfica do que a suspensão condicional do processo, porquanto naquela não há sequer propositura de ação penal contra o acusado, ou seja, quando a transação penal é proposta, não há sequer processo, sendo, em regra, apresentada pelo MP antes de ofertada a denúncia²².

Além disso, a suspensão condicional do processo, terminado o período de prova, acarreta a extinção da punibilidade e permite que conste registro em folha penal daquele ex-sursisando, nada

21 “A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu. Precedentes. Foram apresentados elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo.” (STF – RHC n. 115.997/PA, rel. min. Cármen Lúcia, data de julgamento: 12.11.2013, Segunda Turma, data de publicação: *DJe*-228 divulg 19.11.2013 public 20.11.2013). Também nesse sentido é a doutrina de Luiz Flávio Gomes (1995, p. 169), para o qual o juiz não pode agir de ofício. Quem detém a legitimidade ativa é o Ministério Público, mas adverte que o art. 89 confere ao Promotor de Justiça um *poder-dever* que reclama manifestação positiva, no sentido da proposta, sempre que presentes os requisitos legais.

22 STJ – HC n. 82.258/RJ 2007/0098986-5, rel. min. Jorge Mussi, data de julgamento: 1º.6.2010, Quinta Turma, data de publicação: *DJe* 23 ago. 2010.

obstante se tratar de sentença meramente declaratória (RANGEL, 2011, p. 691). Com a transação penal, o réu beneficia-se porque, a par de não discutir culpa, não registra antecedentes criminais, sai do Juizado como inocente e apenas tem restrição de direitos (prestação de serviços) ou paga pena de multa. Se continuar com o *sursis* processual, pode ter a revogação do benefício e continuar a responder o processo, com eventual e possível condenação.

Entretanto, em se tratando de transação penal, pode o autor do fato não aceitar e preferir permanecer com o *sursis* processual, até porque o ato é personalíssimo, ou seja, é ele, autor do fato, quem vai (ou não) cumprir com o acordado. Portanto, quem decide o que é mais benéfico, naquele momento, é o próprio réu. Apesar de o instituto da transação penal ser mais benéfico, não se pode obrigar o acusado a aceitá-lo. Trata-se do princípio da autonomia da vontade. O que não pode acontecer é o Estado deixar de fazer a proposta ao acusado. Contudo, uma vez feita, este decide (RANGEL, 2011, p. 533).

Portanto, a jurisprudência reconhece que não se pode levar a cabo a suspensão do processo sem que se discuta a transação penal, quando esta é cabível²³.

2.3 Ato bilateral e princípio da autonomia da vontade

A suspensão condicional do processo é um ato bilateral, cuja proposta do Ministério Público não prescinde de uma aceitação por parte do autor do fato (acusado), conforme redação do art. 89, §§ 1º e 2º:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

²³ TACrimSP, AC 1226665-6, rel. Luiz Soares de Mello, rolo/flash 1360/152, julg. 9.10.2000.

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Em termos prático-processuais, o momento adequado para proposta do *sursis* antecipado é o do oferecimento da denúncia. Na própria cota, o promotor já pode estipular as condições a que se submeterá o *sursis*ando. O Pleno do STF já decidiu que a denúncia deve antes ser recebida, para que depois se ofereça ao acusado a proposta de *sursis* processual. Depois de recebida a denúncia, segundo aquela Corte, deve o acusado ser citado para comparecer à audiência na qual será ofertada a proposta de *sursis* processual²⁴.

O acusado, ao aceitar, entra em período de prova sem que sua culpabilidade seja discutida²⁵. Há a paralisação do processo e, transcorrido o período de prova com cumprimento das condições

²⁴ “A formalização da suspensão condicional do processo pressupõe o recebimento da denúncia. É nesta etapa que o magistrado examina se a peça acusatória preenche ou não os requisitos normativos para seu adequado processamento. Com isso, permite-se que a proposta de suspensão condicional do processo seja realizada em um cenário de reconhecida legalidade, e evita-se que o acusado venha a aceitar o benefício em casos de inépcia ou de ausência de justa causa para processamento do feito. Reverência ao *due process of law*.” (RHC n. 35.724/BA, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24.9.2013, *DJe* 2 out. 2013).

²⁵ É ato de autonomia da vontade do acusado aceitar ou não o *sursis* processual. Prevalece a vontade do acusado sempre que houver divergência entre ele e seu defensor (TRF 3ª Região - RCCR 45863/SP 97.03.045863-7, rel. Juiz Arice Amaral, data de julgamento: 14.3.2000, data de publicação: 21.6.2000 p. 495).

acordadas, haverá a extinção da punibilidade, com o consequente desaparecimento da pretensão punitiva estatal.

Assim, há uma bilateralidade na suspensão processual, pois nada impede que as condições sejam conversadas entre o acusado e o Ministério Público. Nesse sentido, pode haver uma contraproposta do acusado, e tanto ele quanto o Ministério Público devem ceder. Há o que a doutrina denomina de *conformidade bilateral*, sendo que a conformidade processual no *sursis* processual brasileiro é aquele ato que reflete imediatamente no processo.

Além disso, como explica Grinover (2002, p. 244), a bilateralidade é material e não apenas formal. Cada um – MP e acusado – cede uma parcela de seu direito. Não funciona a regra do *ou tudo ou nada* para o acusado; não se trata tampouco de uma *chantagem*, pois há alternativas para ele. Sem sua aceitação, não existe suspensão (art. 89, § 1º). Insta ressaltar que a bilateralidade na suspensão não se confunde com *consensualidade bilateral*, pois as condições da suspensão não podem ser estabelecidas pelas partes, já que definidas em lei (GOMES, 1995, p. 125).

3 Condições para a suspensão condicional do processo

O elenco das condições da suspensão condicional do processo encontra-se no art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/1995. Nesses termos, o juiz pode suspender o processo, submetendo o autor do fato ao período de prova sob as seguintes condições previstas na referida norma:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo²⁶;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

26 Frise-se que a reparação do dano não é condição à concessão da suspensão, senão condição da extinção da punibilidade.

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O § 2º da mesma lei dispõe que o “Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Inicialmente, a jurisprudência passou a vindicar que o Ministério Público não poderia condicionar a suspensão a outras condições além das especificadas na lei²⁷.

Diante da redação do dispositivo, surgiu, nos diversos Juizados Especiais Criminais do País, a seguinte questão controversa: como condição facultativa, pode-se impor uma sanção não privativa de liberdade, à semelhança da transação penal? Em outras palavras, existe a possibilidade de impor a prestação de serviços comunitários, ou prestação pecuniária, não previstos no § 1º do art. 89 como condição de suspensão do processo?

Sobre o tema, parece haver atualmente uma divergência entre as duas turmas criminais do STJ.

Eugênio Pacelli Oliveira (2011, p. 692) não admite a aplicação de outras sanções não previstas no § 1º como condição para o *sursis*. Na embasada opinião do autor,

Em relação às condições impostas para a suspensão condicional do processo, impende observar que, ao contrário do que vem ocorrendo, não será possível a imposição de sanções pecuniárias, como é o caso típico das cestas básicas, com fundamento exatamente nesse dispositivo. As restrições de direito cabíveis, a exemplo daquelas alinhadas nos incs. II, III e IV do § 1º, dizem respeito a regras de comportamento pessoal do acusado. A única hipótese em que poderá ocorrer imposição de ônus pecuniário encontra-se expressamente prevista em lei, como é o caso do inc. I do mesmo § 1º, com a obrigação de reparar o dano.

27 Apelação n. 1.002.581, TACrimSP, rel. Walter Swensson, rolo-flash 1082/332.

A 6ª Turma do STJ, em decisão publicada em 6 de junho de 2013, sufraga o mesmo entendimento esposado pelo aludido doutrinador mineiro, vejamos:

A prestação pecuniária ou de serviços à comunidade por corporificar pena depende de previsão legal para sujeitar alguém ao seu cumprimento. Desta forma, é inviável, à mingua de comando respectivo, impor, como condição da suspensão do processo, nos moldes do art. 89 da Lei 9.099/95, prestação pecuniária. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.285.740/RS, rel. min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.5.2013, DJe de 6 jun. 2013).

Para essa primeira corrente, o *sursis* antecipado demonstra-se incompatível com a imposição de prestação pecuniária (e perda de bens e valores) ou prestação de serviços comunitários, pois estas são consideradas sanções penais, por estarem incluídas no rol do art. 43 do Código Penal, nos incisos I e IV, respectivamente. Dessa forma, argumentam os defensores dessa corrente que seria inconstitucional condicionar a suspensão com tais sanções sem instrução criminal, uma vez que equivaleria ao cumprimento de pena criminal sem a respectiva condenação obtida sob o signo do contraditório e da ampla defesa.

Em sentido diametralmente oposto, a 5ª Turma do STJ vem admitindo a imposição de pagamento de cesta básica ou de qualquer pena restritiva de direitos como condição para o *sursis* antecipado. Confira-se:

É pacífico o entendimento da Quinta Turma desta Corte no sentido de que é cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária como condição especial para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, desde que estas se mostrem adequadas ao caso concreto, observando-se os princípios da adequação e da proporcionalidade. (RHC n. 31.283/ES, rel. min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11.12.2012, DJe de 17 dez. 2012).

Em decisão ainda mais recente, publicada em 25 de fevereiro de 2013, a 5ª Turma decidiu que

A imposição de prestação pecuniária – *in casu*, a doação de R\$ 620,00 à Conta Única Remunerada das Penas Alternativas da comarca de origem – como condição para a concessão do *sursis* processual tem amparo no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/95, em que se faculta ao juiz a especificação de outras condições, além das enumeradas na lei, desde que proporcionais ao fato e compatíveis com a situação pessoal do acusado. (RHC n. 34.332/RS, rel. min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5ª Turma, julgado em 19.2.2013, *DJe* de 25 fev. 2013).

A despeito da divergência entre as turmas criminais do STJ, o STF possui precedentes que admitem a imposição condicional do *sursis*, tanto que o ministro Gilmar Mendes, relator do HC n. 108.103, proferiu o seguinte voto favorável, afirmando:

não há de se falar de ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto não se trata de pena, mas de condição inerente ao instituto, diferenciando-se quantitativa e qualitativamente. Impende destacar que o benefício da suspensão processual é condicional, sendo intuitivo, portanto, impor determinada restrição ou ônus ao acusado. E, com efeito, a coincidência ou similaridade entre a condição e penas legalmente previstas, por si só, não invalida o ato²⁸.

À luz do decidido pela 5ª Turma do STJ e pela 2ª Turma do STF, é plenamente possível a imposição de condição não privativa de liberdade para fins de suspensão condicional do processo, com fulcro no § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, ficando sujeita

²⁸ Vejamos a ementa: “Habeas Corpus. 2. Suspensão condicional do processo. Art. 89, § 2º, da Lei 9.099/1995. 3. *Condições facultativas impostas pelo juiz. Prestação pecuniária. Possibilidade.* 4. Precedente: INQ. 2721, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, decisão unânime, *DJe* 29.10.2009. 5. Ordem denegada.” (HC n. 108.103, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 8.11.2011, *DJe*-231 divulg. 5.12.2011 public. 6.12.2011).

ao prudente arbítrio do juiz. A Corte ressalva, contudo, que a prestação pecuniária ou a prestação de serviços deve revelar-se adequada ao fato concreto e à situação pessoal do autor do fato, bem como ser fixada em patamares distintos da pena decorrente de eventual condenação²⁹.

Consideramos que não há óbice à utilização das condições previstas no art. 43 do Código Penal, sendo possível a utilização da prestação de serviços comunitários, da interdição de direitos, da prestação pecuniária ou da limitação de fim de semana. Tais medidas possuem cariz preventivo e, demais disso, não têm caráter de pena, pois, caso descumpridas, implicariam tão somente a continuidade da marcha processual.

A suspensão condicional, em nenhum caso, será viável sem que ocorra a clara e inequívoca aceitação do acusado (ato bilateral, personalíssimo e formal)³⁰. O autor do fato, caso não seja advogado, deverá ser obrigatoriamente assistido por um, uma vez que disso advém uma maior segurança ao ato voluntário solene de aceitação da proposta oferecida pelo promotor de justiça. Insta ressaltar que, no caso de divergência entre o autor do fato e seu defensor, deverá prevalecer a vontade daquele³¹.

4 O recurso da decisão que suspende o processo

A decisão judicial que homologa o acordo firmado entre o promotor de justiça e o acusado não tem o condão de encerrar o

29 Nesse sentido: HC n. 115.721, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 18.6.2013, *DJe*-125, divulg. 28.6.2013, public. 1º.7.2013; e HC n. 108.914, rel. min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 29.5.2012, *DJe*-150, divulg. 31.7.2012, public. 1º.8.2012 RT v. 101, n. 926, 2012, p. 757-764).

30 É nula a solenidade judicial sem a presença do autor do fato (STF, HC n. 75.924-5, rel. min. Marco Aurélio, *DJU* de 15 maio 1998, p. 44).

31 Art. 89, § 7º: Se o *acusado* não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. [grifo nosso]

processo, de julgar o mérito da causa penal. Isso porque o juiz não condena e não absolve o acusado. Dessa forma, trata-se, segundo a doutrina majoritária, de uma decisão interlocutória atípica, não prevista no rol do art. 581 do Código de Processo Penal.

Em razão da ausência de previsão legal, discute-se qual seria a decisão cabível da aludida decisão homologatória. Há quatro posições principais a respeito. Vejamo-las:

De acordo com a doutrina de Tourinho Neto (2002, p. 755), da decisão do juiz no presente caso, em que homologou o *acordo*, determinando a suspensão do processo, cabe *apelação*, no prazo de dez dias, pois consoante o autor “se trata de uma decisão com força definitiva, extinguindo-se o processo, sob condição resolutória”.

Para essa corrente, o rol do art. 581 do CPP é taxativo e, como a decisão que defere a suspensão não está ali inserida e trata-se de uma *decisão com força de definitiva*, o recurso correto é a *apelação*. Igualmente, a 6ª Turma do STJ tem decisões que asseveram caber *apelação* e não RSE. Vejamos:

Tendo natureza de interlocutória mista com força de definitiva (não terminativa), a decisão que suspende o processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, impugnável é, por via de recurso de *apelação* (art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal)³².

A 5ª Turma do STJ tem reiterados julgados de que contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo cabe recurso em sentido estrito (RSE), com base no disposto no art. 581, inciso XVI, aplicado analogicamente³³.

32 HC n. 16.377/SP, rel. min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 20.9.2001, DJ de 4 fev. 2002, p. 561.

33 RMS n. 23.516/RJ, rel. min. Felix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJe de 3 mar. 2008.

Há, outrossim, entendimentos de que caberia correição parcial³⁴, ou mandado de segurança, dependendo do caso³⁵.

No caso de indeferimento injustificado da suspensão pelo juiz, Ada Pelegrinni (2002, p. 318) entende ser o *habeas corpus* a única via de impugnação cabível.

Inegavelmente, a matéria está longe de ser pacificada, e a dúvida quanto ao recurso cabível é objetiva. Dessa feita, em virtude da ausência da expressa previsão recursal na lei, não se verifica erro grosseiro a interposição de um recurso por outro, de sorte que se deve reconhecer a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade³⁶.

5 O *sursis* e a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006)

A Lei n. 11.340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, veda expressamente a incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1990). Assim reza o art. 41 da referida Lei: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

34 TRF4 5005767-62.2012.404.0000, Sétima Turma, relator p/ acórdão Luiz Carlos Canalli, D.E. 10.5.2012; RSE 1037063, TACrimSP, rel. Teixeira de Freitas, rolo-flash 1077/173.

35 Para Fernando Capez (2012, p. 624), a decisão é irrecurável. Em havendo ofensa a *direito líquido e certo*, como, por exemplo, no caso de o juiz fixar *ex officio* o benefício, procedendo ao acordo contra a vontade de uma das partes ou de serem impostas condições claramente atentatórias à dignidade humana, poderá ser impetrado mandado de segurança (pelo MP) ou *habeas corpus* (condições abusivas), dependendo da hipótese. Se o juiz se recusar a homologar a transação processual e determinar o prosseguimento do processo, caberá também correição parcial, dado que se trata de um erro *in procedendo*.

36 Nesse sentido: “O equívoco na interposição do recurso pode ser sanado pela aplicação do princípio da fungibilidade, onde se admite o recebimento de um recurso por outro, quando demonstrado que, além de inóceno erro grosseiro, foi aquele interposto no prazo deste.” (STJ, HC n. 16.377/SP, rel. min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 20.9.2001, DJ de 4 fev. 2002, p. 561).

Com o advento da referida lei, grande parte da doutrina passou a entender que, diante desse dispositivo legal, não há que se falar em delito de pequeno potencial ofensivo em sede de violência doméstica. Eventual crime de lesão corporal ensejaria uma ação penal pública incondicionada, não havendo espaço para transação penal, composição dos danos ou suspensão do processo. Esse, inclusive, foi o entendimento inicial de Maria Berenice Dias, manifestado em diversos artigos doutrinários de sua obra *Lei Maria da Penha na Justiça* (DIAS, 2007, p. 71)³⁷.

Todavia, esse posicionamento hermético foi cedendo espaço a novas reflexões acerca do benefício trazido por tais institutos, o que fez com que não só a autora como diversos outros juristas modificassem seu ponto de vista, fato que vem refletindo na jurisprudência relativa ao tema.

A análise da supracitada norma do art. 41, em princípio, permite inferir que a intenção do legislador foi de suprimir a aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/1995, inclusive a suspensão condicional do processo, já que o *sursis* processual encontra-se capitulado no art. 89 da Lei dos Juizados.

Dessa maneira, criados o debate doutrinário e as diversas interpretações conferidas pelos tribunais estaduais, mormente no que toca à possibilidade de incidência dos institutos despenalizadores, o STF foi instado a se manifestar a respeito do tema em sede de controle difuso³⁸ e também concentrado³⁹ de constitucionalidade.

37 A própria autora confirma que foi o posicionamento que inicialmente adotou e manifestou em alguns artigos, mas acabou repensando o tema.

38 No controle difuso, temos o exemplo do HC n. 106.212/MS, no qual decidiu-se de forma unânime a favor da compatibilidade do art. 41 com a Constituição Federal e, nesse diapasão, pela impossibilidade de oferta *sursis* processual aos delitos praticados sob o pálio da Lei Maria da Penha.

39 No controle concentrado, temos a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19-DF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424.

5.1 Da constitucionalidade e alcance do art. 41 da Lei n. 11.340/2006

Tanto na ADC 19-DF quanto na ADIN 4424, o STF declarou, incidentalmente, não ser possível a aplicação do *sursis* processual aos delitos cometidos em situação de violência doméstica contra a mulher, uma vez que o art. 41 estaria em perfeita consonância com a Carta Política de 1988, na medida em que a lei veio a trazer efetividade ao art. 226, § 8º, da Constituição, coibindo a violência contra a mulher.

Segundo a Suprema Corte, nos casos de violência doméstica, a mulher está em situação de desigualdade em relação ao seu algoz e, na maioria das vezes em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada. Ainda, de acordo com a Corte, deixar a mulher decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a “assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais”, o que contribuiria para a diminuição de sua proteção⁴⁰.

Dessarte, o STF assentou que, a par da impossibilidade de utilização de institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados, a ação penal no crime de lesão corporal praticado em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher seria de natureza incondicionada⁴¹.

40 ADI 4424/DF, rel. min. Marco Aurélio, 9.2.2012, noticiado no Informativo n. 654, de 6 a 10 de fevereiro de 2012.

41 Diferente, contudo, foi a conclusão do STJ. Consolidou a 3ª Seção o entendimento de que a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, é *pública condicionada à representação da vítima*. (REsp n. 1097042/DF, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 24.2.2010, DJe 21 maio 2010).

Entretanto, as decisões do STF não tiveram o condão de afastar a polêmica doutrinária e jurisprudencial que se seguiu. Até o presente momento, não está pacificada a impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos crimes relacionados à violência contra a mulher.

A própria finalidade do legislador, que, na visão do STF, teria excluído peremptoriamente a incidência do instituto da suspensão condicional do processo, é bastante questionada pela doutrina.

Pacelli Oliveira (2011, p. 763) afirma que o legislador, ao optar pelo horizonte exclusivamente punitivo, pode afetar também a administração da estabilidade das relações domésticas, nem sempre percebidas na abstração das leis. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Elisa Girotti Celmer (2007, p. 15-17) defendem o mesmo posicionamento, argumentando que a finalidade visada pelo legislador não se confirma na prática, pois, na grande maioria dos casos, a condenação criminal não é a intenção da vítima.

Maria Berenice Dias (2007, p. 124) corrobora os entendimentos acima coligidos, dizendo que a vítima tem uma enorme dificuldade de denunciar um ente com quem convive, muitas vezes genitor de seus filhos e provedor da família. Quando recorre a uma delegacia ou ao Ministério Público, busca auxílio para que a paz volte a reinar em sua casa. Na maioria dos casos, não tem interesse em se separar definitivamente nem quer que seu companheiro seja privado de sua liberdade. Ora, prossegue a autora, se a mulher souber que ele será processado e necessariamente levado para a cadeia, é capaz de desistir. Por tal motivo, legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores.

No mesmo sentido aduz Rogério Sanches Cunha (2007, p. 130): “sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo da sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade”.

Como visto, mesmo diante da decisão da mais alta Corte, o tema ainda é cercado de controvérsias, alimentadas não só por robusta doutrina, senão principalmente pela atuação prática nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher por todo o País, que vem demonstrando que a interpretação literal da lei não se revela a melhor solução às vítimas, conforme será visto a seguir.

5.2 Da aplicação da suspensão condicional do processo nos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006)

Consoante já mencionado, o STF decidiu que a lesão corporal praticada em desfavor da mulher em situação de violência doméstica e familiar é de natureza pública incondicionada e, segundo a Corte, o art. 41 da Lei Maria da Penha é constitucional, e devem ser afastadas as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/1995.

Todavia, não obstante a palavra final em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁴², doutrina majoritária considera ter havido uma análise literal e quiçá superficial do art. 41, impossibilitando a aplicação da suspensão condicional do processo, uma vez que tal instituto está capitulado nas disposições finais da Lei do JECrim, no art. 89 da Lei n. 9099/1995.

Diversos são os argumentos favoráveis à aplicação do *sursis* processual na seara da violência doméstica e familiar contra a mulher. Vejamos alguns deles.

42 Cumpre deixar claro que a eficácia contra todos e efeito vinculante da decisão tomada em sede concentrada foi acerca da constitucionalidade do dispositivo da Lei Maria da Penha, o que não ocorre com o *obiter dictum*, ou seja, não ocorre efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade (transcendência dos motivos determinantes). A respeito, v. STF, Pleno, Rcl n. 4907-PE, rel. min. Dias Toffoli, j. 11.4.2013; e Rcl n. 6204/AL, rel. min. Eros Grau, j. 6.5.2010.

Em primeiro plano, um argumento de utilidade prática e social é que, ao negar o *sursis* em crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, a vítima deve aguardar o provimento final a fim de obter uma resposta estatal sobre a violência por ela sofrida. Os processos em grande quantidade nos Juizados Especializados, cuja maioria possui em seu bojo crimes de penas baixas, em muitos casos são alcançados facilmente pela prescrição. Diante da mora estatal, não raro, vítima e agressor se reconciliam, tornando inócua o tardio provimento judicial, dele advindo, ainda, constrangimentos no seio familiar.

Um segundo argumento, que permite relativizar a proscrição contida no art. 41 da Lei Maria da Penha, é que muitos promotores de justiça, na prática, verificam que os crimes ocorrem longe das vistas de testemunhas, e a vítima não está disposta a depor contra o acusado, diante da natural fragilidade das provas contidas em inquéritos que apuram a violência de gênero. Ademais, a vítima muitas vezes se sente coagida pelo seu companheiro ou marido por diversos motivos, sejam eles de ordem social, emocional ou econômica. Por isso, o prosseguimento do feito até a sentença seria medida que poderia subverter a ordem de proteção à mulher. Por esses motivos, em diversos juizados do País, os promotores de justiça passaram a adotar a aplicação da suspensão condicional do processo (RIBEIRO, 2013, p. 79). Isso pode evitar o sofrimento da vítima pelo *strepitus iudici* e, ao mesmo tempo, conferir a ela uma resposta estatal e a ressocialização do acusado.

Um terceiro entendimento, que gira em torno da hierarquia das leis, é que se deve relativizar a aplicação da norma, que proíbe a aplicação da Lei n. 9.099/1995 nos crimes de violência doméstica contra a mulher, contida no art. 41 da Lei Maria da Penha, pois ambas as leis se encontram no mesmo patamar hierárquico, e a constitucionalidade desta lei não implica necessariamente a vedação de todos os institutos constantes da Lei dos Juizados, entre os quais o *sursis* antecipado, porque não é um instituto exclusivo para delitos de menor potencial ofensivo, objeto precípua da Lei n. 9.099/1995.

Com efeito, o crime de lesão corporal previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal⁴³ é de médio potencial ofensivo, o que revela uma incongruência da lei. Veja que na maioria das hipóteses, em caso de condenação por lesão corporal, ameaça ou injúria, para citar os delitos mais comuns, ao final de um longo e sofrido processo, aplicar-se-á a pena mínima ou uma pena próxima dela, v.g., 3 meses. Nesse caso, a lei não veda o *sursis* previsto no Código Penal. Nos termos do art. 78, § 1º, do CP, no primeiro ano do período de prova, exige-se a prestação de serviços à comunidade. Ora, tal solução seria alcançada, de igual modo, com o *sursis* processual, de forma mais célere, conferindo à vítima uma resposta estatal muito mais efetiva, racional e antecipada.

Esse último argumento também foi utilizado recentemente pela 6ª Turma do STJ, conforme noticiado no Informativo n. 460:

LEI MARIA DA PENHA. SURSIS PROCESSUAL.

Trata-se de habeas corpus em que se discute a possibilidade de oportunizar ao MP o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (*sursis* processual) nos feitos vinculados à Lei Maria da Penha. A Turma, por maioria, concedeu a ordem pelos fundamentos, entre outros, de que, na hipótese, tendo a inflição da reprimenda culminado na aplicação de mera restrição de direitos (como, em regra, é o caso das persecuções por infrações penais de médio potencial ofensivo), não se mostra proporcional inviabilizar a incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, por uma interpretação ampliativa do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, pois tal providência revelaria uma opção dissonante da valorização da dignidade da pessoa humana, pedra fundamental do Estado democrático de direito. Consignou-se que, havendo, no leque de opções legais, um instrumento benéfico tendente ao reequilíbrio das consequências deletérias causadas pelo crime, com a possibilidade de evitar

43 § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei n. 11.340, de 2006)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

a carga que estigmatiza a condenação criminal, mostra-se injusto, numa perspectiva material, deixar de aplicá-lo per fas et nefas. Precedentes citados do STF: HC 82.969-PR, DJ 17/10/2003; do STJ: REsp 1.097.042-DF, DJe 21/5/2010. (HC n. 185.930/MS, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 14.12.2010).

No Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID), concluiu-se, em 23.6.2010, acerca da possibilidade de concessão da suspensão condicional dos processos em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, consoante teor do Enunciado FONAVID n. 10: “A Lei n. 11.340/06 não impede a aplicação da suspensão condicional do processo nos casos que esta couber”.

Portanto, acreditamos que o fim visado pelo art. 41 da Lei Maria da Penha⁴⁴, em uma interpretação teleológica e não literal, é o de afastar apenas o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais e a transação penal, porquanto mais benéfica ao acusado que o *sursis* processual, conforme já visto no presente artigo. É a própria Lei Maria da Penha, em seu art. 4º, que determina que se deve seguir a interpretação que melhor atenda aos fins sociais da norma⁴⁵.

Permitir a transação penal e a conciliação entre as partes banalizaria a resposta penal, esvaziando a finalidade da Lei Maria da Penha e deixando a mulher em desamparo⁴⁶. Por outro lado, obstar a suspensão condicional do processo no rito dos Juizados de Violência Doméstica seria prolongar a violência à mulher, na medida em que esta teria que aguardar o fim do processo para ver

44 O método teleológico preconizado por Rudolph von Ihering emergiu em contraponto à interpretação literal advinda do formalismo jurídico alemão (CAMARGO, 2003, p. 84).

45 Art. 4. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

46 Nesse sentido, Ribeiro (2013, p. 83).

seu agressor ser beneficiado com a suspensão da pena, cujos efeitos práticos serão os mesmos de um *sursis* processual. A aplicação da suspensão condicional do processo, porque medida célere, permite uma pronta resposta estatal à vítima e a adoção de medidas de conscientização do agressor acerca da violência de gênero.

Nesses casos, de crimes de médio potencial ofensivo, o *sursis* processual terá um caráter restaurativo, e os juizados especializados de violência doméstica, quando dotados de equipe disciplinar e uma boa estrutura, permitirão que, dessa maneira, seja coibida a violência contra a mulher, atingindo de forma eficaz o escopo da Lei Maria da Penha. Conforme explica a antropóloga Bárbara Soares (2005, p. 36), o primordial é oferecer proteção para as mulheres em situação de violência. Porém, para superar o problema é necessário também transformar o comportamento dos autores, pois a mera punição os tornará ainda mais violentos⁴⁷.

Registre-se, por oportuno, que a aplicação do instituto em desfavor do agressor impede a perpetração da violência familiar e ainda permite ao Estado, por meio do Ministério Público e do Poder Judiciário, acompanhar mais atentamente o acusado durante o período de prova da suspensão condicional do processo, possibilitando uma intervenção e conscientização mais rápida do que ocorreria caso o processo seguisse seu curso até a sentença, ocasião em que seria aplicada uma pena a ser cumprida, certamente em regime aberto, sem nenhuma proteção à mulher, vítima da violência doméstica.

Em conclusão, para higidez e coerência do sistema punitivo, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, pode o *sursis* processual ser aplicado às hipóteses da Lei Maria da Penha. Caberá ao juiz do caso concreto a análise da inclusão de condições outras, determinando a participação do agressor em oficinas de prevenção à violência domé-

47 Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais-1/catalogo/orgao-essenciais/secretaria-de-politica-para-mulheres/>>. Acesso em: mar. 2014.

tica, comparecimento a centros de capacitação, acompanhamento psicossocial periódico, frequência a programas de tratamento ao alcoolismo ou dependência de drogas.

6 Conclusão

Quando da publicação da Lei n. 9.099/1995, algumas vozes surgiram identificando a lei como apenas uma nova forma de ampliação do poder do Estado de punir. As medidas ditas alternativas e despenalizadoras, tais como a transação penal e o *sursis* processual, seriam apenas uma extensão do controle social formal.

Todavia, a utilização prática e crescente da referida lei demonstrou rapidamente que as consequências penais dos institutos despenalizadores, sobretudo a suspensão condicional do processo, são muito mais vantajosas que prejudiciais.

Nesse contexto, o *sursis* processual ou antecipado possibilita a economia de tempo (não haverá instrução nem sentença); beneficia vítimas, com uma resposta célere e eficaz a delitos que, em caso de sentença, não seriam reprimidos com pena privativa de liberdade; beneficia o Poder Judiciário, com economia de servidores, dinheiro e desburocratização; beneficia testemunhas, que não precisam ir a longas audiências, perdendo tempo com deslocamento até o fórum, sendo obrigadas a realizar reconhecimentos formais, perdendo dia de trabalho etc. Por fim, beneficia também o acusado, com uma medida socializadora, educativa e restaurativa, sem submetê-lo ao estigma e à liturgia do julgamento. Com os juizados criminais, houve um descongestionamento dos juízos criminais, razão pela qual infrações mais graves ao corpo social não serão preteridas, alcançando melhores níveis de otimização, desde a apuração feita na delegacia de polícia até a sentença final em juízo.

Do *sursis* processual decorre o poder-dever de o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois a quatro anos, em crimes cuja pena

mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Entende-se que há um poder-dever do *Parquet*, mas é preciso que o autor do fato preencha as exigências legais: não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime, e estarem presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, previstos no art. 77 do CP. O juiz não poderá, de ofício, substituir o Promotor de Justiça e propor a suspensão. Se discordar do Ministério Público, deverá aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, encaminhando os autos ao Procurador-Geral de Justiça a fim de que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta. Aliás, como visto, esse é o teor da Súmula n. 696 do STF. Cumpre ressaltar uma exceção à exclusividade do *Parquet*: a Lei n. 9.099/1995, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite o *sursis* antecipado nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, caso em que a legitimidade para oferecimento da proposta é do querelante.

No que toca ao meio de impugnação cabível da decisão interlocutória que fixa as condições de suspensão⁴⁸, as 5ª e 6ª turmas do STJ divergem. Para aquela, seria cabível o Recurso em Sentido Estrito; para esta, a Apelação. Certo é que há uma dúvida objetiva. Em virtude da ausência da expressa previsão recursal na lei, os tribunais reconhecem que eventual equívoco na interposição do recurso cabível pode ser sanado pela aplicação do princípio da fungibilidade, caso se revele tempestivo o recurso interposto pela parte e não haja erro grosseiro.

Quanto à também divergente possibilidade de impor a prestação de serviços comunitários ou prestação pecuniária como condição de suspensão do processo, a despeito da recente divergência entre as turmas criminais do STJ, entendemos que tais medidas não privativas de liberdade não possuem natureza de pena; são condições

⁴⁸ A doutrina tende a rejeitar a palavra “homologa”, pois entende-se que a decisão interlocutória não é meramente homologatória, pois é o juiz quem fixa as condições da suspensão.

inerentes ao instituto, com amparo no art. 89, § 2º, da Lei do JECrim. Há decisão da 2ª Turma do STF nesse sentido (HC n. 108103)⁴⁹.

Por fim, considerando os benefícios advindos do *sursis* antecipado a todos os atores processuais, concluímos pela possibilidade de aplicação do aludido instituto nos procedimentos regidos pela Lei Maria da Penha, diante de crimes com pena mínima não superior a 1 (um) ano. A prática demonstra que a prioridade para a vítima nem sempre é a prioridade supostamente pretendida pelo legislador. O promotor de justiça e o juiz devem ter a sensibilidade de aferir se no caso concreto revela-se mais importante a persecução penal em juízo ou a construção de relações domésticas estáveis e sadias.

Referências

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. *Revista do TRF 1ª Região*, Brasília, ano 18, n. 8, p. 42-49, ago. 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CELMER, Elisa Girotti. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/06. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 4, 2. sem. 1997.

BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁴⁹ Rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 8.11.2011, processo eletrônico DJe-231 divulg 5.12.2011 public 6.12.2011.

BATISTA, Weber Martins. Suspensão condicional do processo: natureza jurídica; iniciativa da proposta. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 2, n. 4, p. 53-57, jan./abr. 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DELMANTO, Celso. Direitos públicos subjetivos do réu no código penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 70, n. 554, dez. 1981.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GONÇALVES, Antônio Baptista. Justiça restaurativa: novas soluções para velhos problemas. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados espe-*

ciais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista. Crimes hediondos, organizados e de especial gravidade. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 33, set. 1995.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais*: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Lucas Pimentel de. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Edipro, 1995.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, Monografias, n. 52, 2009.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 74, jan. 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REIS, Cláudia Priscyla; OLIVEIRA, Aline Lima. A teoria dos jogos aplicada aos institutos despenalizadores do sistema jurídico brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: mar. 2014.

RIBEIRO, Dominique de Paula. *Violência contra a mulher: aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOARES, Bárbara M. *Enfrentando a violência contra a mulher*. Orientações práticas para profissionais e voluntários. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni R. C. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais federais cíveis e criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

A pena privativa de liberdade e os crimes do colarinho branco: uma crítica

Ryanna Pala Veras

Procuradora da República em São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UFPR. Mestra em Direito Penal pela PUC-SP. Mestra em Criminal Justice Policy pela London School of Economics.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a recente tendência ao recrudescimento das penas em geral e especificamente para os crimes do colarinho branco. A análise do discurso justificador dessa política criminal demonstra que ela não encontra, do ponto de vista da teoria da pena, da criminologia e da economia política, fundamentos nos princípios do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Crimes do colarinho branco. Criminologia. Política criminal. Teoria da pena. Economia política.

Abstract: This essay aims to analyze the recent phenomenon of the growth of high-term imprisonment sentences in general and specifically to white-collar criminals. It examines the question from three different perspectives: theories of punishment, criminology, and political economy of control and concludes that it is not legitimate in the liberal democratic societies.

Keywords: White-collar crimes. Criminology. Criminal policy. Theories of punishment. Political economy.

Sumário: 1 Introdução. 2 As teorias da pena. 2.1 Retribuição. 2.2 Teorias utilitaristas. 2.3 Teorias mistas. 3 Criminologia. 3.1 Sutherland e a associação diferencial. 3.2 Anomia. 3.3 Criminologia

cultural. 4 Economia política 4.1 Discurso de intimidação 4.2 Lei e ordem (*law and order*). 5 Conclusão.

1 Introdução

Os crimes do colarinho branco tiveram um desenvolvimento diverso dos demais crimes, os chamados crimes ordinários. Foi somente no início do século XX que eles vieram a se tornar um dos focos de estudo das ciências criminais, e muito disso deveu-se a Edwin H. Sutherland, um professor de sociologia da Universidade de Indiana que, no seu famoso artigo “White Collar Criminality”, publicado em 1940, evidenciou a problemática da política criminal no trato da delinquência em diferentes classes sociais. Ele criou o termo *white collar crime*, definiu-o como “crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* social no exercício de sua ocupação” (SUTHERLAND, 1983, p. 7, tradução nossa), e usou este conceito para denunciar o nível contrastante da percepção pública e da resposta penal aos crimes cometidos por autores de classe social elevada.

Embora a importância dos estudos de Sutherland tenha sido reconhecida mundialmente, os crimes do colarinho branco continuaram ocupando um espaço secundário na política criminal e, conseqüentemente, a punição de empresas e seus gestores continuou menos frequente e mais branda em comparação aos crimes comuns até o fim do século XX. Contudo, recentemente uma tendência ao recrudescimento das penas para crimes do colarinho branco tem sido verificada nos Estados Unidos e se expandido globalmente, impulsionada por uma série de escândalos de grandes proporções, tais como o da Enron (2001), WorldCom (2002), Adelphia (2002) e Maddoff (2008), que geraram danos significativos para a economia de todo o país e para inúmeras pessoas, de modo direto e indireto.

Tem-se alegado que grandes escândalos ocorrem por causa da ineficiência da tradicional reação estatal aos crimes do colarinho branco e que se necessita de mais severidade no controle da crimi-

nalidade empresarial (MEEKS, 2006). Este estudo pretende analisar o ressurgimento desse discurso punitivo no campo dos crimes do colarinho branco, com ênfase na pena privativa de liberdade, que, depois de um longo período após ser reconhecida como uma instituição falida, volta a ser prestigiada e defendida como principal meio para se conter essa criminalidade.

Embora a tendência recente de enrijecimento do Direito Penal tenha sido bastante debatida em relação aos crimes comuns¹, seus reflexos nos crimes do colarinho branco ainda são pouco estudados. A maior parte das discussões dessa matéria está centralizada no âmbito do Direito Penal. Este ensaio visa a expandir esta análise para a perspectiva mais ampla das ciências criminais. O que tentaremos demonstrar é que o uso de penas de longa duração privativas de liberdade não é um meio legítimo de se combater a criminalidade de colarinho branco num Estado Democrático de Direito. Para isso serão apresentados três argumentos, sendo o primeiro fundamentado na teoria da pena, o segundo na criminologia e o terceiro na economia política do crime. Por fim, o estudo concluirá que outros meios de controle incapacitantes e que demonstrem a censura e reprovação social, porém menos estigmatizantes e mais eficientes do que a privação da liberdade, poderiam ser testados também nessa matéria.

2 As teorias da pena

Nesse ponto serão analisadas as principais teorias que justificam a punição estatal. Primeiramente elas serão vistas em sua forma pura e híbrida. Tentaremos expor que a recente tendência da política criminal de aumento das penas privativas de liberdade para crimes do colarinho branco não possuem fundamento em qualquer das teorias da pena, o que significa que este discurso é vazio do ponto de vista filosófico.

1 Ver GARLAND (2001); LACEY (2008) e TONRY (2004).

2.1 Retribuição

Em resumo, a teoria retributiva da pena, em sua versão mais pura, formulada inicialmente por Kant², considera a pena como algo que se merece necessariamente em nível moral, quando se causa um mal. De acordo com essa visão, a sociedade é regulada por leis que foram voluntariamente pactuadas por indivíduos racionais e, assim, geram deveres e direitos para todos igualmente. Quando uma pessoa comete um crime, ela viola o pacto social e faz surgir uma situação injusta em seu benefício e, conseqüentemente, para restaurar a harmonia na sociedade e a equidade entre os indivíduos, o ofensor deve ser punido no estrito limite do dano que causou e de sua responsabilidade pessoal. Esta formulação é baseada numa teoria geral de justiça e tem sido aceita pela política criminal até os dias de hoje.

A maior vantagem dessa concepção é que ela é compreendida intuitivamente por qualquer pessoa em suas experiências cotidianas sobre pena e julgamentos morais. Mais, essa racionalidade também tem relação com a moderna política liberal que proporciona uma base filosófica segura que pode ser usada para interpretar conflitos que surgem na prática diária dos agentes atuantes nos órgãos de reação social. Além disso, essa teoria estabelece limitações para o Estado interferir na esfera dos direitos individuais, uma vez que apenas a pessoa responsável pode ser punida e na proporção da sua culpabilidade, bem como reconhece a autonomia e autodeterminação individual que formam a base da concepção liberal de pessoa. Ademais, como Hirsch destaca,

[...] uma sanção que trata a conduta como errada – isto é, não uma sanção neutra – tem duas importantes funções morais que não se resumem à prevenção de delitos. Uma é reconhecer a importância dos direitos que foram infringidos. [...] O outro papel da censura (e talvez mais importante) é se dirigir ao criminoso como um agente moral, apelando para seu senso de certo e errado. (2009, p. 116, tradução nossa).

2 Atualmente, sustentada em diferentes bases por Von Hirsch (censura), Moore (versão forte), Duff (pena secular).

De acordo com a racionalidade retributiva, a pena justifica-se pela injusta vantagem criada pelo crime ao ofensor em comparação a outros cidadãos e para a restauração da justiça (em nível abstrato) na sociedade. Apenas as pessoas culpadas de cometer delitos devem ser punidas, isto é, nunca um inocente ou uma pessoa que não possa ser considerada responsável. Sobretudo, a sanção deve ser proporcional ao dano (ou injusta vantagem) causado pelo crime e o grau de culpabilidade do agente.

O ponto fraco dessa perspectiva é que ela considera a punição um mal por si só (na medida em que ela não pode desfazer o crime) ou, se há alguma utilidade nela, esta seria alcançada apenas em um nível conceitual (restabelecimento da justiça). Além disso, a teoria retributiva também não define as penas qualitativamente (como elas deveriam ser) e nem quantitativamente (o quanto de pena seria justo para cada crime)³. Por essa razão, essa teoria necessita ser complementada por escalas de punição consensualmente convencionadas nos níveis cardinal (qualitativo) e ordinal (quantitativo) para que a proporcionalidade do sistema se torne compreensível. Finalmente, também se afirma que as privações sociais e outros fatores econômicos que influenciam os autores de delitos não são considerados por essa teoria, o que a torna por vezes desconectada da realidade empírica (MURPHY, 1973). Por todas essas razões, essa racionalidade em sua versão pura não pode servir de base para a prática de punição em Estados Democráticos de Direito. Entretanto, ela é ainda um parâmetro fundamental para a política criminal, quando combinada com outros princípios.

2.1.1 Retribuição e crimes do colarinho branco

Da teoria retributiva surgem duas importantes questões: uma sobre a espécie de pena (proporcionalidade cardinal) e outra sobre

3 Até a clássica versão da Lei de Talião, que tentou reproduzir os crimes nas punições, não encontrou uma resposta equivalente para crimes como fraude, perjúrio ou crimes sem vítima. Ver LACEY (1988, p. 17-18).

a quantidade da pena (proporcionalidade ordinal) adequadas aos crimes do colarinho branco. Com relação à proporcionalidade cardinal dos crimes do colarinho branco, pode-se indagar: se a pena é uma retribuição ao dano ou injusta vantagem auferida pelo autor, qual seria a resposta penal adequada a esses crimes? Ashworth assevera que

[...] a proporcionalidade cardinal refere-se à magnitude da pena, e exige que não seja desproporcional à gravidade da conduta: cinco anos de privação da liberdade por um furto em loja poderia sê-lo, bem como uma pena pequena para um dano severo. Convenções sociais e tradições tendem a determinar os pontos básicos da escala de punição, isto é, os níveis contrastantes nos quais as sentenças se baseiam em diferentes contextos nacionais e históricos, embora estas convenções possam mudar por várias razões. (2007, p. 993, tradução nossa).

De fato, não há um valor intrínseco ou ontológico em cada crime que possa ser traduzido na punição *correta*. Mesmo a tradicional Lei de Talião não pôde encontrar uma sanção adequada para todos os delitos, o que significa que cada sociedade, com base em seus princípios culturais, valora de forma particular os diversos tipos de crimes. No entanto, deve-se enfatizar que a privação de liberdade é a pena da modernidade e sua duração é a medida da severidade no Direito Penal atual. A maior parte dos países no mundo usam a pena privativa de liberdade como parâmetro para a prática da punição de crimes e conseqüentemente a duração do encarceramento aplicado a cada fato é a melhor forma de aferir a gravidade que uma ofensa representa na sociedade.

A segunda questão refere-se à proporcionalidade ordinal, que trata do *ranking* de gravidade relativa das diferentes ofensas:

Na prática, aqui muito se depende da valoração da conduta [...] e das concepções sociais sobre o que realmente é “crime” (p. ex. crimes de rua) em comparadas a novos tipos de crime (p. ex. fraudes comerciais, poluição). Teoricamente, a proporcionalidade ordinal requer a criação de uma escala de valores que possa ser usada

para avaliar a gravidade de cada tipo de ofensa. (ASHWORTH, 2007, p. 993, tradução nossa).

Realmente, enquanto a proporcionalidade cardinal pode revelar se a sociedade é punitiva ou tolerante nas suas respostas criminais, a proporcionalidade ordinal expõe a hierarquia (baseada na severidade) dos crimes na sociedade. Historicamente, desde a crítica de Sutherland, a leniência com os crimes do colarinho branco em comparação com os crimes comuns tem sido uma crítica frequente entre os penalistas⁴. Entretanto, não há um consenso na doutrina sobre qual seria o grau de lesividade que esses crimes representam aos cidadãos. Ademais, uma ampla pesquisa desenvolvida nos Estados Unidos em 2005 sobre a percepção pública dos crimes de colarinho branco e sua punição mostrou que a maior parte das pessoas apoiam penas mais rigorosas para crimes do colarinho branco, mais ainda do que no passado. Mas as pessoas ainda consideram que os crimes violentos e os crimes contra a propriedade devem receber penas mais rigorosas que os crimes do colarinho branco (HOLTFETER et al., 2008). De acordo com Holtfeter e outros, a percepção pública da gravidade dos crimes é ainda estreitamente relacionada com a percepção da possibilidade de vitimização das pessoas, que é mais frequente nos crimes de rua com vítima individual do que em crimes empresariais em geral (p. 57). Isso significa que o fato de a maior parte das pessoas concordar com a pena de 25 anos de privação de liberdade para Bernard Ebber é mais uma consequência de uma atitude punitiva generalizada que se desenvolveu no fim do século XX – no âmbito da proporcionalidade cardinal – do que uma especial mudança na percepção sobre os crimes do colarinho branco na sociedade. A população quer penas severas para todos os crimes, e os crimes do colarinho branco não são uma exceção.

A opinião pública em matéria criminal deve ser interpretada cuidadosamente. Como Ashworth (2009, p. 107, tradução nossa) destaca,

4 Ver SLAPPER; TOMBS (1999), PUNCH (1996) e NELKEN (2007).

certas considerações devem ser feitas: as pesquisas não explicam exatamente qual o significado de cada crime para o entrevistado, e enquanto alguns crimes, como estupro e homicídio, são bem conhecidos, outros, como fraude ou *insider trading*, não são facilmente identificados por pessoas comuns. Além disso, as atitudes sobre crimes refletem falsas crenças sobre a frequência ou intensidade de determinados delitos, o que é fortemente influenciado pela exposição da mídia.

Embora se reconheça a importância dos crimes *sem vítima* ou dos danos coletivos ou difusos causados pelos crimes do colarinho branco, esses crimes dificilmente irão receber a mesma censura do que um único crime violento. Em outras palavras, uma fraude de milhões nunca será reprovada de forma equivalente a um único estupro ou homicídio. Ashworth (2009, p. 113, tradução nossa) afirma “que existe algo como uma total desproporcionalidade, mesmo que não exista algo como uma perfeita proporcionalidade”. E é exatamente essa impressão de desproporcionalidade que sentenças de penas *perpétuas* para crimes do colarinho branco como de Ebber ou Madoff causam.

2.2 Teorias utilitaristas

As teorias utilitaristas ou consequencialistas, que têm tido mais prestígio desde o fim do século XIX, acrescentaram à pena uma finalidade geral, um significado social, que é o de evitar delitos futuros, o que é um bem em si mesmo. Apenas esse benefício geral poderia justificar a prática de um mal como a pena, ou, nas palavras de Bentham,

a pena que, considerada em si mesma, pareça baixa e repugnante para quaisquer sentimentos, é elevada ao caráter de um benefício quando é considerada não como um ato de cólera ou vingança contra um indivíduo culpado ou desafortunado que deixou manifestar suas inclinações perniciosas, mas um sacrifício indispensável para a segurança da comunidade. (2009, p. 54, tradução nossa).

A teoria utilitarista oferece uma base coerente para se compreender a prática da punição nas sociedades modernas, que é basicamente fundada em sua utilidade, ou seja, sua função como meio de prevenção do crime, conquista da paz social, aumento da segurança e maximização da felicidade. O utilitarismo pode servir de base teórica para vários tipos de respostas para o crime, como a prevenção geral e especial (privação de liberdade, multas), reabilitação (hospitais, programas inclusivos), incapacitação (privação de liberdade, suspensão de licença pra dirigir), reparação do dano, entre outras.

Embora essa teoria apresente uma explicação para a prática de punições pelo Estado, ela não responde uma pergunta fundamental: como e quanto punir em cada caso, e, acima de tudo, ela ignora a dimensão moral dos ofensores.

O primeiro desses pontos fracos da teoria pura do utilitarismo é que ela não fornece limites para a sanção penal. Apesar da afirmação de que a pena deve ser a mínima necessária para prevenir futuras ofensas, essa teoria não consegue especificar qual o tipo de pena e a quantidade que poderia ser apropriada para alcançar esse propósito. Por isso, o utilitarismo pode legitimar diferentes espécies de penas, outras práticas que visem a alcançar a mesma finalidade, e, até mesmo, penas draconianas ou mesmo a pena de morte em situações excepcionais. De acordo com Lacey, a possibilidade de aplicação dessas penas desproporcionais é rara, uma vez que ferem o bom senso e gerariam insegurança, o que é oposto à utilidade geral almejada pelo Estado (1988, p. 43). No entanto, em uma sociedade punitiva como a atual, esses postulados sobre bom senso não são suficientes para garantir que direitos individuais não sejam violados, e até mesmo com o apoio da população. Quando deveria terminar uma reabilitação? Quantos anos seriam necessários para deter um estuprador? É um criminoso de rua? Essas questões não podem ser respondidas com base no utilitarismo somente, portanto, ele necessita de um complemento externo, oriundo de outra racionalidade.

A segunda deficiência do utilitarismo é que a pena deve visar apenas o melhor resultado para a sociedade; consequentemente, ele não considera a dimensão individual do fenômeno, ou seja, ele não oferece uma justificação para a prática de atos de punição individual. Isso ocorre porque a teoria utilitarista não considera os indivíduos como seres autônomos e racionais, com dignidade (VON HIRSCH, 2009), uma vez que os autores de delitos podem ser usados como meio pra impedir os demais cidadãos de praticar crimes. Mesmo a punição de uma pessoa inocente se justificaria numa situação extrema se isso fosse em nome do bem da sociedade. Então, o aspecto moral é abandonado a um segundo plano quando o objetivo é alcançar a prevenção de delitos. Por essas razões – a ausência de limites na distribuição e extensão da pena e a ausência de dimensão moral –, uma racionalidade consequencialista pura pode servir de fundamento para práticas cruéis e desproporcionais pelo Estado. Ademais, se a punição é um ato coativo, haverá um sofrimento individual toda vez em que ela é aplicada. Essa perspectiva pessoal não pode ser ignorada ou desprezada; caso contrário, a dignidade humana e a igualdade entre as pessoas poderia ser ameaçada.

2.2.2 Teorias utilitaristas e os crimes do colarinho branco

A racionalidade utilitarista tem sido o argumento prioritário na fundamentação das penas mais longas de privação da liberdade impostas a criminosos do colarinho branco. Nesse contexto duas são as principais críticas que podem ser apontadas: a inadmissibilidade de *sentenças exemplares* em Estados Democráticos de Direito e a falta de comprovação da efetividade desta medida⁵.

As sentenças exemplares são definidas por Von Hirsch como a imposição de “uma pena severa não usual para um indivíduo por um determinado tipo de crime, na esperança de conter potenciais

5 Há uma outra importante crítica a essa prática, que é a falsa pressuposição de neutralidade e a racionalidade do comportamento do criminoso do colarinho branco. Contudo, este argumento será analisado no item referente às teorias criminológicas.

imitadores” (2009, p. 43, tradução nossa). Por isso a quantidade da pena nas sentenças exemplares não é determinada pela gravidade do crime ou pela culpabilidade do agente, mas é orientada para a conduta futura de outras pessoas. Nessa versão pura da teoria, essas sentenças podem ser justificadas excepcionalmente por seus benefícios sociais, como a reafirmação da lei, ou o pânico geral relativo a um particular tipo de crime. No entanto, como foi mostrado anteriormente, num Estado Democrático de Direito, em que os direitos individuais são amplamente reconhecidos, é inadmissível que se *use* cidadãos como mero meio para intimidar potenciais delinquentes na sociedade. A dimensão moral, a dignidade da pessoa humana, é uma barreira para a intervenção abusiva do Estado na esfera privada.

A segunda objeção ao uso da privação de liberdade de longa duração para conter comportamentos criminosos está relacionada à eficácia desse meio. Embora Von Hirsch destaque que há um forte apelo intuitivo desta racionalidade preventiva em nossas decisões ordinárias⁶, não é uma consequência lógica que assim se opere com respeito a todos os crimes. Medir a eficiência deste utilitarismo não é algo fácil, pois há vários fatores que influenciam concomitantemente na decisão de cometer um crime. Contudo, há algumas tentativas de avaliar a importância do temor da pena no comportamento humano. A maioria dessas pesquisas não conseguem mensurar o sucesso da ameaça de pena no controle do comportamento dos indivíduos⁷, e elas revelam que a população em geral não está ciente do quantum de pena que se relaciona com cada crime. Simpson afirma que, “como a percepção crítica demonstra, o efeito preventivo depende mais do risco da punição e do resultado que se acredita

6 O autor diz que, por exemplo, “a maior parte das pessoas não violam leis de menor gravidade por medo das penalidades que elas podem ensejar”. Ele menciona o estacionamento em local impróprio e a omissão de dados no imposto de renda como casos comuns (VON HIRSCH, 2009, p. 39)

7 Para alguns dados ver VON HIRSCH (2009), SIMPSON (2002), DOOB; WEBSTER (2009), VOLD; BERNARD; SNIPES (2002).

existir, do que daquele que existe de fato” (2002, p. 42, tradução nossa). Portanto, não se pode afirmar que há uma prova segura de que a ameaça de coerção – principalmente em casos mais graves – é uma resposta efetiva na contenção de crimes do colarinho branco, uma vez que não há base empírica que o justifique.

2.2.3 Prevenção especial e incapacitação

Tanto a incapacitação quanto a prevenção especial são também efeitos que podem ser alcançados por longas penas de privação de liberdade, embora elas obviamente não sejam o fim principal (ao menos declarado) dessas condenações.

A incapacitação pressupõe a imposição de obstáculos que impedem a pessoa de delinquir outra vez. Consequentemente, a privação da liberdade é o meio mais poderoso de contenção, pois o indivíduo é completamente isolado de toda a sociedade. Ela pode ser apropriada para um assassino perigoso, um criminoso sexual ou uma pessoa violenta, mas obviamente há outros meios menos estigmatizantes e onerosos para manter um criminoso do colarinho branco afastado do seu trabalho. Portanto, o encarceramento é uma pena desproporcional como meio de incapacitação de crimes do colarinho branco.

A prevenção especial é direcionada para o criminoso no momento da sentença, ou seja, por meio da imposição de um mal, tenta-se coagi-lo a não mais praticar outros crimes. Esse meio particular de comunicação também é uma finalidade secundária da pena e, se o indivíduo é considerado racional e autônomo, é discutível que não haja meios menos danosos (e consequentemente mais democráticos) de educar ou convencer pessoas a não praticar crimes novamente, como a reabilitação ou a justiça restaurativa⁸. Desse modo, não há uma justificativa compatível com um Estado

8 Ver IVANICEVICH et al. (2008) e BRAITHWAITE; PETIT (1990).

Democrático de Direito suficiente para embasar longas penas privativas de liberdade por necessidade de prevenção em nível individual.

2.3 Teorias mistas

As teorias mistas, ou a combinação das duas racionalidades expostas acima, constituem a explicação mais desenvolvida na busca de uma justificação liberal democrática para a punição estatal⁹. Elas derivam da intuição de que, sem efeitos benéficos ou utilidade social, a pena não pode ser explicada, mas que é importante limitar este princípio consequencialista ou complementá-lo para que se respeite o princípio da proporcionalidade (culpabilidade) ou justa distribuição da pena. Essas visões mistas consideram a racionalidade utilitarista – prevenção geral, proteção social, prevenção do crime – como a finalidade geral do sistema penal, a razão da existência da pena. Entretanto, a racionalidade retributiva é que fornece os limites, distribui e calcula penas em caráter individual. Para Hart (2008), a finalidade geral da existência de práticas punitivas na sociedade é a prevenção geral; contudo, apenas indivíduos responsáveis podem ser punidos e, sobretudo, a pena deve ser proporcional ao dano causado e à culpabilidade do agente (retribuição). O sistema híbrido combina os pontos fortes das duas racionalidades; em outras palavras, ele dá uma finalidade objetiva para a imposição de um mal (penas) pelo Estado aos indivíduos, a prevenção de crimes, e limita o poder do Estado considerando os indivíduos como um fim em si mesmo.

Embora supere os principais problemas das teorias puras, a combinação das perspectivas falha em oferecer uma explicação coerente capaz de moldar as instituições do sistema penal¹⁰, orien-

9 As outras racionalidades existentes não foram adotadas pela política criminal contemporânea. Ver BRAITHWAITE; PETIT (1990), e a teoria republicana; DUFF (2001), para a teoria da comunicação, por exemplo.

10 Dado que a teoria mista mantém seu foco apenas nas fases legislativa e judicial, todas as outras etapas do processo de criminalização, e a atuação dos vários agentes

tar tomadas de decisões de política criminal e resolver situações de conflitos entre as duas racionalidades¹¹. Para Lacey, a falta de uma base filosófica uniforme para as decisões no âmbito da política criminal torna a teoria mista fraca quando princípios entram em contradição (1988). Por esta razão, quando as teorias unificadoras enumeram vários princípios oriundos de diferentes racionalidades, mas não explicam como combiná-los ou qual deve ter prioridade em casos concretos, elas tornam a discricionariedade dos agentes políticos muito grande.

2.3.1 Teorias mistas e crimes do colarinho branco

Em relação ao recente recrudescimento das penas aplicadas a crimes do colarinho branco, é evidente que a teoria híbrida não fundamenta tal prática, dado que o princípio limitador da retribuição a ser exercida pela pena não avaliza a aplicação de sentenças exemplares. De fato, a possibilidade de perseguir finalidades diversas permitida pela maior parte da doutrina e mesmo adotada expressamente na legislação (art. 59 do CP, por exemplo) não é acompanhada por uma regra de hierarquia de princípios ou normas para solução de conflitos entre eles. Assim, a larga discricionariedade facultada aos formuladores de política criminal pode gerar oscilações na forma como se responde a determinados delitos, em certo momento priorizando-se o aspecto preventivo. Como foi sustentado, soluções de caráter restritivo de direitos fundamentais não deveriam ser priorizadas em Estados Democráticos de Direito, pois estas não se preocupam com a perspectiva moral, ou seja, não veem o indivíduo como um fim em si mesmo, digno, racional e autônomo, cujo encarceramento deve ser adotado apenas como medida excepcional, isto é, quando todas as medidas menos gra-

(polícia, promotores, advogados etc.), não são cobertas por formulações híbridas nem decorrem intuitivamente da fórmula geral.

11 Isso se torna evidente quando novos institutos, como a culpa objetiva ou crimes de perigo abstrato, precisam de uma base teórica (LACEY, 1998).

vosas falharem. Agindo dessa forma, o Estado demonstra um crescente autoritarismo e severidade não legitimados pelas teorias abstratas da pena.

3 Criminologia

Este tópico examinará a explicação dada para os crimes do colarinho branco pelas teorias criminológicas mais influentes. As teorias da Associação Diferencial (Sutherland), da Anomia (Merton) e da Criminologia Cultural (Young, Katt) serão analisadas. Todas essas teorias (sob diferentes fundamentos) compartilham a visão de que o criminoso de colarinho branco não é o homem racional e neutro, orientado apenas a buscar o prazer e evitar o sofrimento, que é o princípio que serve de base para as medidas preventivas. Pelo contrário, o crime de colarinho branco acontece em circunstâncias de pressão social, busca do sucesso e numa dimensão cultural que não pode ser ignorada pelos formuladores de política criminal. Por isso, nesse contexto, a privação da liberdade de longa duração, com todas as restrições que acarreta na dimensão individual, não pode ser considerada um meio eficiente para se reduzir essa criminalidade.

3.1 Sutherland e a Associação Diferencial

Edwin Sutherland, antes dos seus estudos sobre crimes do colarinho branco, nos anos 1930, desenvolveu uma importante explicação para os crimes *de rua* (*street crimes*), a teoria da Associação Diferencial. De acordo com essa teoria, o comportamento criminal não é determinado por condições sociais nem traços da personalidade do ofensor, mas, acima de tudo, é o resultado da aprendizagem, da interação com outras pessoas, principalmente com aquelas mais próximas do agente. Na visão de Sutherland, as condições sociais desfavoráveis podem influenciar as estatísticas criminais, porque elas aumentam a probabilidade de um indivíduo se associar com outros que lhe apresentem argumentos favoráveis ao cometi-

mento de crimes. Essa teoria é descrita em nove proposições que se referem ao processo pelo qual uma pessoa comete um delito:

- 1) O comportamento criminoso é aprendido.
- 2) O comportamento criminoso é aprendido na interação com outras pessoas num processo de comunicação.
- 3) A parte principal do aprendizado do comportamento criminoso acontece na intimidade de grupos pessoais.
- 4) Quando um comportamento criminoso é aprendido, a aprendizagem inclui: a) técnicas de cometimento do crime, que são às vezes muito complicadas, às vezes muito simples; b) o sentido das motivações, interesses, racionalizações e atitudes.
- 5) A específica motivação ou interesse é aprendida a partir de definições dos códigos legais, como favoráveis ou desfavoráveis.
- 6) Uma pessoa se torna delinquente por causa de um excesso de definições favoráveis à violação da lei em comparação a definições desfavoráveis a violações da lei.
- 7) Associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade.
- 8) O processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos empregados em qualquer tipo de aprendizagem.
- 9) Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores gerais, ele não é explicado por estas necessidades e valores, pois o comportamento não criminoso é uma expressão das mesmas necessidades e valores. (SUTHERLAND; CRESSEY, 1960).

Então, na concepção da Associação Diferencial, o comportamento criminoso é aprendido por meio de técnicas, racionalizações e atitudes no seio de grupos de referência (família, escola, amigos) e, acima de tudo, esse comportamento não é herdado

nem intrínseco a condições geográficas de áreas pobres, mas assimilado como qualquer comportamento. Então, o componente do ilícito é apenas destacado pelo ambiente onde os contatos de aprendizagem acontecem.

Em relação aos crimes do colarinho branco, a forma mais importante de aprendizagem é o contato do agente com pessoas próximas, da mesma carreira, e, em geral, bem sucedidas, que definem o comportamento criminoso como favorável e recomendável. Esse contato pode expor o agente a todas as vantagens do cometimento desses crimes e mantê-lo distante dos argumentos negativos. Consequentemente, esse agente pode começar a se envolver em condutas ilícitas quando convencido de que as definições favoráveis a cometer um crime são superiores aos argumentos negativos¹².

No que se refere à expansão da prática de ilícitos praticados no meio corporativo, Sutherland entendeu como um sintoma de um processo de Associação Diferencial, ou seja, quando uma empresa encontra um meio de maximização dos lucros, as outras tentam aprender e aplicar os mesmos métodos. A difusão de práticas ilegais que visam ganhos financeiros é facilitada pela tendência de centralização do controle de corporações por fundos de investimentos (que conhecem mecanismos de ganhos e os aplicam nas companhias em que investem). Os criminosos do colarinho branco buscam argumentos favoráveis ao cometimento de crimes e ignoram os argumentos desfavoráveis. Apesar de a maior parte desses indivíduos não ter antecedentes criminais ou problemas em sua infância, esses princípios criminosos podem ser facilmente incorporados no seu ambiente profissional.

A teoria, embora exponha uma ampla visão da criminalidade e ofereça uma resposta intuitivamente razoável, não é precisa e é muito difícil de ser demonstrada. De fato, os conceitos usados

12 Para comprovar esta afirmação, Sutherland entrevistou uma amostra de jovens profissionais e estudou várias biografias de gerentes bem sucedidos de grandes companhias.

para descrever a teoria são complexos e quase impossíveis de ser traduzidos em dados estatísticos ou outro dado objetivo. Na realidade, Sutherland tentou obter essas informações desenvolvendo seus próprios métodos – como entrevistas – e procurando dados nos órgãos públicos oficiais, mas mesmo ele admitiu as falhas das suas técnicas e a imprecisão de suas fontes (SUTHERLAND, 1980, p. 240-246). Essas críticas devem ser aceitas, mas, considerando que Sutherland começou sua própria pesquisa da “estaca zero”, ela pode ser considerada um admirável desenvolvimento, pois o que ele fez não foi mais do que comprovar a complexidade de se converter a realidade social em dados objetivos.

A Associação Diferencial foi a primeira tentativa de explicar os crimes do colarinho branco na criminologia e revelou, mesmo com uma base ainda incipiente, que há indicações de que o comportamento do ofensor nesses crimes não é apenas determinado por escolhas racionais e neutras, mas sofre influências de definições favoráveis para se cometer crimes. Nesse contexto, a privação de liberdade de longa duração, combinada com a alta ineficiência do sistema penal, não pode cumprir a expectativa de interferir no nível de criminalidade, pois será apenas mais um argumento desfavorável a ser ignorado no processo de aprendizagem.

3.2 Anomia

A teoria da Anomia, elaborada por Robert Merton em 1938, é uma das mais conhecidas da sociologia criminal e, embora sua formulação original tenha se voltado para os crimes comuns (foi elaborada antes dos estudos de Sutherland), seus desdobramentos posteriores tornaram possível estender seus princípios aos crimes do colarinho branco.

Para a teoria da Anomia, o crime em um nível estável é um fato normal em qualquer sociedade. Então, por meio da observação das estruturas de uma dada sociedade, é possível entender as características de sua criminalidade e em que nível ela é normal

ou disfuncional. Nesse contexto, uma abrupta elevação do nível da criminalidade é considerada uma patologia, uma disfunção. A teoria da Anomia inicialmente analisou a criminalidade dos Estados Unidos do final nos anos 1930, que era considerada disfuncional: crimes patrimoniais, cometidos por indivíduos das classes mais baixas, concentrados em bairros desorganizados (*slums*). Posteriormente, nos anos 1980, a teoria foi expandida para explicar os crimes do colarinho branco e a criminalidade em outras sociedades capitalistas pela segunda geração de sociólogos da Anomia, como Messner, Rosenfeld e Passas.

O sociólogo Robert Merton apresentou a teoria da Anomia pela primeira vez em 1938 em um artigo denominado “Estrutura Social e Anomia”, onde inicialmente ele refuta explicações biológicas para a criminalidade, afirmando que o crime é algo externo ao indivíduo, criado pela sociedade, com diferentes características e variações, de acordo com valores predominantes que são próprios de cada organização social. Para Merton, o crime ocorre porque é a estrutura social que cria as circunstâncias que levam indivíduos a violar regras, ou seja, sob certas condições sociais, um delito pode ser considerado uma resposta individual esperada e previsível. De acordo com essa teoria, entre vários elementos que existem na estrutura social e cultural, dois são importantes para esta análise: a definição cultural de metas e os meios institucionais para alcançá-las. Ele define essas duas variáveis da seguinte forma:

A primeira (estrutura) consiste em metas, propósitos e interesses culturalmente definidos. Ela compreende um conjunto de referências de aspiração. Essas metas são mais ou menos integradas e envolvem variados graus de prestígio e sentimento. Elas constituem o componente básico mas não exclusivo do que Linton apropriadamente chamou *projetos para vida em grupo* [...]. A segunda estrutura social define, regula e controla os meios aceitáveis para se alcançar essas metas. Todo grupo social invariavelmente liga essa escala de procedimentos às suas metas. [...] A escolha por expedientes é limitada pelas normas institucionais. (1957, p. 132-133, tradução nossa).

Embora ambas as estruturas sejam igualmente importantes, a ênfase dada a certas metas culturais é mais intensa do que a atenção dada aos meios institucionalizados para alcançá-las. Conseqüentemente, essa situação pode produzir uma pressão intensa para a sua conquista, sem respeito aos os meios legítimos. Nessas condições, o comportamento criminoso pode ser considerado um sinal de dissociação entre aspirações culturais e meios institucionais para alcançá-las, isto é, a alta taxa de crimes é um produto de uma sociedade que prioriza as metas culturais sem dar a mesma importância às normas de procedimento para alcançá-las. A falta de equilíbrio entre essas estruturas faz indivíduos se comportarem orientados apenas pela eficiência dos seus atos na busca das metas culturais, por meios legítimos ou ilegítimos. Esse processo de contínua negligência das normas institucionais gera a situação social de anomia.

A sociedade americana nos anos 1930, para Merton, priorizava o sucesso financeiro, sem dar a mesma ênfase aos meios legítimos para alcançá-lo (1957, p. 136). O dinheiro é um fim em si mesmo e pode proporcionar a qualquer um que o acumule o prestígio e as facilidades disponíveis para as pessoas ricas. O sucesso financeiro é acessível a qualquer um (*American Dream*) e, mesmo quando obtido por meios ilícitos, pode resultar em benefícios sociais e *status*. De acordo com Merton, o sucesso financeiro não tem limite, é sempre possível se conquistar mais. Essa meta cultural foi incorporada em todas as estruturas sociais – escola, família, religião, empresa – responsáveis pela formação dos princípios morais da sociedade. Nessa perspectiva, a principal virtude da sociedade americana – a ambição – promove também seu principal vício – o comportamento criminoso (1957, p. 136).

Depois dos estudos de Sutherland, Merton mencionou os crimes do colarinho branco nas revisões do seu artigo, embora não o tenha feito de forma mais aprofundada. Ele afirma que os crimes do colarinho branco são uma resposta à pressão por sucesso financeiro, assim como a criminalidade tradicional. Em outras

palavras, sustenta que a existência dos crimes de colarinho branco é apenas mais uma consequência da pressão para alcançar as metas do êxito econômico refletida no mundo dos negócios. Executivos que cometem crimes se submetem à pressão pelo sucesso financeiro sem seguir os meios legítimos prescritos, que não são reforçados pela estrutura social (1957, p. 141). Para Messner e Rosenfeld, a teoria de Merton pode ser interpretada para explicar o comportamento do criminoso do colarinho branco, na medida que se identificam as mesmas condições de pressão agindo sobre esse agente (ênfase nas metas culturais sem a correspondente exigência de obediência aos meios institucionais). Os diretores de empresas estão constantemente expostos a uma demanda intensa por lucros e resultados positivos, em uma atmosfera de extrema competição e individualismo. Nessas circunstâncias, há um aumento nas chances de se adotar uma resposta ilegal, da mesma forma que ocorre nas classes mais baixas da sociedade (2001, p. 55). Niko Passas entende que a vida nas classes mais altas também é afetada pela anomia, inclusive, com o auxílio da mídia, que mostra anúncios que contribuem para um constante desejo por uma vida de luxo (1997, p. 76).

A teoria da Anomia é ainda uma das mais influentes explicações criminológicas para os crimes. Ela foi criticada pela Criminologia Radical, que a considerava conservadora¹³, e pelo Realismo de Esquerda¹⁴, que a considerava muito radical. De fato, embora seus princípios expliquem a criminalidade patrimonial mais do que outras espécies de crime, a teoria da Anomia expandiu a análise do fenômeno criminal para algo externo ao indivíduo, isto é, a sociedade, seus valores e sua cultura. Nessa perspectiva, os crimes do colarinho branco não podem ser tomados como uma escolha racional e neutra de pessoas movidas pela busca do prazer, nem, do lado oposto, por indivíduos biologicamente anormais. A decisão de praticar um crime em uma sociedade capitalista, onde a

13 Ver TAYLOR; WALTON; YOUNG (1996).

14 Ver LEA; YOUNG (1990).

pressão pelo sucesso econômico afeta todas as classes sociais, é uma resposta normal a condições de falta de ênfase em princípios morais necessários para alcançar metas culturais (anomia), uma atmosfera egoísta e de constante sedução por artigos de luxo.

Nesse cenário, as longas penas privativas de liberdade para criminosos do colarinho branco não se justificam como uma política criminal eficiente. Se as raízes do crime estão situadas nos valores presentes nas estruturas sociais, eles é que devem ser combatidos, ou seja, a falta de controle moral para alcançar o triunfo num ambiente capitalista é que deve ser enfrentada. A simples adoção de uma política de coerção, combinada com a alta ineficiência do sistema penal, é medida que não deriva dos princípios dessa teoria por não levar em consideração a complexidade dos fatores sociais que exercem influência no comportamento humano.

3.3 Criminologia cultural

A Criminologia Cultural é a tentativa mais recente de interpretar o comportamento de criminosos, dos órgãos formais e informais de controle, das vítimas e de outros componentes do crime no contexto da modernidade tardia (FERRELL et al., 2008, p. 16). A modernidade tardia é uma era de características próprias – como Young enumera,

a migração e o turismo em massa, a *flexibilidade* do trabalho, a quebra da comunidade, a instabilidade da família, o crescimento de realidades virtuais e da referência da mídia como parte de um processo de globalização cultural, o impacto do consumo de massa, e a idealização do individualismo, da escolha e da espontaneidade (2007, p. 1, tradução nossa).

Nesse contexto, o ato criminoso pode ter vários significados, diferentes daqueles que tinha no passado. O elemento emocional do crime bem como as questões referentes à identidade pessoal e poder em sociedades complexas são o foco da Criminologia Cultural.

Além disso, ela faz uma revisão da teoria da Anomia – que foi elaborada nos anos 1930, num cenário de modernidade tardia onde vários outros fatores de pressão e novos elementos (como mídia, Internet e outras tecnologias) influenciam a transmissão de informação e valores, agora de forma global.

A questão do sucesso, analisada pela teoria da Anomia, num mundo de consumo em massa, tem um novo e profundo significado, ou seja, é parte da identidade das pessoas, como afirma Young: “a realização pessoal, a noção de construção de uma narrativa e destino próprios, se torna um ideal dominante” (2007, p. 30, tradução nossa). Na modernidade tardia, há uma constante insegurança em relação ao aspecto econômico em todas as classes sociais, uma vez que o estilo de vida (carro, moradia, férias, plano de saúde, educação) e a própria história pessoal dependem do sucesso financeiro. A ameaça de perder tudo, ou, ao menos, o *status quo*, é uma causa de permanente ansiedade, o que é um traço característico da atualidade. Para a Criminologia Cultural, o crime representa um ato de revolta contra estas limitações impostas pela rotina, uma tomada voluntária de risco num mundo cheio de pressão e tédio, o que significa exatamente o oposto do que pregam as teorias da Escolha Racional, que servem de base para as políticas de prevenção geral. Como Young ressalta,

o importante aqui é uma criminologia que insiste em que, num mundo de narrativas quebradas, onde a insegurança econômica é ontológica, [...] os atores estão longe de ser os pálidos seres que calculam as melhores manobras para minimizar riscos e maximizar contentamento [...] O crime tem sua emoção, seu drama, sua sedução, e a pena, de forma similar, tem sua vingança, sua hostilidade e traz satisfação. (2007, p. 20, tradução nossa).

Os crimes do colarinho branco, quando inseridos nesta realidade, podem ser vistos como atos complexos e significativos. Como foi exposto, a pressão constante por uma carreira de sucesso na modernidade tardia tem um sentido mais amplo, pois é parte da

narrativa individual, da própria identidade da pessoa. Ao mesmo tempo, todas as restrições necessárias para manter esse padrão de vida – como a insegurança dos postos de trabalho, a intensidade do trabalho, ambiente competitivo e sacrifício do tempo com a família – tornam a vida tediosa e previsível. O ato criminoso, incluindo o crime do colarinho branco, pode ser interpretado como uma revolta individual contra essa disciplina rígida que torna a vida tediosa e ordinária. A sedução de obter sucesso financeiro e todos seus benefícios, que às vezes não podem ser alcançados pelo modo rotineiro, é importante e deve ser considerada. Sobretudo, a emoção de assumir riscos, de transgredir regras, pode ser especialmente atraente no mundo corporativo, onde a recompensa é grande e a excitação envolvida pode ser intensa. Por isso, penas de longa duração privativas de liberdade não parecem exercer influência neste cenário de modernidade tardia, ou ao contrário, poderiam mesmo atuar como mais um elemento subjetivo a impulsionar o comportamento criminoso.

Por fim, a Criminologia Cultural também interpreta o significado do controle e da pena na modernidade tardia, em especial do crescente discurso por penas severas na sociedade, principalmente na classe média. *Sociologia da vingança* é o nome dado a este fenômeno, e, para a Criminologia Cultural, ele ocorre porque a classe média é a que mais se submete a sacrifícios para manter seu padrão de vida, o que gera um constante sentimento de frustração. Como Young ressalta,

Sobreviver no mundo moderno demanda muito esforço e autocontrole. Não apenas a insegurança nos postos de trabalho e os baixos salários pagos são usuais, mas as longas jornadas de trabalho – horas extras são comuns e um sinal de responsabilidade e comprometimento com o trabalho –, pouco convívio com as crianças – costuma-se dizer tempo *de qualidade* com os filhos como um eufemismo para *pouco tempo* – e os curtos fins de semana, com diversão associada geralmente com ajuda do álcool. A dualidade trabalho x família cada vez mais se torna regra, com o plane-

jamento rigoroso de ambos os calendários (adultos e crianças). (2007, p. 42-43, tradução nossa).

Por isso, essas pessoas, que têm que aceitar este sacrifício e descontentamento, sentem-se furiosas quando *ofensores* tentam obter vantagens ilícitamente, ou seja, alcançar os mesmos benefícios sem ter que passar pelas mesmas restrições, o que parece injusto e desproporcional a suas virtudes. Nessa perspectiva, o clamor por penas mais severas opera como uma demanda por vingança, ou seja, toda a frustração com a vida entediante que as pessoas comuns têm que suportar para ter alguma recompensa se converte em ódio contra aqueles que não a levam em consideração. Para satisfazer essa mistura de sentimentos de raiva, frustração e inveja, a demanda por penas mais duras é uma resposta penal repleta de conteúdo emocional. Portanto, para a Criminologia Cultural, tanto o comportamento criminoso como a prática da punição são fortemente influenciados por sentimentos e paixões, o que basicamente é uma visão oposta à adotada pela Criminologia *Administrativa*, que dita a política criminal da prevenção e a adoção da pena de longa duração privativa de liberdade.

4 Economia política

A ideia de que fatores econômicos e políticos têm influência na criminalidade e seu controle vem de tempos remotos¹⁵, o que não implica dizer que as causas do crime são puramente estruturais e a responsabilidade individual deve ser eliminada. Além disso, a perspectiva econômica pode ser considerada como parte de um complexo de fatores que, juntamente com outros de natureza moral, individual, cultural e social, interferem na decisão de se cometer um crime. A melhor descrição da importância dessa atuação concomitante de circunstâncias é, de acordo com Reiner (2007,

15 Reiner menciona a etimologia de palavras antigas como *vilão* e *rogue* (trapaceiro) como exemplos de reflexos da economia em termos usados pelas ciências criminais (2007, p. 341).

p. 343), exposta por Taylor, Walton e Young, no que eles denominam de *completa teoria social do crime*, que deve incluir o estudo:

1) das causas remotas do ato desviante, ou a *economia política do crime*; 2) das causas imediatas do ato desviante ou a *psicologia social do crime*; 3) do ato criminoso em si; 4) das causas imediatas da reação social ou *psicologia social da reação social*; 5) as causas remotas da reação ao ato desviante ou *economia política da reação social*; 6) o resultado da reação social em atos desviantes futuros; 7) a natureza do processo de criminalização como um todo. (1973, p. 270-277, tradução nossa).

Os estudos de economia política e suas explicações para as tendências da criminalidade e da reação social têm sido negligenciados desde as últimas décadas do século XX. Atualmente, a política criminal tem sido dominada por medidas de curto prazo que visam apenas as causas imediatas do crime e o crime em si¹⁶, enquanto as causas remotas do crime e da reação social têm sido deixadas em segundo plano. Neste último tópico, serão examinados alguns aspectos da economia política no comportamento criminoso e na reação social. Tentaremos demonstrar que a política da *Lei e Ordem* que está por trás dos discursos punitivos contemporâneos não está em harmonia com os princípios do Estado Democrático de Direito.

4.1 Discurso de intimidação

Uma das principais características do discurso penal da atualidade (e objeto deste estudo), o uso da pena como coerção é fundado na Escola Clássica da criminologia. Essa tendência reflete o modo mais tradicional de atuação estatal, baseada no poder de soberania. Depois de uma fase de pessimismo que dominou os anos 1970 e do fracasso do Estado de Bem-Estar Social, o discurso conservador punitivo voltou a se fortalecer como resultado de um ceticismo da sociedade com relação à autoridade do Estado no campo criminal.

16 As penas de longa duração privativas de liberdade são um exemplo típico dessa política criminal.

Nesse contexto, a teoria Clássica, que é a base do discurso preventivo, foi restaurada mesmo consciente de todas as evidências de que os índices de criminalidade não se alteram com o aumento da pena e o fortalecimento do Estado policial¹⁷. De acordo com Garland, a politização dos problemas criminais tem uma influência definitiva nessa *nova* realidade.

Como as questões a respeito de crime e pena foram muito cobradas nos debates eleitorais, os partidos de governo e oposição competiram para estabelecer suas credenciais como sendo duros com o crime, preocupados com a segurança pública e capazes de restaurar a moralidade, ordem e disciplina em face das mudanças sociais corrosivas da modernidade tardia. E enquanto a agenda neoliberal de privatizações, mercado competitivo e contenção de gastos caracterizou a reforma administrativa, foi uma diferente agenda neoconservadora que ditou as características da política criminal. Ao invés de conhecer os limites da soberania e se adaptar a eles, o pensamento que dominava os altos escalões do governo foi o de restaurar a confiança da sociedade na justiça criminal destacando valores de disciplina, responsabilidade individual e respeito pela autoridade (2001, p. 131-132, tradução nossa).

Essas políticas são responsáveis pela elevação do número de prisioneiros nos Estados Unidos e na maioria das democracias ocidentais (como o Brasil), que sofrem com o fenômeno do encarceramento em massa. No entanto, essas políticas são aprovadas pela maioria da sociedade, que as vê como presença do Estado policial que realiza todos os esforços possíveis para combater o crime. De fato, as políticas criminais de rigor não conseguem gerar uma redução estável no nível da criminalidade, pois o aspecto moral do crime, as inclinações e sentimentos pessoais bem como as causas remotas do crime não são levados em consideração. Os benefícios de curto prazo algumas vezes observados são alcançados com o sacrifício de

17 A política do *prison works*, as medidas compulsórias, a *guerra contra as drogas*, *Megan's law*, o *three strikes* são exemplos dados por Garland de políticas que reforçam a racionalidade da intimidação e a força do Estado no campo criminal (2001, p. 133).

direitos fundamentais, como ocorre na incapacitação em massa de jovens, pobres, afro descendentes, gerando mais dor e estigmatização.

Com relação aos crimes do colarinho branco, essa intolerância com a criminalidade, o discurso populista da mídia e dos políticos bem como a desilusão com as medidas de reabilitação têm se mostrado presentes. De fato, a ocorrência dos grandes escândalos como o da Enron, WorldCom e Maddoff e a conseqüente exposição em larga escala dessas histórias nos meios de comunicação reforçaram o já presente sentimento de vingança e ansiedade peculiares da sociedade contemporânea. Então, a criminologia do cotidiano, que tem sido usada tradicionalmente como fundamento para medidas de política criminal, se fortalece. O diretor de empresa, racional e de sangue frio, que normalmente comete crimes apenas para acumular mais dinheiro e prestígio, agora é o alvo da ira social e ele não mais será tratado com leniência, como Sutherland costumava alegar. As sentenças rigorosas, assim como nas classes mais desfavorecidas, abarcará também os criminosos do colarinho branco.

4.2 Lei e Ordem (*law and order*)

Como foi exposto, a política de rigor penal da Lei e Ordem pode ser explicada em termos de tendências gerais por meio de uma perspectiva histórica. O aumento da taxa de crimes, iniciada na década de 1950, foi uma consequência do crescimento econômico que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, causada principalmente pela expansão do capitalismo e o crescimento da produção e consumo de mercadorias portáteis de alto valor, o que gerou o aumento dos alvos de crimes patrimoniais. O elevado valor dos produtos e a exigência de registro de ocorrência policial de furtos e roubos por parte das seguradoras também foram fatores relevantes na elevação das estatísticas oficiais de crimes patrimoniais (REINER, 2009). Além disso, a ideologia neoliberal do individualismo associada à pressão pelo sucesso financeiro deu início a um permanente estado de anomia entre os cidadãos de todas as classes sociais, e, sobretudo, o comportamento egoísta, incentivado por essa cultura, fez

enfraquecerem ainda mais os controles sociais informais (internos e externos) bem como influenciou o comportamento criminoso.

Depois dos anos 1970, os estudos criminais de economia política entraram em crise, pois as taxas de crimes insistiam em subir apesar de todos os esforços e investimentos feitos pelo Estado de Bem-Estar Social. Conseqüentemente, no campo da criminologia, o Realismo de Esquerda defendia medidas urgentes de combate ao crime, embora não negasse a existência de causas remotas para o fenômeno (LEA; YOUNG, 1990). Nesse cenário, também chamado *crise etiológica*, o movimento de Lei e Ordem surgiu como uma resposta possível para o forte sentimento de insegurança da população. O fortalecimento da polícia e do sistema de justiça criminal como solução para o controle da criminalidade foi amplamente aceito pela sociedade. O problema da criminalidade não mais era visto como consequência das estruturas sociais, mas como decisões individuais e racionais, as quais poderiam ser combatidas com medidas de intimidação.

Garland resume a ideologia da Lei e Ordem em alguns sinais de mudança, tais como: o declínio do ideal da reabilitação, o ressurgimento das sanções punitivas e da justiça expressiva, a mudança no tom emocional da política criminal (redramatização do crime), o retorno da vítima ao centro da política criminal, a ênfase na proteção da população, a politização e o novo populismo no discurso sobre crime e controle, a reinvenção da pena privativa de liberdade (como pura incapacitação), a transformação do pensamento criminológico (criminologia do cotidiano), a expansão da infraestrutura de prevenção de crimes e segurança da comunidade, o envolvimento da sociedade civil e a comercialização do crime e controle, os novos meios de gerência e práticas que perpetuam o sentimento de crise, perda da confiança nos profissionais e estudiosos do sistema de política criminal (2001, p. 6-20).

Embora as taxas de crimes em geral tenham-se mantido estáveis desde os anos 1990 (REINER, 2009), a política da Lei e Ordem

não foi afetada; mas, sobretudo, foi considerada a responsável por este aparente sucesso e conseqüentemente nos dias de hoje parece ter poucas chances de ser abandonada. Por isso, no debate acadêmico, há um constante pessimismo em reverter essa tendência. Para Michael Tonry (2004) esse rigor penal observado recentemente é uma característica de um ciclo de intolerância que se tem desenvolvido nas sociedades ocidentais, conduzido principalmente pelo pânico causado pelo medo do crime, associado às narrativas de tragédias que a mídia faz. No entanto, ele considera que o sistema penal americano responde de forma diferente a esses estímulos, de um modo mais punitivo, porque é mais politizado e suscetível à sensibilidade da população do que outros países ocidentais¹⁸, pois

a maior parte dos acusadores são eleitos e aqueles que não são terminam por ser escolhidos por critérios dos partidos políticos. A maioria dos juizes estaduais são eleitos. E ninguém poderia negar que as indicações de juizes federais são fundamentalmente partidárias e políticas (2004, p. 9, tradução nossa).

Contudo, Tonry é otimista e acredita que esse ciclo de intolerância esteja em declínio:

A humanidade vive ciclos através dos tempos que a habilitam a compreender a história, e não repetir os mesmos erros e excessos. Muitas bruxas e hereges foram queimados para posteriormente a população se arrepender e perceber que não é necessário queimá-los novamente e se arrepender. Esta lição deveria ser aprendida para seu próprio bem, e provavelmente, nas nações ocidentais, ela o foi. Lições similares podem e serão aprendidas sobre tolerância quanto à diversidade sexual, uso de substâncias tóxicas e punição de ofensores (2004, p. 84, tradução nossa).

Por sua vez, Robert Reiner é mais pessimista sobre as mudanças na política de Lei e Ordem, uma vez que entende que as raízes

¹⁸ Como França e Alemanha, por exemplo, onde a justiça criminal é dominada por uma burocracia mais técnica.

da criminalidade contemporânea estão ligadas à economia política, e ele não vê qualquer perspectiva de modificação em suas bases num curto prazo, pois, “a menos que haja alguma mitigação do neoliberalismo, e na desigualdade e no egoísmo que ele traz, não há esperança de eliminar as pressões que elevam a ocorrência de crimes e sustentam a política da Lei e Ordem” (2008, p. 171, tradução nossa). No mesmo sentido, Cavadino e Dignan, que elaboraram um estudo comparativo de práticas penais entre quatro diferentes modelos de sociedades com base em suas características de economia política, também associam o neoliberalismo com penas rigorosas e estigmatizantes. Eles afirmam:

no interior de sociedades neoliberais, não apenas as atitudes da população perante os violadores da lei são mais punitivas e intolerantes, como observamos, mas também elas são mais suscetíveis a serem moldadas por uma mídia privada e orientada ao mercado, e por políticos populistas (2006, p. 31, tradução nossa).

Eles acreditam que estas tendências permanecerão no futuro próximo, uma vez que as circunstâncias que estão ligadas à política da Lei e Ordem, como a globalização neoliberal, o populismo na política e na mídia, a falta de confiança no Estado e o individualismo, devem permanecer nas sociedades contemporâneas.

Com base nessa perspectiva histórica, o fenômeno das elevadas penas privativas de liberdade pode ser visto como parte de uma ampla tendência de recrudescimento da política criminal trazida pela ideologia da Lei e Ordem. Essas medidas não derivam de ideais democráticos ou princípios liberais, mas de um ciclo de intolerância que se espalhou pelas sociedades ocidentais orientado pelos valores neoliberais e discursos populistas de políticos e da mídia. Portanto, essas práticas não têm legitimidade numa concepção humanística e de dignidade da pessoa, elas são apenas respostas emocionais num momento histórico de características peculiares. Como Cavadino e Dignan afirmam, “a busca por uma pena humana e racional está intimamente ligada à luta por uma sociedade humana em termos gerais” (2006, p. 342, tradução nossa).

5 Conclusão

De forma abstrata, não se pode dizer que exista um sistema de política criminal certo ou errado, ou seja, o modelo de criminalização e punição que uma determinada sociedade adota é uma decisão política. No entanto, até mesmo as decisões fundamentais, em Estados Democráticos de Direito, devem observar alguns limites que são estabelecidos pelos princípios de organização do Estado e estão relacionados com o reconhecimento da liberdade individual e de um núcleo mínimo de direitos fundamentais, expressos em tratados internacionais¹⁹. Então, com base nesses valores, compartilhados pela grande maioria das democracias ocidentais, há alguns parâmetros que devem ser respeitados pelos diversos sistemas de justiça criminal.

Herbert Packer (1964) constrói dois modelos de justiça penal que refletem duas diferentes concepções sobre as funções do Direito Penal. O primeiro, chamado modelo de Controle do Crime, considera a repressão das condutas criminosas como o principal objetivo da justiça criminal, isto é, se o sistema não é eficiente, a sociedade não irá mais confiar nele. Para esse modelo, os altos níveis de privações de liberdade e condenações são o principal objetivo e por isso adota a presunção de culpa como princípio. Por outro lado, no sistema do Devido Processo, a possibilidade de erro no processo penal é seriamente levada em conta, uma vez que a perda da liberdade e o estigma da condenação são severas consequências impostas pelo Estado ao indivíduo condenado. Então todas as garantias relacionadas com a justiça do processo e as oportunidades de defesa devem ser observadas. Embora esse estudo tenha sido criticado²⁰, ele revela duas possíveis tendências no centro do Direito Penal e os princípios que as respaldam.

19 Como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembleia Geral da ONU de 1948; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1978), da OEA; e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), do Conselho da Europa.

20 Ver ASHWORTH; REDMAINE (2005).

Sanders e Young entendem que a função do sistema criminal é promover a liberdade, o que pode significar a liberdade de fruir de seus bens, de caminhar nas ruas sem medo etc (2007, p. 45). Logo, em todos os aspectos, desde a decisão de criminalizar uma conduta até a imposição de uma pena a alguém, a ênfase na liberdade deve ser o foco da política criminal. Para Sanders e Young, dado que a pena não pode desfazer o mal causado pelo crime e que ela necessariamente requer o sacrifício da liberdade, todas as etapas do processo de criminalização deveriam ser propriamente justificadas. Eles alertam que

isso [a meta de liberdade] não envolve abandonar o controle do crime, a prevenção, a preocupação com os direitos de suspeitos e vítimas, ou o custo-benefício. Ao contrário, ela nos habilita a perseguir todas estas finalidades em diferentes extensões e caminhos distintos, de acordo com o contexto em que se encontram (2007, p. 52).

Assim, embora reconheçam que essa filosofia inclusiva não possa ser implementada inteiramente neste momento, porque a política criminal é em certa medida dependente de escolhas políticas, Sanders e Young consideram importante expor o seu potencial (2007, p. 53, tradução nossa).

Cavadino e Dignan dividem as possíveis finalidades do sistema penal em três diferentes categorias que eles denominam estratégias A, B e C. A estratégia A representa a concepção da justiça criminal ditada pela política da Lei e Ordem, isto é, uma tendência mais repressora que acredita que punições rigorosas são o melhor meio de lidar com a criminalidade, ou, como Cavadino e Dignan ressaltam, esta concepção de sistema penal gera penas que segregam, que causam estigma e rejeição dos ofensores enquanto membros da sociedade. Ademais, de acordo com eles, “uma estratégia governamental baseada nesta atitude envolve uma justiça criminal severa e mais punitiva em todos os aspectos” (2007, p. 6, tradução nossa). Diferentemente, a estratégia B busca aplicar os princípios gerenciais ao sistema criminal numa tentativa de fazê-lo mais eficiente e com maior custo-benefício. Na direção oposta, a estratégia C visa a pro-

teger os direitos humanos de criminosos e vítimas bem como tenta aplicar penas inclusivas que, sem negar a necessidade de uma pena justa e proporcional, enfatizem a reinserção do ofensor na comunidade. Cavadino e Dignan reconhecem que a política criminal oficial nos países ocidentais tem sido influenciada pelas estratégias A e B, o que eles acreditam não ser apropriado e razoável, como expõem:

Ambas as estratégias, A e B, falharam em resolver a crise do sistema penal até hoje, e de fato os efeitos da estratégia A têm exacerbado a crise a um ponto sem precedentes. [...] A estratégia A é tanto inefetiva quanto ineficiente em controlar o crime, enquanto isso sua imoralidade [em infligir penas excessivas] inevitavelmente cria uma crise de legitimidade. A estratégia B, por outro lado, é moralmente vazia e igualmente incapaz de legitimar a pena, a menos que suas técnicas de gestão estejam ligadas a – e estabelecidas a serviço de – uma ideologia moral válida, baseada em direitos humanos. Então, embora as dificuldades envolvidas sejam imensas, nós temos a firme opinião de que apenas a estratégia C tem alguma chance de dar uma solução real e duradoura a esta crise. Apenas uma estratégia sistemática que sustente um sólido respeito pelos direitos humanos poderá efetivamente criar a legitimidade cuja falta é a chave desta crise. E, de forma mais prática, apenas princípios que levem à proibição de sofrimentos humanos desnecessários, por meio da restrição do encarceramento a casos em que ele seja estritamente necessário, possibilitarão a diminuição do número de penas privativas de liberdade a níveis gerenciáveis e suportáveis. (2007, p. 382, tradução nossa).

Portanto, este estudo considera que a concepção do sistema criminal é uma decisão soberana, mas não uma escolha arbitrária, uma vez que em uma democracia os direitos individuais devem ser respeitados, pois formam as bases do Estado de Direito. Desse modo, uma política criminal que busca penas inclusivas pode ser considerada um meio moralmente aceito de preservar os valores de liberdade, autonomia individual e igualdade de direito e status entre os cidadãos. Embora algumas vezes esses princípios entrem em conflito com o discurso populista contemporâneo, devem prevalecer soluções que privilegiem a liberdade e a dimensão moral dos

indivíduos. As correntes estudadas fundamentam-se em diferentes teorias e da sua análise conclui-se que a busca de uma sociedade humana, justa e liberal, com a adoção do devido processo, tendo a liberdade como um fim, é o que propõe a estratégia C. E é com base nessa perspectiva que este estudo analisou a legitimidade das privações de liberdade por longo prazo como resposta para crimes do colarinho branco.

Dessa forma, adotada essa concepção de sociedade como cenário para a prática do Direito Penal, este artigo conclui que o discurso que defende penas de longa duração privativas de liberdade como resposta a crimes de colarinho branco não está legitimado nas teorias da pena nem nos principais estudos de criminologia e muito menos na economia política. As penas com caráter exemplar confrontam valores fundamentais do Estado Democrático de Direito por representarem um risco à dignidade da pessoa como foi aqui exposto.

É impossível se prever por quanto tempo esta situação prevalecerá, entretanto é importante que se reafirmem os princípios ideológicos das sociedades democráticas mesmo quando a maioria das pessoas parecem concordar com um Direito Penal severo. De fato, a política criminal tem sido cada vez mais influenciada pela opinião pública e consequentemente por argumentos emocionais e orientados pela narrativa da mídia bem como por políticos mal intencionados. Cavadino e Dignan enfatizam que

o público não pode ser excluído da elaboração da política criminal; pois se eles forem, suas vozes serão ouvidas por meio de políticos oportunistas. O desafio consiste em encorajar um debate público racional e bem informado sobre punição. A era da globalização traz alguns obstáculos à informação de qualidade como tabloides e spans de rápida leitura, mas certamente também traz algumas oportunidades. (2006, p. 342).

Este artigo pretendeu oferecer uma pequena contribuição a esse debate.

Referências

ASHWORTH, Andrew (2010) *Sentencing and Criminal Justice*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press.

ASHWORTH, Andrew (2009) *Principles of Criminal Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press.

ASHWORTH, Andrew (2007) “Sentencing” in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 990-1017.

BECKER, Gary (1976) *The Economic Approach to Human Behaviour*. Chicago: Chicago University Press.

BENSON, Michael L. (2001) “Prosecuting Corporate Crime: Problems and Constraints” in N. Shover & J. P. Wright (eds.) *Crimes of Privilege: Readings in White-Collar Crime*, Oxford: Oxford University Press, 381-391.

BENTHAM, Jeremy (2009) “Punishment and Deterrence” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. (eds.) *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 53-56.

BOTTOMS, A. E. & BROWNSWORD, Roger (2009) “Incapacitation and ‘Vivid Danger’” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts (eds.) *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 83-85.

BOX, Steven (1997) *Recession Crime and Punishment*. London: Macmillan.

BRAITHWAITE, John & GEIS, Gilbert (2001) “On Theory and Action for Corporate Crime Control” in N. Shover & J. P. Wright

(eds.) *Crimes of Privilege: Readings in White-Collar Crime*, Oxford: Oxford University Press, 361-380.

BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip (1990) *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press.

CAVADINO, Michael & DIGNAN, James (2007) *The Penal System: An Introduction*. 4th ed. London: Sage.

CAVADINO, Michael & DIGNAN, James (2006) *Penal System: A Comparative Approach*. London: Sage.

COFFEE, John & BERLE, Adolf A. (2007) "Law and Market: The impact of Enforcement" *Columbia Law and Economics Working Paper n. 304*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=967482.

COFFEE JUNIOR, John C. (1980) "'No Soul to Damn: No Body to Kick': An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment" in *79 Michigan Law Review*, 386-459.

COHEN, L. & FELSON, M. (1979) "Social Chance and Crime Rate Trends: A Routine activity Approach" in *American sociological Review*, 44, 588-608.

CRAWFORD, Adam (2007) "Crime Prevention and Community Safety" in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 866-909.

CROALL, Hazel (2001) *Understanding white collar crime*. Buckingham: Open University Press.

DOOB, A. N. & WEBSTER, C. M. (2009) "Studies of the Impact of new Harsh Regimes" in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 49-53.

DOOB, A.N. & WEBSTER, C.M. (2009) “Offenders Thought Processes” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 71-74.

DUBBER, Markus Dirk (1988) “The Right to be Punished” in 16 *Law and History Review*, 113-146.

DUFF, R. A. (2009) “Punishment, Retribution and Communication” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 126-134.

DUFF, R. A. (2001) *Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.

FERRELL, Jeff, Hayward, Keith & YOUNG, Jock (2008) *Cultural Criminology: An Invitation*. London: Sage.

FIELD, S. (1990) *Trends in Crime and Their Interpretation*. London: Home Office.

FIELD, S. (1997) *Trends in Crime Revisited*. London: Home Office.

FISHER, Jonathan *et al.* (2007) *The Law of Investor Protection*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press.

FRASE, Richard S. (2009) “Limiting Retributivism” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 135-142.

GARLAND, David (2001) *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press.

GARLAND, David (1996) “The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime and Control in Contemporary Societies” in *British Journal of Criminology* 36, 445-471.

GEIS, Gilbert (1988) "From Deuteronomy to Deniability: a Historical Perustration on White-Collar Crime". *Justice Quarterly* 5:7-32.

HALL, S. & MCLEAN, C. (2009) "A Tale of Two Capitalisms" in *Theoretical Criminology* 13 (3): 313-339.

HARLEY, Richard D. (2008) *Corporate Crime*. Santa Barbara: ABC-Clio.

HART, H. L. A. (2008) *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

HAYWARD, Keith & YOUNG, Jock (2007) "Cultural Criminology" in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 102-120.

HOLTFRETER, Kristy *et al* (2008) "Public Perceptions of White-Collar Crime and Punishment" in *Journal of Criminal Justice* 36, 50-60.

IVANICEVICH, John M. *et al* (2008) "Formally Shaming White-Collar Criminals" in 51 (5) *Business Horizons* 401-410.

JONES, Trevor (2007) "The Governance of Security: Pluralization, Privatization, and Polarization in the Crime Control" in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 841-865.

KATZ, Jack (1988) *Seductions of Crime: A Chilling Exploration of the Criminal Mind: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*. New York: Basic Books.

LACEY, Nicola (2008) *The Prisoner's Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press.

LACEY, Nicola (1988) *State Punishment: Political Principles and Community Values*. London: Routledge.

LEA, John & YOUNG, Jock (1990) *What Is To Be Done About Law and Order? Crisis in the Nineties*. London: Pluto Press;

LOCKER, John P. & GODFREY, Barry (2006) “Ontological Boundaries and Temporal Watersheds in the Development of White-collar Crime” in 46 (6) *British Journal of Criminology*, 976-992.

MATHIESEN (1994) “General Prevention as Communication” in R. A. Duff & D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 218-238.

MCBARNET, Doreen (2006) “After Enron Will ‘Whiter than White-Collar Crime’ Still Wash” in 46 *British Journal of Criminology*, 1091-1109.

MEEKS, Wilson (2006) Corporate and White-Collar Crime Enforcement: Should Regulation and Rehabilitation Spell an End to Corporate Criminal Liability? 40 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 77.

MERTON, Robert K. (1938) *Social Structure and Anomie*. 2nd ed. London: Free Press, 1957.

MESSNER, Steve & ROSENFELD, Richard (2001) *Crime and The American Dream*. 3rd ed. Belmont: Wadsworth Thomson Learning.

MITCHELL, Barry & FARRAR, Salim ed. (2010) *Blackstone’s Statutes on Criminal Justice & Sentencing*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press.

MOORE, Michael (2009) “The Moral Worth of Retribution” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 110-114.

MORGAN, Rob & LIEBLING Alison (2007) “Imprisonment: an Expanding Scene” in M. Maguire et al, eds. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1100-1138.

MORRIS, Norval (2009) “Incapacitation within Limits” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 90-94.

MORRIS, Norval (1994) “‘Dangerousness’ and Incapacitation” in R. A. Duff & D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 238-260.

MORRIS, Herbert (1994) “A Paternalistic Theory of Punishment” in R. A. Duff & D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 92-111.

MURPHY, J. G. (1994) “Marxism and Retribution”, in R. A. Duff & D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 44-70.

NELKEN, David (2007) “White-Collar and Corporate Crime” in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 733-770.

NEWBURN, Tim (2007) *Criminology*. London: Willan Publishing.

New York Central & Hudson River Railroad Co v. United States, 212 U.S. 481 (1909)

NORRIE, Alan (2000) *Punishment Responsibility and Justice: A Relational Critique*. Oxford: Oxford University Press.

PACKER, Herbert L. (1964) “Two Models of the Criminal Process” in *University of Pennsylvania Law Review* 111, 1-68.

PASSAS, Nikos (1997) “Anomie, Reference Groups, and Relative Deprivation” in N. Passas & R. Agnew (org.) *The Future of Anomie*. Boston: Northeastern University Press.

PERKINS, Rodney D. (2007) “Purposes-based Sentencing of Economic Crimes after Booker” 11 *Lewis & Clark La. Rev.* 521-537.

POSNER, Richard (2009) “Optimal Sanctions: Any Upper Limits?” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 64-70.

PUNCH, Maurice (1996) *Dirty Business: exploring Corporate Misconduct: Analysis and Cases*. London: Sage.

RAWLS, John (1999) “Two Concepts of Rules” in S. Freeman (ed.). *Collected papers*. Harvard: Harvard University Press, 20-46.

REINER, Robert (2008) *Law and Order: an Honest Citizen Guide to Crime and Control*. London: Polity.

REINER, Robert (2007) “Political Economy, Crime, and Criminal Justice” in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 341-380.

ROBERTS, Julian V & Hirsch, Andrew Von. “The Recidivist Premium: For and Against” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 148-162.

ROCK, Paul (2007) “The Sociological Theories of Crime” in M. Maguire et al (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 3-42.

ROTMAN, E. (1994) “Beyond Punishment” in R. A. Duff & D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 281-305.

SANDERS, Andrew & YOUNG, Richard (2007) *Criminal Justice*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

SIMPSON, Sally S. (2002) *Corporate Crime, Law, and Social Control*. Cambridge: Cambridge University Press.

SLAPPER, Gary & TOMBS, Steve (1999) *Corporate Crime*. London: Pearson Longman.

SUTHERLAND, Edwin H. (1983) *White Collar Crime: the uncut version*. Yale: Yale University Press.

SUTHERLAND, Edwin H. & CRESSEY, Donald R. (1960) “A Theory of Differential Association” in *Principles of Criminology*. 6th ed. Chicago: J. P. Lippincott.

TAYLOR, Ian (1999) *Crime in Context*. Cambridge: Polity Press.

TAYLOR, Ian; Walton, Paul & Young, Jock (1996) *The New Criminology: for a Social Theory of Deviance*. London: Routledge.

TONRY, Michael (2004) *Thinking about Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*. Oxford: Oxford University Press.

VOLD, G., Bernard, T. & SNIPES, J. (2002) *Theoretical Criminology*. 5th ed. New York: Oxford University Press.

VON HIRSCH, Andrew (2009) “Proportionate Sentences: a Desert Principle” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 115-125.

VON HIRSCH, Andrew (2009) “Deterrence” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing,

VON HIRSCH, Andrew (2009) “Seriousness, Severity and the Living Standard” in A. Von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts. *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*. 3rd ed. Oxford: Hart Publishing, 143-147.

VON HIRSCH, Andrew (1993) *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon Press.

VON HIRSCH, Andrew & JAREBORG, Nils (1991) “Gauging Criminal Harm; A Living Standard Analysis” in *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, 1.

WALKER, N. (1994) “Reductivism and Deterrence” in R. A. Duff & D. Garland (eds.) *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 210-217.

YOUNG, Jock (2007) *The Vertigo of Late Modernity*. London: Sage.

Cooperação Internacional

Esquemas e modelos de instrumentos normativos de cooperação internacional em matéria penal

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa

Procurador Regional da República. Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito e mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio.

Resumo: O aumento nas relações internacionais acarretou, além do esperado incremento nas interações sociais, o surgimento de uma nova criminalidade supranacional, sem fronteiras a limitá-la, como uma grande organização criminoso operando mundialmente. Esse fenômeno desafia o aumento da cooperação entre os Estados e Organizações que compõem a Sociedade Internacional. Este artigo tem por objetivo apresentar à comunidade jurídica brasileira o acordo tipo de assistência jurídica mútua adotado pela ONU, o Esquema Sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal implementado pela Comunidade Britânica e as Convenções Europeias sobre o tema.

Palavras-chave: MLAT Modelo. Esquema Sobre Auxílio Mútuo em Assuntos Criminais dentro da Comunidade Britânica. Criminalidade transnacional. Cooperação internacional. Convenções europeias.

Abstract: The growth of international relations resulting from the process of globalization, brought about, as an unwanted consequence, the strengthening of international criminal organizations. This phenomena defied a solution from the international community, which manifested as an increase in the legal instruments of international cooperation in criminal matters. This article aims, through a brief comparison of the respective international agreements, to present and correlate, to the Brazilian legal community, the Model MLAT, as adopted by the United Nations Organization,

the Scheme Relating To Mutual Assistance in Criminal Matters Within the Commonwealth, and the European Conventions on international cooperation in criminal matters.

Keywords: Model MLAT. Scheme Relating To Mutual Assistance in Criminal Matters Within the Commonwealth. Transnational crime. International cooperation. European conventions.

Sumário: 1 Introdução. 2 Modelos internacionais. 3 O Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT) Modelo da ONU. 4 O esquema relativo à Assistência em Matérias Criminais dentro da Comunidade Britânica. 5 A opção das convenções europeias. 6 A imbricação necessária entre os modelos internacionais e as convenções europeias. 7 Conclusão.

1 Introdução

A globalização econômica e o crescente aumento das relações interpessoais de caráter internacional levaram ao surgimento de uma nova criminalidade supranacional, sem fronteiras a limitá-la, como uma grande organização criminosa operando mundialmente (FRANCO; STOCO, 2004, p. 923). Essa criminalidade desafia a criação de novos instrumentos jurídicos aptos a universalizar e homogeneizar o seu combate. “[...] a extradição, o princípio da extraterritorialidade da justiça universal, a sentença penal estrangeira, as rogatórias, etc. devem ser reconceituadas [...]” (FRANCO; STOCO, 2004, p. 924).

A resposta à necessidade de instrumentos mais ágeis parece residir na possibilidade de acordos internacionais, de auxílio mútuo em matéria penal, incentivando a adoção de meios mais eficazes de fazer esse combate. Cada vez mais se verifica uma ênfase na colaboração direta entre os órgãos de persecução penal, a fim de evitar os atrasos criados pelo modelo tradicional de cooperação diplomática ou via autoridade central. A previsão de cooperação direta consta da maioria dos tratados internacionais que

cuidam do combate à criminalidade internacional, pelo menos desde 1988, quando foi adotada a Convenção de Viena Sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988, art. 7^o) e, mais recentemente, instrumentos como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, e o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional¹. Para auxiliar os Estados na formulação de pactos internacionais bilaterais ou mesmo multilaterais, entidades internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Comunidade Britânica criaram modelos ou parâmetros normativos destinados a formatar os acordos sobre o tema firmado por seus integrantes. Como se verá a seguir, os dois modelos partem de premissas distintas, embora compartilhem do mesmo intuito, qual seja, homogeneizar os acordos internacionais em matéria penal, permitindo uma maior eficácia no combate à criminalidade transnacional.

2 Modelos internacionais

Estritamente falando, as formalidades a serem empregadas no atendimento de pedido de auxílio em matéria criminal, no plano internacional, independem da existência de um acordo internacional regulamentando o modo de apresentação da solicitação. Quando os Estados envolvidos no pedido de cooperação não são partes de um acordo internacional, seja bilateral, seja multilateral, as diligências requeridas, como visto, poderão ser adimplidas de forma espontânea pelo requerido, com fundamento na *comitas gentium*, no próprio anseio do Estado requerido em alcançar o ideal de Justiça, ou mesmo com lastro na promessa de reciprocidade. No entanto, a praxe internacional dita que a forma pela qual a cooperação em matéria criminal se concretizará, inclusive no que

¹ Os artigos 86-99 e 26-28, respectivamente, do Estatuto do Tribunal de Roma e da Convenção Palermo, expressamente prevêm tal modalidade de cooperação judiciária internacional.

tange às diligências que os Estados concordam em adimplir, deve constar de cláusulas estipuladas em tratados internacionais.

O que explica essa praxe é justamente a necessidade de serem compatibilizadas as limitações à produção de prova existentes nos ordenamentos internos com o dever de os Estados colaborarem no combate à criminalidade internacional. A ponderação entre soberania e cooperação determina que os deveres dos Estados nesse plano estejam claramente definidos. É claro que, uma vez que um Estado se obriga a cooperar internacionalmente no combate à criminalidade, o princípio *pacta sunt servanda* impõe a tomada das providências cabíveis no plano interno de cada Estado para dar cumprimento a essa obrigação. Pelo Direito Internacional, cabe ao ordenamento do Estado responsável pela medida de cooperação regular a forma pela qual as diligências solicitadas deverão ser adimplidas, por se tratar de matéria de Direito Processual. No caso brasileiro, como afirmado, não existe um marco regulatório que permita a plena aplicação do artigo 27 da Convenção de Palermo, que impõe a cooperação direta entre os órgãos nacionais de combate à criminalidade.

Uma das soluções encontradas pela comunidade internacional foi a criação, por meio da Organização das Nações Unidas e do Secretariado da *Commonwealth*², de esquemas normativos e tratados tipos, isto é, instruções de elaboração e modelos de acordos internacionais destinados a compatibilizar as diversas medidas de cooperação internacional direta previstas pelo ordenamento internacional. Enquanto a ONU adotou, com base na experiência esta-

2 De acordo com o divulgado no seu sítio, o Commonwealth Secretariat foi inaugurado em 1965 e funciona como a principal agência intergovernamental da Comunidade Britânica, tendo por objetivo facilitar a cooperação e comunicação entre os governos e Estados que compõem a Comunidade. O Secretariado organiza encontros, reuniões, seminários e discussões políticas e técnicas, auxiliando no desenvolvimento de políticas públicas, além de providenciar assistência técnica no desenvolvimento social e econômico dos integrantes da Comunidade. The Commonwealth Secretariat Home. Disponível em: <http://www.thecommonwealth.org/Internal/191086/191247/the_commonwealth/>.

dounidense, o *Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters* (Tratado Modelo sobre Auxílio Mútuo em Matérias Criminais) e o respectivo Protocolo Opcional sobre os Frutos do Crime, a Comunidade Britânica assinou o *Scheme Relating to Mutual Assistance in Criminal Matters Within the Commonwealth* (Esquema relativo à Assistência em Matérias Criminais dentro da Comunidade Britânica).

3 O Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT) Modelo da ONU

A cooperação internacional direta em matéria penal sempre existiu. Pelo menos desde 1959, a Europa conta com um tratado de auxílio em matéria penal, a Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Criminal do Conselho Europeu, firmada em Estrasburgo em 1959, que, além das medidas tradicionais de cooperação internacional (v. g., rogatória, extradição), contém medidas de cooperação direta, como o auxílio mútuo entre autoridades encarregadas da persecução penal e mesmo entre autoridades judiciárias. Estas medidas se distanciam daquelas na medida em que, embora o objeto da diligência requerida possa ser o mesmo, dispensam o juízo de delibação e, portanto, a intermediação de outra autoridade que não as envolvidas na diligência.

No entanto, a expressão *mutual legal assistance* vem sendo empregada para referir-se às medidas de auxílio direto. A extradição e as cartas rogatórias já eram, há muitas décadas, institutos consolidados, objeto de inúmeros tratados internacionais, quando as atuais medidas de auxílio direto começaram a ser adotadas. A adoção dessas medidas deu-se justamente como uma resposta a necessidades que não eram supridas por aqueles instrumentos de cooperação internacional. Ante as dificuldades que caracterizam a celebração e a alteração de tratados e convenções multilaterais, a adoção de acordos bilaterais, regulando as medidas de auxílio direto em substituição ou acréscimo aos métodos tradicionais de cooperação, aparece como a solução ideal.

Os Estados Unidos, a partir de 1977, em acordo firmado com a Suíça, passaram a empregar os MLATs como formato preferencial de acordos de cooperação internacional em matéria criminal, justamente para substituir o modelo tradicional de cooperação. A opção norte-americana acabou por incentivar a formulação e a adoção de um acordo semelhante ao da ONU como forma preferencial de concretizar as medidas de auxílio direto. Como se extrai do próprio nome, o Tratado Modelo consiste num documento padrão, praticamente um contrato de adesão. É um documento feito para ser usado como uma base para a negociação de tratados bilaterais, como uma moldura aos acordos celebrados pelos Estados Membros das Nações Unidas (McCLEAN, 2002, p. 214). Por isso mesmo, a sua redação é simplificada, e pontos tidos como controversos ou de difícil concretização foram excluídos do seu texto (McCLEAN, 2002).

Note-se que o tratado modelo *não é um tratado, mas um modelo de tratado* e, como tal, sua adoção não é obrigatória. A intenção das Nações Unidas, como se extrai dos itens 1 a 6 da Resolução n. 45/117 da Assembleia Geral da ONU, foi incentivar a adoção dos *Mutual Legal Assistance Treaties* – MTATs – (Tratados Bilaterais de Auxílio Mútuo em Matéria Penal) ao fornecer uma moldura para ajudar os Estados interessados em concluir tratados bilaterais sobre cooperação criminal ou aperfeiçoar aqueles já em vigor (Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters).

Embora tenha hoje 22 artigos, o Tratado Modelo contava em sua redação original com 21 artigos, além de um Protocolo Adicional. O artigo 1º contém três parágrafos. Reza o parágrafo 1º que os Estados-Partes se obrigam a uma ampla cooperação em assuntos criminais, desde que o pedido de auxílio recaia sobre matéria sujeita a sua jurisdição. O parágrafo 2º do artigo 1º arrola as diligências que podem ser requeridas sob o Tratado. O parágrafo 3º retira do escopo de aplicação do Tratado a prisão para fins de extradição, a execução de decisões ou sentenças, com a exceção daquelas previstas no Protocolo Opcional, relativas ao confisco e perda de bens, a transferência de condenados presos para o cumpri-

mento de sentenças e a transferência de julgamentos de uma jurisdição para outra. As hipóteses em que há recusa ao cumprimento de solicitação feita com base no tratado são regidas pelo artigo 4º.

A primeira causa de recusa prevista pelo modelo reside na possibilidade de a diligência solicitada ofender a soberania, a segurança, a ordem ou o interesse público do Estado requerido. A segunda causa apta a ensejar a recusa é estar o requerimento de auxílio fundado em ilícito considerado político pelo Estado requerido. Em terceiro lugar, a recusa pode ocorrer quando houver elementos suficientes para acreditar que a persecução penal foi instaurada por razões de preconceito de raça, etnia, origem ou em função de opinião política. Da mesma forma, o pedido deverá ser recusado se o Estado requerido acreditar que o suspeito será prejudicado por algum desses motivos. A quarta hipótese de recusa se funda na ocorrência de litispendência ou coisa julgada. Em quinto lugar, se a diligência solicitada implicar na adoção de medidas coercitivas consideradas ilegais pelo Estado requerido, o pedido poderá ser recusado. A sexta causa apta a ensejar a recusa é estar o requerimento de auxílio fundado em ilícito militar.

O pedido de auxílio, no entanto, não poderá ser recusado com fundamento no sigilo bancário ou financeiro. A diligência requerida poderá ser adiada se a sua pronta execução se mostrar prejudicial à investigação em curso no país requerido. Ao invés de recusar ou atrasar a execução dos requerimentos de auxílio, o Estado requerido poderá submeter o adimplemento com o requerido a determinadas condições. De qualquer modo, as razões do atraso ou da recusa deverão ser sempre explicadas ao Estado requerente.

As formalidades concernentes às solicitações de auxílio são regidas por artigos espalhados no texto do modelo. O artigo 2º do modelo preconiza o respeito a acordos pré-existentes à celebração do MLAT. O artigo 3º cuida da designação das autoridades centrais. O artigo 5º dispõe sobre o conteúdo dos requerimentos, enquanto o 6º impõe o seu pronto atendimento. O artigo 7º trata

da devolução dos pedidos formulados, bem como de documentos e coisas que os tenham instruído. O artigo 8º limita a utilização do resultado das diligências às ofensas que justificaram o requerimento de assistência, enquanto o artigo 9º dispõe sobre a preservação do sigilo das diligências requeridas. O artigo 18, em sua redação original, tratava da dispensa de legalização dos documentos integrantes dos pedidos de assistência, agora regida pelo artigo 19. O custeio das diligências solicitadas, inicialmente regulado pelo artigo 19, passou a ser abrangido pelo artigo 20. O procedimento de consulta a ser realizado no caso de dúvida quanto à aplicação dos termos do tratado, anteriormente previsto pelo artigo 20, está hoje sujeito às disposições do artigo 21 e, por último, a forma de incorporação, data da vigência e denúncia do pacto, objeto da redação inicial do artigo 21, estão hoje contidos no bojo do artigo 22.

A partir do artigo 10, o Tratado Modelo da ONU especifica o conteúdo das diligências arroladas no § 2º do artigo 1º. Assim, o artigo 10 rege as medidas necessárias à notificação e citação. O artigo 11 trata da obtenção de provas, enquanto os artigos 13 e 14 regulam o auxílio de pessoas na persecução penal, inclusive por meio do seu comparecimento pessoal para testemunhar. O artigo 13 cuida especificamente do auxílio ao Estado requerente por pessoas custodiadas. O artigo 12 regula aqueles casos em que, pela lei do Estado requerido ou do solicitante, a pessoa convocada para testemunhar pode declinar de fazê-lo. O Modelo prevê ainda, em seu artigo 15, a concessão de salvo-conduto às pessoas, custodiadas ou não, que venham a entrar no território do requerente a seu pedido, para ajudar na persecução penal ou para testemunhar. O artigo 16 dispõe sobre a entrega de cópias de documentos e registros públicos e, por último, a busca e apreensão de provas é regida pelo artigo 17 do Modelo.

Com a adoção da Resolução n. 53/112 pela Assembleia Geral, o Tratado Modelo foi emendado, vindo a sofrer, além de pequenas alterações na sua redação original, a adição de um novo artigo 18, incorporando os dispositivos, até então no seu Protocolo Opcional, que regulavam, em seis parágrafos, a identificação, localização,

arresto, sequestro, busca, apreensão, perda, confisco e recuperação do produto do crime. Os artigos 19 a 21 foram então renumerados, a fim de que o Tratado Modelo passasse a contar com 22 artigos.

Ao final, a Resolução n. 53/112 recomenda aos membros da ONU a alteração de seus ordenamentos internos, a fim de viabilizar e agilizar a concretização de medidas de cooperação internacional direta. Além da adoção de um arcabouço legislativo que internalize a obrigação de cooperar, independentemente de ato normativo internacional, a ONU conclama a adoção de providências que facilitem o trâmite e a execução dos pedidos de cooperação, seja com a adoção de técnicas modernas de comunicação, seja com permissão da substituição processual do Estado requerente pelo Estado requerido perante as cortes nacionais. Para isso, a ONU exorta a adoção de normas que permitam a transferência de testemunhas custodiadas, punam o perjúrio e autorizem a prolação de decisões judiciais necessárias para a execução dos pedidos de auxílio, mesmo quando destinados a providências cautelares, como, por exemplo, a busca e apreensão (*Annex II Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*).

A Resolução n. 53/112 também enfatiza a necessidade de conclusão de novos tratados destinados a combater a criminalidade transnacional e sua constante atualização. Num plano de maior concretude, a resolução incentiva a adoção de pactos internacionais destinados a regular a divisão dos bens e valores confiscados entre os Estados-Membros. O produto dessas apreensões, por sua vez, deve ser destinado ao aparelhamento das instituições e ao treinamento dos agentes públicos envolvidos no combate à criminalidade internacional.

4 O Esquema relativo à Assistência em Matérias Criminais dentro da Comunidade Britânica

O *Scheme Relating to Mutual Assistance in Criminal Matters within the Commonwealth* (Esquema relativo à Assistência em Matérias Criminais dentro da Comunidade Britânica), firmado na capital

do Zimbábue, Harare, em 1986, é um conjunto de recomendações sobre medidas legislativas que devem ser tomadas pelos Estados integrantes da *British Commonwealth* no campo da cooperação internacional em matéria criminal (McCLEAN, 2002, p. 197). O esquema conta com 33 artigos e tem por objetivo declarado o incremento da prática e da abrangência da cooperação em assuntos criminais pelos Estados que integram a Comunidade Britânica, regulando a cooperação entre as autoridades competentes do Estado requerente e do Estado requerido (SCHEME, 1990, artigo 1º, §§ 1º e 2º). O Esquema não busca suplantiar os modelos de cooperação, oficiais ou não, já existentes; antes, procura complementá-los. Assim, os artigos 31 e 32 do Esquema preveem a possibilidade de consulta entre os Estados a fim de solucionar dúvidas que surjam quando da sua aplicação e, inclusive, adotar, de comum acordo, após a consulta, outras medidas que não estejam ali previstas (SCHEME, 1990, artigos 31 e 32).

Os artigos 13 e 14 do Esquema cuidam dos custos e das formalidades que devem ser observadas quando da formulação dos pedidos de auxílio, competindo ao artigo 23 regular a transmissão de documentos, registros ou bens necessários para o cumprimento do pedido de auxílio do Estado requerente para o Estado requerido e a sua posterior devolução. O artigo 24 rege a autenticação dos documentos que instruem o pedido e a resposta de auxílio em matéria penal. Já o artigo 11 resguarda o sigilo dos pedidos de auxílio, que somente poderão se tornar públicos em juízo ou mediante autorização da Autoridade Central do outro Estado, enquanto o artigo 12 limita o uso dos resultados das diligências à persecução das ofensas indicadas na solicitação de auxílio (SCHEME, 1990, artigos 13, 14, 23 e 24).

As principais formas de assistência em matéria criminal reguladas pelo Esquema são: a identificação e localização de pessoas; a notificação e a citação; a oitiva de testemunhas; a busca e apreensão; a obtenção de provas; a facilitação do depoimento pessoal de testemunhas; a transferência temporária de presos para a tomada de seu testemunho; a produção de registros judiciais ou oficiais; a locali-

zação, apreensão e confisco dos instrumentos e frutos do crime; e a preservação de dados telemáticos e informáticos. O Esquema, de forma explícita, recusa a sua aplicabilidade a casos de extradição ou de prisão para os fins de extradição (SCHEME, 1990, artigo 1º, §§).

O artigo 2º do Esquema informa que este se aplica aos países da Comunidade Britânica, assim entendidos os Estados soberanos e independentes e seus respectivos territórios, bem como os territórios que, embora não sejam dotados de soberania, não sejam considerados como dependentes dos primeiros (SCHEME, 1990, artigos 2º e 33). O auxílio pode ser solicitado desde que o Estado requerente informe que existe uma ação penal em curso ou que foi verificada a prática de um ilícito penal que possivelmente ensejará a instauração de uma ação penal. O esquema também tem por escopo regular o auxílio na existência de procedimentos cíveis ou criminais destinados a ocasionar a perda ou o confisco de bens e valores que, direta ou indiretamente, tenham servido de instrumentos do crime, ou sejam fruto da atividade criminosa, inclusive para assegurar o pagamento de pena pecuniária (SCHEME, 1990).

Os pedidos de quebra de sigilo telemáticos e dados informáticos são regulados pelo artigo 4º do Esquema, enquanto o artigo 5º trata da designação das autoridades centrais. O artigo 6º determina que o pedido de auxílio pode partir de qualquer autoridade dedicada ao combate da atividade criminosa, do Ministério Público ou da autoridade judicial competente, na forma da lei local. O pedido deverá ser transmitido à Autoridade Central, que deverá certificar-se de que este se enquadra nos preceitos do Esquema para, posteriormente, encaminhá-lo ao Estado requerido. Recebido o pedido de auxílio, o Estado requerido deverá prestar os auxílios solicitados, cabendo à Autoridade Central zelar, junto às autoridades locais, pelo cumprimento do pedido. A Autoridade Central deve, de forma explicada, informar prontamente à Autoridade Central do Estado requerente, caso exista razão para a recusa do pedido, que este não poderá ser atendido, no todo ou em parte, ou que haverá demora no atendimento da solicitação. O Estado requerido

pode, ainda, condicionar o pedido de auxílio à outorga de imunidade processual a determinada pessoa, ou ao exame, pela justiça do Estado requerente, sobre a existência de matéria privilegiada, isto é, cujo uso ou acesso em sede judicial deve ser restrito ou proibido (SCHEME, 1990, artigos 2º, 4º a 7º e 33).

O artigo 8º do Esquema vai além dessas condições e especifica as causas que justificam a recusa do Estado requerido em adimplir com o pedido de auxílio. A solicitação poderá ser recusada quando: a conduta investigada não constituir crime para o Estado requerido; tratar-se de ilícito de caráter político³ ou militar; o acusado ou suspeito já tiver sido absolvido da mesma acusação no Estado requerido; o conteúdo do pedido de cooperação for contrário à constituição, à segurança, às relações internacionais ou ao interesse público do requerido; e quando houver motivos suficientes para acreditar que a persecução penal se funda ou pode incentivar preconceito de raça, religião, nacionalidade ou opinião política. A recusa pode ser justificada ainda porque as medidas necessárias para dar cumprimento ao solicitado são consideradas ilegais pelo Estado requerido. O artigo 9º do Esquema limita a adoção de medidas coercitivas àquelas previstas na legislação do Estado requerido, mas obriga o requerido a providenciar as facilidades necessárias naqueles casos em que a pessoa objeto do pedido de cooperação voluntariamente se submeter às autoridades (SCHEME, 1990, artigos 8º e 9º).

Os artigos de 15 a 30, em sua quase totalidade, versam sobre a concretização das formas de auxílio elencadas no § 3º do artigo 1º do Esquema. O artigo 15 regula os pedidos de preservação de dados informáticos e telemáticos; o artigo 16 cuida da localização e identificação de pessoas; o artigo 17 trata da citação e notificação; o artigo 18 dispõe acerca da oitiva de testemunhas; o artigo 19 regula os pedidos de busca e apreensão; o artigo 20 rege a obten-

3 O § 4º do artigo 8º do Esquema explica que não será considerado como crime político o ilícito previsto em uma convenção internacional de que participem os Estados requerente e requerido e que gere para ambos a obrigação de extraditar ou processar criminalmente o ofensor.

ção de provas; o artigo 22 trata da obtenção de registros públicos e judiciais; o artigo 25 cuida do comparecimento pessoal das testemunhas no Estado requerido; o artigo 26 trata do comparecimento pessoal dos presos; e, por último, o Esquema dispõe ainda sobre a identificação, busca, apreensão e disposição dos instrumentos frutos do crime (SCHEME, 1990, artigos 15–30).

A transferência de presos e o comparecimento pessoal de testemunhas são objeto de especial atenção por parte do Esquema. O artigo 21 isenta as testemunhas de depor nos casos em que a legislação do Estado requerente ou do requerido as desobriga, e o artigo 27 confere a elas imunidade processual, impedindo que sejam processadas ou presas enquanto estiverem no território do Estado requerente em atendimento ao pedido de cooperação. Essas medidas se justificam na medida em que a ausência da proteção conferida por essas normas implicaria na produção de prova ilícita, no primeiro caso, e numa extradição indireta, no segundo.

5 A opção das convenções europeias

A Europa não adota um tratado ou esquema modelo, medida que, com o crescimento da União Europeia (UE), tenderia a ser ultrapassada pela legislação editada pelo Parlamento Europeu e pelo próprio tratado da União. Em vez disso, o sistema regional europeu de combate à criminalidade transnacional conta com uma série de tratados firmados sob a égide da União Europeia e do Conselho da Europa, organização internacional que antecedeu e coexiste com a UE, além de outras organizações já extintas, como a Comunidade Econômica Europeia e o Benelux. O Conselho, criado em 1949, conta com 47 países, enquanto a União Europeia tem origem na Comunidade Econômica Europeia fundada pelo Tratado de Roma, de 1957, transformada em União Europeia pelo Tratado de Maastricht, de 1992, e conta com cerca de 30 Estados. Ambas as organizações têm objetivos assemelhados e buscam a integração da Europa, econômica, social e politicamente.

No que concerne à cooperação internacional em matéria penal, os Estados europeus contam com um leque abrangente de pactos internacionais, desde a Convenção Europeia sobre Extradicação, de 1957, a Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Criminal do Conselho Europeu e posteriores protocolos adicionais, firmados em 1959 e 1978, até, mais recentemente, tratados como o Acordo de Schengen, de 1985, e a respectiva Convenção de implementação, de 1990, e, mais importante, a Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Criminal, de 2000. A Convenção da União Europeia sobre Assistência Mútua em Matéria Criminal, de 2000, veio acrescer ao disposto nos pactos anteriores, que já regulavam uma série de medidas de cooperação, tanto aquelas tradicionais como a extradicação e a carta rogatória, e como as mais modernas técnicas de cooperação direta. A Convenção de 2000, assim, ampliou o escopo do artigo 6º da Convenção anterior, desburocratizando a formalização de registros, documentos e diligências, como se deu, por exemplo, com a autorização de envio postal de documentos processuais.

Indo além, a cooperação jurídica penal direta entre autoridades não judiciais foi ampliada, com a adoção expressa de medidas de informação espontânea, regulada pelos artigos 6º e 7º da Convenção de 2000. Mais importante, talvez, tenha sido a adoção de instrumentos modernos para a instrução criminal como a tomada de depoimentos via videoconferência ou conferência por telefone (artigos 10 e 11), a possibilidade de emprego nos vários Estados integrantes da Comunidade da ação controlada (artigo 12), a utilização de agentes disfarçados em investigações criminais (artigo 14), a interceptação de telecomunicações (artigos 18-21) e a existência de provisão expressa sobre a formação de equipes internacionais de investigação (artigo 13). A Convenção da UE, como visto, foi além da regulação do mero auxílio indireto ao tratar dos instrumentos de ação direta para o combate à criminalidade transnacional. Assim, ao contrário dos modelos da ONU e da Comunidade Britânica, os pactos europeus são leis internacionais em vigor que regulam de forma concreta a cooperação regional em matéria criminal entre os seus aderentes.

6 A imbricação necessária entre os modelos internacionais e as convenções europeias

A análise do conteúdo do Modelo da ONU, do Esquema da Comunidade Britânica e dos pactos europeus revela duas preocupações comuns. A primeira é o fornecimento de instrumentos ágeis de combate à criminalidade transnacional, sem, no entanto, sacrificar as formalidades necessárias a garantir a legitimidade da prova produzida. A segunda é criar um marco jurídico comum para a cooperação penal internacional, permitindo que a comunidade internacional, com base em parâmetros normativos homogêneos, consiga aplicar de forma coerente e eficiente esses instrumentos.

Embora não se possa precisar de forma científica, a lógica parece impor a conclusão de que a causa dessa coincidência de desígnios é o fato de os Estados que integram a União Europeia e o Conselho Europeu, assim como os que compõem a Comunidade Britânica, serem todos integrantes da ONU, sendo certo, ainda, que muitos dos integrantes daquela Comunidade também integram as duas primeiras organizações internacionais. Além disso, todos esses Estados, de uma forma ou de outra, são vítimas notórias da criminalidade transnacional, como, por exemplo, o tráfico de drogas e pessoas no continente europeu ou o contrabando de diamantes africanos e de armas para a África, continente que conta com vários membros da Comunidade Britânica.

Além disso, cumpre apontar que os modelos da ONU e da Comunidade Britânica foram construídos sobre a experiência dos Estados-Partes da Convenção de 1959 na aplicação desse instrumento convencional (McCLEAN, 2002, p. 196 e 214). Essa experiência gerou não só os instrumentos europeus posteriores, mas permitiu o desenvolvimento e a universalização das medidas dos modelos, os quais, diga-se, ressaltam expressamente o seu caráter suplementar aos demais acordos em vigor ou que venham a ser firmados sobre o tema, sejam estes bilaterais ou multilaterais. Isso permite uma maior flexibilidade na incorporação dos instrumentos

de cooperação internacional, haja vista a diversidade de sistemas de persecução penal adotados pelos Estados nacionais.

Um exame dos dois modelos revela diferenças formais e substanciais. O modelo da ONU, como já afirmado, é quase um formulário padrão, um contrato de adesão que, com poucas adaptações, como a identificação dos Estados-Partes e o início de sua vigência, pode ser empregado por qualquer Estado interessado em celebrar um pacto formal de cooperação internacional em matéria criminal. O incentivo à adoção do Modelo visa evitar as discussões sobre pontos específicos de Direito que muitas vezes acabam por atrasar ou inviabilizar a adoção de um pacto internacional. Do mesmo modo, o Tratado Modelo visa dotar os vários Estados integrantes da ONU de instrumentos jurídicos compatíveis no combate à criminalidade transnacional. Por ser um tratado, praticamente pronto e acabado, o Modelo, ao ser adotado, vincula os Estados signatários, criando obrigações de Direito Internacional. Essa é, aliás, a conclusão que se extrai do artigo 1º do Modelo.

O Esquema da Comunidade Britânica, por sua vez, aparece como um conjunto de normas e definições destinadas a orientar a cooperação entre os integrantes da Commonwealth. Em vez de fornecer um documento padrão, o Esquema, ao contrário do MLAT Modelo, se preocupa em homogeneizar a cooperação internacional entre os seus integrantes, fornecendo não só linhas gerais de atuação mas definindo uma série de institutos, como *pais*, *assuntos criminais*, *procedimentos de confisco*, *delito*, *informação de assinantes*, *sistema de computadores*, *dados de computadores*, *dados de provedores*, *tráfego de dados* e *preservação de dados*⁴. Dessa forma, o Esquema fornece aos Estados integrantes uma interpretação unívoca das matérias normatizadas. Os dois modelos contam, ainda, com o instituto da consulta, destinado a resolver dúvidas sobre a sua aplicação a um determinado caso concreto.

4 Ver principalmente os artigos 2º a 4º do Esquema.

Ainda no que diz respeito às formalidades a serem observadas, ambos os modelos se preocupam em preestabelecer parâmetros sobre a forma de apresentação dos requerimentos de auxílio, a certificação e autenticidade dos documentos enviados, bem como com o custeio das diligências solicitadas. Tanto o MLAT Modelo da ONU quanto o Esquema da Comunidade distinguem as despesas ordinárias, de responsabilidade do Estado requerido, das extraordinárias, que podem vir a ser custeadas pelo Estado requerente.

Uma análise apressada poderia levar à conclusão de que o Esquema seria um tratado multilateral, de aplicação obrigatória pelos Estados integrantes da Comunidade Britânica. Entretanto, o texto do Esquema “não cria obrigações internacionais vinculantes e não está registrado sob o artigo 102 da Carta da ONU: ele nada mais é do que um conjunto de recomendações acordadas para a implementação de alterações legislativas por cada governo” (McCLEAN, 2002, p. 197). O fato de o Esquema não estar registrado junto ao Secretariado da Organização das Nações Unidas impede que qualquer dos Estados que o integram reclamem a aplicação de seus dispositivos, nos termos do artigo 102 da Carta da ONU⁵. Por óbvio, essa cláusula também se aplica àqueles tratados bilaterais, celebrado nos termos do Tratado Modelo. Esse fato gerou críticas de alguns Estados integrantes da Comunidade, especialmente da Jamaica, que anteviu a possibilidade de alguns membros da *Commonwealth* assumirem obrigações sem, no entanto, encontrar reciprocidade por parte dos demais integrantes (McCLEAN, 2002, p. 197-198). Essa flexibilidade do Esquema, porém, é vista como seu grande mérito, por permitir que todos os Estados da Comunidade, de uma forma ou de outra, contribuam para o seu

5 Artigo 102 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1º deste Artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas.

aperfeiçoamento e, por conseguinte, para o aprimoramento da cooperação em matéria criminal (McCLean, 2002).

Se é fácil encontrar divergências de forma e quanto aos efeitos no plano internacional dos dois modelos, substancialmente é possível encontrar vários pontos de convergência entre os dois modelos. Em primeiro lugar, é bom que se tenha em mente que a maioria dos Membros da Comunidade Britânica, se não todos, também integra a ONU. Logo, a cooperação internacional em matéria penal entre esses Estados está sujeita a ser regida por ambos os modelos. Na verdade, nada impede que dois Estados da Comunidade Britânica celebrem um tratado formal, seguindo o Modelo do MLAT da ONU, e sua aplicação se dê na forma das respectivas legislações internas, como modificadas para atender ao modelo do Esquema. Lembre-se que, enquanto o MLAT Modelo tem por intuito a homogeneização dos acordos bilaterais em matéria de auxílio penal, o Esquema teria por objetivo adequar o ordenamento interno dos Membros da *Commonwealth* a fim de viabilizar a cooperação. Em segundo lugar, como visto, ambos os Modelos expressamente preveem a possibilidade da adoção de outras formas de cooperação que não as por eles previstas⁶. Ao contrário de serem exclusivos, os modelos são complementares e, ao invés de serem exaustivos, os modelos não esgotam todas as possibilidades de cooperação internacional em matéria penal.

Quanto ao escopo de sua aplicação, ambos os modelos excluem da normatização as medidas relativas à extradição e restringem as medidas coercitivas àquelas consideradas válidas pela lei local. As causas de recusa do pedido de auxílio são idênticas, assim como as imunidades e salvaguardas concedidas às testemunhas e a preocupação com o sigilo e os limites impostos ao emprego das informações e provas obtidas por meio do pedido de auxílio. Um ponto que, embora abordado pelo MLAT Modelo, é tratado de forma mais abrangente pelo Esquema, é o uso de informação privile-

6 Artigo 1º, § 1º, do Esquema e artigo 2º do MLAT Modelo.

giada, isto é, de informação cuja divulgação deva ser restrita ao máximo quando assim determinar o interesse público. Logo, não só as diligências requeridas devem ser mantidas em segredo pelo requerido, mas, quando necessário, esse segredo deve ser estendido ao próprio Estado requerente.

As diligências que podem ser objeto de solicitação em ambos os Modelos são quase as mesmas: a notificação e a citação; a obtenção de prova em geral; a prova testemunhal, inclusive por meio do comparecimento pessoal de pessoas livres ou custodiadas; a busca e apreensão dos produtos e instrumentos do crime; a identificação e a localização de pessoas; e a obtenção de documentos e registros públicos, entre outros meios. Tanto o § 2º do artigo 1º do MLAT Modelo quanto o § 3º do artigo 1º do Esquema empregam uma redação que deixa azo à adoção de outras medidas além daquelas previstas nos respectivos instrumentos⁷. Além disso, como expressamente dispostos nos artigos 1º, § 1º, do Esquema e 2º do MLAT Modelo, a adoção das regras desses instrumentos não exclui a de outros acordos ou convenções.

Os dois modelos demonstram grande preocupação com a questão dos instrumentos e produtos do crime, prevendo de forma extensiva medidas destinadas a assegurar o seu confisco das mãos dos infratores. Ao contrário do MLAT Modelo, o Esquema da Commonwealth confere especial atenção à quebra e preservação do sigilo de dados de informática e telemáticos, tema abrangido por diversos dispositivos em todo o Esquema e, de forma mais específica, pelos artigos 4º e 15. Por outro lado, enquanto o MLAT Modelo faz expressa menção à obtenção de dados e registros bancários⁸, o Esquema ignora o tema. Nesse caso, a resposta parece residir

7 Assim, o § 3º do artigo 1º do Esquema dispõe que “Assistência em matéria criminal para os efeitos deste Esquema *inclui*.” [grifamos], o § 2 do artigo 1º do MLAT Modelo preconiza que “A assistência mútua a ser prestada na forma desse tratado *pode incluir*.” [grifamos]

8 Alínea “g” do § 2º do artigo 1º, § 2º do artigo 4º e § 3º do artigo 18.

no fato de que as regras que regulam a matéria na Inglaterra e nos países da Comunidade Britânica que seguem a *Common Law*, como consubstanciadas no *Bankers' Books Evidence Act* de 1879 e interpretada pela jurisprudência nos casos *Tournier v National Provincial and Union Bank of England*, *Parnell v Wood*, *South Staffordshire Tramways Co. v Ebbsmith*, *Waterhouse v Barker*, *Robertson v Canadian Imperial Bank of Commerce* e *Williams v Summerfield*, pelo menos desde 1876, sempre permitiram a produção desse tipo de prova, seja mediante a emissão de uma *subpoena duces tecum*, seja por meio do depoimento de funcionários de instituições financeiras ou pelo acesso direto da parte interessada aos registros bancários requeridos, entre outros meios de produção de prova (McCLEAN, 2002, p. 266-267).

Por sua vez, a preocupação do MLAT Modelo parece ter por intuito impedir que Estados considerados como paraísos fiscais venham a adotar os MLATs apenas para simular um suposto interesse em participar do combate à criminalidade transnacional e assim evitar sanções diplomáticas ou econômicas.

As inovações trazidas pelas Convenções do Conselho Europeu e da União Européia no campo da cooperação direta demonstram a seriedade com que o problema da criminalidade transnacional deve ser tratado. Ao contrário do MLAT Modelo, que nesse ponto é bastante vago, e do próprio Esquema da Commonwealth, é possível detectar uma preocupação crescente dos países europeus com a efetividade da persecução penal pré-processual. O Esquema e as Convenções Europeias também se preocupam com o emprego das modernas formas de telecomunicações e transmissão de dados e informações, coisa que escapa ao MLAT Modelo da ONU. Numa ordem de maior para menor coercitividade, as Convenções Europeias, por serem normas internacionais em vigor, encontram-se no topo da escala, seguidas de longe pelo MLAT Modelo e pelo Esquema, que não são de adoção obrigatória. Por isso mesmo, ou apesar disso, as Convenções contam com menos hipóteses de

recusa justificada aos pedidos de assistência do que o Esquema e o MLAT modelo.

7 Conclusão

A comunidade internacional não se encontra inerte, procurando cada vez mais adotar instrumentos legais que permitam aos Estados cooperarem entre si no combate à criminalidade global. Os parâmetros oferecidos pelas entidades internacionais, sejam globais ou regionais, mostram uma tendência de incentivar a cooperação internacional em matéria penal já na fase da investigação, permitindo aos órgãos de persecução um maior intercâmbio internacional. Além disso, busca-se a adoção expressa de técnicas modernas de investigação e comunicação, aliadas a uma preocupação em impedir não só a impunidade, mas que os criminosos gozem dos lucros de suas atividades ilícitas.

Tudo isso revela que as técnicas tradicionais de cooperação internacional, de caráter eminentemente judiciário, embora ainda sejam úteis, não são suficientes para proporcionar um combate eficaz ao crime transnacional. Não é possível afirmar a superioridade do modelo da ONU sobre o modelo da *Commonwealth*, mesmo porque trata-se de propostas com escopos distintos. O primeiro propõe um modelo de formalização de pactos adotando os referidos instrumentos, e o segundo busca informar os seus destinatários sobre a existência e as possibilidades dos vários instrumentos modernos de cooperação. Nesse aspecto, fica evidente que o esquema e o tratado modelo se complementam.

O sucesso das medidas desenhadas por ambos os modelos, no entanto, somente será passível de ser aferido com o passar do tempo. O uso desses instrumentos, sua aceitação e o grau de eficácia de sua aplicação serão o principal termômetro de sua adequação às finalidades que se propõem. De fato, seja na fase pré-processual,

seja durante a própria *persecutio in juditio*, não há como assegurar o sucesso dessas propostas sem a sua efetiva implementação.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMNESTY International. *Universal jurisdiction: the duty of States to enact and implement legislation*. London: Amnesty International Publications, 2001.

BENNET, David. *The Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgements: a failure of characterization*. EINHORT, Talia; SIEHR, Kurt. *Intercontinental cooperation through private international law essays in the memory of Peter E. Nygh*. The Hague: TMC Asser Press, 2004, p.19-24.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 2. ed., reprint. Oxford: Clarendon Press, 1977.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COGAN, Jacob Katz. International Criminal Courts and Fair Trials: difficulties and prospects. *Yale Journal of International Law*, v. 27:111, p. 112-140, 2002.

UNHCR. *Collection of international instruments and legal texts concerning refugees and others of concern to UNHCR*. Regional Instruments, v.

3: Africa, Middle East, Asia, Americas. Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). June, 2007. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publ/PUBL/455c733b2.pdf>>.

EDWARDS, George E. International human rights law challenges to the new international criminal court: the search and seizure right to privacy. *Yale journal of international law*. V. 26. p. 323-412, 2001.

GRIEG, D.W. *International Law*. 2. ed. London: Butterworths, 1976.

KATHLEEN, M. Sullivan. *The Supreme Court 1991 Term*. Foreword: the justices of rules and standards. *Harvard Law Review*, V. 106. p. 163, 1992-1993.

KINSCH, Patrick. The impact of human rights on the application of foreign law and on the recognition of foreign judgments: a survey of the cases decided by the european human rights institutions. EINHORT, Talia; SIEHR, Kurt. *intercontinental cooperation through private international law essays in the memory of Peter E. Nygh*. The Hague: TMC Asser Press, 2004, p.197-228.

KOMAROW, Gary. *Individual responsibility under international law: the Nuremberg principles in domestic legal systems*. *International & Compared Law Quarterly* 29 (1980) p. 21-37.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MARTÍNEZ, Milton Hugo Cairoli. *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*. Motevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. I.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. II.

MCCLEAN, David. *International co-operation in civil and criminal matters*. New York: Oxford University Press, 2002.

MCDUGAL, Myres S. Human rights and world public order: principles of content and procedure for clarifying general community policies. *Virginia Journal of International Law*. 14 (1973-1974), p. 387-422.

MORRIS, Madeline. The democratic dilemma of the international criminal court. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, p. 591-600, 2002.

PURVIS, Nigel. Critical legal studies in public international law. *Harvard International Law Journal* 32 Harv. Int'l. L. J. p. 81-128, 1991.

ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public Tome I*, Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. 6ª edición, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1999.

SHAW, Malcom N. *International Law*. 4th edition, Cambridge: University Press, 2000.

SOARES, Albino de Azevedo. *Lições de direito internacional público*. 4. ed. Reimpr. Coimbra: Coimbra, 1996.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no MERCOSUL: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WEINBERG, Inés M. Conflict of jurisdictions vs. conflict of laws. EINHORT, Talia; SIEHR, Kurt. *Intercontinental cooperation through private international law essays in the memory of Peter E. Nygh*. The Hague: TMC Asser Press, 2004, p. 489-500.

Atos internacionais

Additional Protocol to the Inter-american Convention on Letters Rogatory. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-46.html>>.

Additional Protocol to the Inter-american Convention on the Taking of Evidence Abroad. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-51.html>>.

Charter of the Organization of American States. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States.htm>.

Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988) – Dec. n. 154, de 26.6.1991. Publicado no Diário Oficial da União em 27.6.1991.

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000, promulgada pelo Decreto n. 50.015, de 12.3.2004. Publicado no Diário Oficial da União de 15.3.2004.

Convenção Internacional de Direito Privado de Havana, promulgada por meio do Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,

concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Decreto n. 3.678, de 30.11.2000.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – Decreto n. 4.388, de 7.8.2002. Publicado no Diário Oficial da União de 27.9.2002.

Inter-American Convention on Execution of Preventive Measures. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-42.html>>.

Inter-American Convention on Extradition. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47.html>>.

Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-41.html>>.

Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-50.html>>.

Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-55.html>>.

Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-43.html>>.

Inter-american Convention on the Taking of Evidence Abroad. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-37.html>>.

Inter-american Convention on Serving Criminal Sentences Abroad. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-57.html>>.

Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal – Ley 24.767 de 13 de janeiro de 1997. Disponível em: <<http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/LEY/LEY24767.htm>>.

The London Scheme for Extradition within the Commonwealth incorporating the amendments agreed at Kingstown in November 2002. Disponível em: <http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/2C167ECF-0FDE-481B-B552-E9BA23857CE3_HARARES_CHEMERELATINGTOMUTUALASSISTANCE2005.pdf>.

Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters (Adopted by General Assembly resolution 45/117, subsequently amended by General Assembly resolution 53/112). Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_mutual_assistance_criminal_matters.pdf>.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Promulgada pelo Decreto n. 50.016, de 12 de março de 2004. Publicado no Diário Oficial da União de 15.3.2004.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças. Decreto n. 50.017, de 12.3.2004. Publicado no Diário Oficial da União de 15.3.2004.

Optional Protocol Related to the Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-59.html>>.

Scheme Relating to Mutual Assistance in Criminal Matters within The Commonwealth including amendments made by Law Ministers in April 1990, November 2002 and October 2005. Disponível em: <http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploaded_files/2C167ECF-0FDE-481B-B552-E9BA23857CE3_HARARESCHEMERELATINGTOMUTUALASSISTANCE2005.pdf>.

Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>.

Treaty on European Union. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>>.

UN Charter, article 2. Disponível em: <<http://www.un.org/aboutun/charter/index.html>>.

United Nations Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters (Adopted by General Assembly Resolution 45/117, subsequently amended by General Assembly Resolution 53/112). Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_mutual_assistance_criminal_matters.pdf>.

Direito Ambiental

O comércio de animais silvestres no Brasil e a Resolução CONAMA n. 457

Márcia Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

Mestra em Direito Ambiental pela Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne e Paris 2 Panthéon-Assas. Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

Resumo: O presente estudo versa sobre a imperiosa necessidade de combate ao tráfico de animais silvestres. Para tanto, faz-se uma análise acerca da regulamentação do comércio das espécies protegidas, perpassando pela contribuição ofertada pela Convenção sobre o Comércio Internacional da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, mais conhecida como CITES, com o complemento de um apanhado relativo à condição jurídica da fauna no Brasil. Com base nessa perspectiva, abordam-se os instrumentos e atores empenhados na luta contra o tráfico de animais silvestres e faz-se uma análise do contexto nacional no controle desse tráfico. Em arremate, procede-se ao exame da controversa Resolução CONAMA n. 457, demonstrando que, ao invés de punir, esse instrumento legal acabou beneficiando os protagonistas da prática criminosa.

Palavras-chave: Comércio ilegal. Animais silvestres. Tráfico de Animais. Regulamentação.

Abstract: This article stresses the urgent need to eradicate illegal wildlife trade. Therefore, first of all, the article studies the international trade regulation regarding protected species, focusing on the Convention on International Trade of Endangered Species of Wild Fauna and Flora, better known as CITES. Concerning the national perspective, the present study performs a review of the national legislation and the legal status of wildlife in Brazil. Subsequently, this essay analyses the different actors engaged on fighting against

the wildlife trafficking. The third and final part of this paper goes through the controversial CONAMA Resolution 457, punctuating that, instead of punishing, this legal instrument ended up favoring the authors of the criminal practice.

Keywords: Illegal trade. Wildlife. Regulation.

Sumário: 1 Introdução. 2 A complexa regulamentação do comércio de espécies protegidas. 2.1 A contribuição da CITES na regulamentação do comércio de animais silvestres. 2.2 A atribulada condição jurídica da fauna no Brasil: entre a comercialização e a proteção. 3 A dura luta contra o comércio ilícito e os atores e instrumentos de amparo. 3.1 A ampla estrutura de controle ao tráfico de animais silvestres. 3.2 A controversa Resolução CONAMA n. 457: um benefício em prol do traficante. 4 Conclusão.

1 Introdução

Atualmente, o tráfico da fauna silvestre¹ e de seus produtos secundários, além de ser a segunda maior causa de extinção de espécies, atrás apenas da destruição do *habitat*, é também a terceira atividade ilícita mais lucrativa do mundo, sendo superada apenas pelos tráficos de armas e de drogas.

Fazendo um breve apanhado da história de nosso País, constatamos que o comércio de animais silvestres remonta à época do descobrimento do Brasil.

Segundo o 1º Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Animais Silvestres, elaborado em 2004 pela Rede Nacional de Combate ao

1 Segundo o art. 29, § 3º, da Lei n. 9.605/1998, “São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”. BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 4 jul. 2013.

Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS)², tradicionalmente, as populações indígenas incorporavam elementos da fauna em seus mitos, lendas e superstições. Elas também tinham o costume de amansar espécimes da fauna silvestre, sem nenhuma utilidade aparente, mantendo-os como animais de estimação. Os animais eram mantidos de maneira a não ameaçar sua sobrevivência, circulando livremente nas aldeias. Entretanto, o comportamento dos índios mudou após o contato com os colonizadores e exploradores europeus. A partir daí, começou a exploração comercial da fauna silvestre, que, por sua diversidade, parecia ser inesgotável.

Naquela época, em meados do século XVI, os viajantes se vangloriavam ao voltarem para a Europa com animais desconhecidos, despertando a curiosidade e o interesse do povo europeu. Consequentemente, os espécimes da fauna silvestre começaram a ser expostos e comercializados nas ruas. O comércio de animais logo se transformou numa atividade bastante lucrativa, o que incentivou o movimento de viajantes especializados na captura de animais. No século XIX, o comércio de animais silvestres já estava consolidado, inaugurando um processo de extinção de várias espécies da fauna brasileira.

Por muitos anos, não houve nenhum tipo de controle por parte do governo sobre a captura, a utilização e o comércio de animais silvestres. Foi apenas em 1967 que o comércio predatório passou a ser ilegal no Brasil, com o advento da Lei n. 5.197, a qual declarou que a fauna silvestre e seus produtos derivados eram de propriedade do Estado. Não obstante, não foram apresentadas alternativas econômicas às pessoas que viviam de tal comércio, que, de uma hora para outra, caíram na marginalidade. Tal fato deu início ao tráfico de animais silvestres no Brasil.

Observamos que o comércio indiscriminado de animais silvestres sempre foi prejudicial à proteção da fauna, independente-

2 1º Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Animais Silvestres. Rede nacional de combate ao tráfico de animais silvestres, 2001. Disponível em: <http://www.renctas.org.br/files/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em: 8 set. 2013.

mente de ser legal ou não, gerando a perda de milhares de espécies e sua potencial extinção. Ainda de acordo com o citado relatório,

[...] quando se elimina uma espécie, morre com ela toda a sua história genética, que jamais poderá ser recriada. Deve-se considerar que as espécies não evoluíram independentes, mas possuem relações intra e interespecíficas e com o meio físico-químico. Essas relações, muitas vezes por nós não compreendidas e até desconhecidas, contribuem para a complexidade, funcionamento e equilíbrio dinâmico dos ecossistemas. Ao se eliminar espécies, muitas dessas interações se perdem, sendo difícil prever quais as reações e consequências nos ecossistemas³.

A partir de 1967, o comércio predatório passou a ser punido, mas ainda não havia uma regulamentação específica relativa ao comércio legal. Diante da emergência de regulamentação do comércio de animais silvestres, em 1975, a Convenção sobre o Comércio Internacional da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) entrou em vigor. Tal convenção não só enquadrou o comércio internacional da fauna, como também serviu de base para a regulamentação nacional. O enquadramento legal do comércio possui tanto o propósito de regularizar a atividade como também de proteger a fauna, pois o comércio predatório de animais é uma das maiores causas de desaparecimento de espécimes silvestres. Entretanto, é válido questionar qual é o grau de proteção que tais normas conferem à fauna brasileira. Se elas realmente são protetivas ou se possuem uma natureza puramente utilitarista.

A primeira parte deste artigo se propõe a uma análise sobre a regulamentação do comércio de espécies protegidas e, para tanto, examinará a contribuição da CITES e tratará sobre a condição jurídica da fauna no Brasil.

Contudo, não se pretende tão somente elucidar o aspecto legal do comércio de animais. Apesar de o Brasil ter incorporado

³ Ibidem.

a CITES em seu ordenamento jurídico, é notório que o País ainda lidera o *ranking* mundial do tráfico de animais silvestres. Contando com uma das maiores biodiversidades do planeta, o Brasil sempre chamou a atenção pelas suas espécies animais nativas de beleza singular, tornando-se um grande alvo do tráfico da fauna. Apesar de deter um quadro jurídico bem estabelecido, o comércio ilegal da fauna no País é latente, o que nos faz indagar o porquê. Talvez seja pela falta de agentes de fiscalização e de controle, ou pela falta de aplicação de sanções severas ao tráfico, ou ainda pelo descaso de certas autoridades jurídicas no que toca a crimes contra a fauna, como nos mostra a recente edição da Resolução CONAMA n. 457. Ao prever a possibilidade de o próprio infrator ser o depositário fiel da espécie apreendida em operação ilegal, a resolução configura um dos maiores retrocessos ambientais de nossa época.

A fim de esclarecer tal questão, na segunda parte deste artigo, iremos estudar os instrumentos e atores implicados na luta contra o tráfico de animais silvestres, fazendo um apanhado da estrutura brasileira de controle ao tráfico e um exame da controversa Resolução CONAMA n. 457.

2 A complexa regulamentação do comércio de espécies protegidas

No plano internacional, o problema do comércio ilegal de espécies foi abordado pela primeira vez em 1960, na 7^a Assembleia Geral da União Internacional de Conservação da Natureza (UICN). Durante o evento, foi requisitado aos diferentes governos que controlassem a importação de animais silvestres conforme a regulamentação de exportação do país de origem. Um pedido difícil de atender, visto que os países importadores não tinham qualquer possibilidade de conhecer as regulamentações dos países exportadores.

Alguns anos mais tarde, foi assinado o instrumento internacional mais importante na luta contra o comércio ilícito de espécies protegidas: a Convenção sobre o Comércio Internacional da Flora

e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES). A convenção foi assinada em 3 de março de 1973, entrando em vigor no dia 1º de julho de 1975, visando à regulamentação da importação e da exportação de plantas e de animais vivos ou mortos.

A CITES foi o ponto de partida tanto para o estabelecimento da regulamentação do comércio internacional de animais silvestres como para o estabelecimento das regras do comércio no Brasil. Desde a sua entrada em vigor, as regras estabelecidas no plano da convenção devem ser observadas e aplicadas por todos os Estados signatários, sendo reconhecida como um instrumento normativo apto a regular o comércio internacional de espécies protegidas.

Dessa forma, faz-se necessária a análise, em um primeiro momento, do alcance da contribuição desta importantíssima convenção, tanto no plano internacional como no plano nacional, para, em um segundo momento, examinarmos mais especificamente a condição jurídica da fauna brasileira e a regulamentação do comércio de espécies protegidas no País.

2.1 A contribuição da CITES na regulamentação do comércio de animais silvestres

A seguir, discorreremos um pouco mais sobre a importância da CITES no contexto internacional e os efeitos de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1 A CITES no plano internacional

O objetivo primeiro da CITES é o de regular o comércio internacional de espécies, a fim de erradicar o comércio ilícito. O escopo da convenção não é a interdição geral do comércio de espécies, mas sua regulamentação para evitar o seu desaparecimento. Ela visa, de uma maneira indireta, à preservação dos animais selvagens, uma vez que o comércio descontrolado de animais é uma das principais causas da depredação mundial da fauna.

A convenção interdita ou submete à autorização a importação, a exportação e o trânsito da fauna e da flora e dos produtos originários destas. A gestão do comércio é feita pelo controle da quantidade de espécies comercializadas, pelo controle das modalidades de remoção legal das espécies listadas e pela repressão das remoções ilegais. Para tanto, a CITES implementou um sistema de anexos, estabeleceu condições de transporte da fauna e flora, criou um sistema de autorizações e licenças e fixou quotas de exportação.

Conforme a convenção, as espécies serão protegidas de acordo com seu grau de ameaça de extinção. Às espécies listadas pelo anexo I é garantida a mais rigorosa proteção, sendo interditado todo tipo de comércio, exceto aquele com o propósito científico. Já as espécies abrangidas pelo anexo II enfrentam um risco de extinção a curto prazo, em consequência, seu comércio é restringido por certas imposições. Finalmente, no que tange ao anexo III, as partes devem listar, de maneira unilateral, as espécies em perigo em seu território, sobre as quais medidas de salvaguarda serão editadas. Assim, para a comercialização de espécies abrangidas por quaisquer dos anexos, é necessária a emissão de licenças de exportação e de importação.

Quanto aos instrumentos de repressão ao comércio ilegal, a CITES garante uma grande margem de discricionariedade aos Estados-Parte. No que tange ao controle administrativo, este consiste em verificar se a transação comercial está de acordo com as regras ditadas pela CITES, como, por exemplo, se possui as licenças prévias. Por sua vez, o controle penal consiste na qualificação dos atos ilícitos e na edição e aplicação de penas e sanções, estando completamente a cargo dos Estados-Partes. A convenção enuncia a obrigação de previsão de penas, entretanto não indica nenhum grau mínimo de severidade.

Entre as obrigações das partes, podemos citar a designação de autoridades responsáveis pela aplicação da convenção (um órgão de decisão e de gestão e uma autoridade científica exercendo o papel de órgão de consultação) e a obrigação de garantir ou negar

licenças em conformidade com a convenção. Outra obrigação dos Estados-Partes é prever o confisco e a remessa ao Estado exportador das espécies objeto do comércio ilegal. O confisco é considerado uma pena bastante eficaz, visto que as espécies são dotadas de grande valor monetário (LAMBERT-HABIB, 2000).

Para viabilizar o funcionamento de todos os mecanismos previstos pela CITES, foi necessária a criação de algumas instituições cujas atividades são coordenadas por uma secretaria, administrada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). A secretaria possui um papel coordenador, consultivo e de manutenção, sendo responsável pela organização das Conferências das Partes, ocasião em que “as Partes consideram propostas para alterar os Anexos, revêem a execução da CITES e os progressos obtidos e recomendam medidas para melhorar a eficácia da Convenção” (MARTINS, 2007).

A entrada em vigor da Convenção CITES significou um grande marco na luta contra o comércio ilegal de animais silvestres. Ao impor regras relativas ao comércio internacional da fauna e da flora, a CITES acabou por ser a precursora de um crescente movimento de harmonização das diversas leis nacionais relativas à matéria. Examinaremos a seguir como a CITES foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.2 A CITES no ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil foi um dos primeiros países a aderir à convenção, tornando-se parte já em 1975. O texto da convenção foi promulgado pelo Decreto n. 76.623, de 1975,⁴ e aprovado pelo Decreto Legislativo n. 54 no mesmo ano. Todavia, as disposições da con-

4 BRASIL. Decreto n. 76.623, de 17 de novembro de 1975. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 nov. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D76623.htm>. Acesso em: 4 jul. 2013.

venção só foram implementadas no País 25 anos depois, por meio da edição do Decreto n. 3.607, de 21 de setembro de 2000⁵.

Entre outras providências, o decreto designou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) como autoridade administrativa, sendo incumbido especialmente das missões de emitir licenças para o comércio internacional das espécies listadas nos anexos da CITES; manter o registro de tal comércio; fiscalizar as operações de transporte de animais; apreender os animais obtidos por infração da Lei n. 9.605/1998 e devolvê-los ao país de origem, ou encontrar um destino apropriado.

De acordo com dados fornecidos pelo sítio eletrônico do IBAMA, como autoridade científica, foram designados o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e o próprio IBAMA, tendo como uma das principais atribuições a emissão de parecer sobre o grau de ameaça que atividades de exportação podem representar para as espécies listadas nos anexos I e II da CITES. Tal documento será analisado pela autoridade administrativa no momento da emissão de licenças.

O decreto recomenda ainda que haja algum tipo de coordenação entre o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério das Relações Exteriores para que a implementação da convenção seja efetivada.

No que tange às regras referentes à emissão de licenças, a Instrução Normativa n. 140/2006 instituiu o Serviço de Solicitação e Emissão de Licenças do IBAMA referentes à importação, exportação e a reexportação de espécies, assim como de produtos e subprodutos da fauna e da flora silvestre brasileira, listados ou não nos anexos da CITES.

5 BRASIL. Decreto n. 3.607, de 21 de setembro de 2000. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 set. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D3607.htm>. Acesso em: 4 jul. 2013.

O procedimento de solicitação de emissão de licenças é todo feito por meio do sítio eletrônico do IBAMA. A solicitação poderá ser feita por pessoa física ou jurídica, desde que registrada no Cadastro Técnico Federal do IBAMA, registro este que poderá também ser feito *online*. O requerimento de licença deverá ser enviado ao IBAMA por via eletrônica, e o interessado terá a oportunidade de acompanhar sua tramitação em tempo real.

Vale salientar que, mesmo antes da implementação formal da CITES no Brasil, o País já adotava medidas relativas ao comércio de animais silvestres com base nos preceitos da convenção e que, além do Decreto n. 3.607 de 2000, o País editou diversas normas e criou entidades especializadas a fim de enquadrar o comércio da fauna, como veremos mais à frente.

Para um completo estudo sobre a regulamentação do comércio de animais silvestres, cabe averiguar qual é a condição jurídica da fauna no Brasil: se ela também é protegida por seu valor intrínseco ou se é apenas utilizada como um recurso por seu valor comercial.

2.2 A atribulada condição jurídica da fauna no Brasil: entre a comercialização e a proteção

Passaremos agora ao exame da atual condição da fauna sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisaremos primeiramente o regime jurídico de proteção da fauna e, em seguida, estudaremos o quadro normativo específico relativo ao comércio de animais silvestres, de maneira a apreciar se a legislação pertinente ao comércio da fauna também possui por escopo sua proteção.

2.2.1 O regime jurídico de proteção da fauna no Brasil

Segundo Nicolau Dino de Castro e Costa Neto (2003, p. 18),
[...] entender *por que*, *por quem* e *pra que* defender o meio ambiente constitui fator essencial à eficácia de uma atitude voltada a essa finalidade. Além disso, a variação do foco de salvaguarda, do homem

para a natureza em si, poderá resultar em conclusões diversas relativamente à decisão sobre “preservar” ou “transformar”.

Os animais, embora seres vivos sensientes, nunca foram considerados pelo seu valor intrínseco, mas em função da necessidade e do interesse humano. O Direito positivo brasileiro sempre tratou a fauna sob uma ótica privatista, considerando os animais como um bem, recurso ou propriedade. Destarte, a proteção da fauna nunca se deu pelo reconhecimento de seu direito à vida e ao bem estar, mas para garantir a manutenção da biodiversidade como um recurso para o homem.

Nesse sentido, o Direito romano classificava a fauna como *res nullius*, ou seja, coisa sem dono e sujeita à apropriação, noção esta adotada também pelo Código Civil de 1916. Assim, os animais eram passíveis de apropriação pelas modalidades de aquisição descritas pelos arts. 592 e 598⁶. Sob a perspectiva do Direito Penal, os delitos contra a fauna eram tratados como crimes contra a propriedade, demonstrando o caráter puramente econômico da proteção dos animais silvestres (STIFELMAN, 2006).

Tal entendimento apenas seria suplantado em 1967, pela edição da Lei n. 5.197, que consagrou a fauna como propriedade do Estado. Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2003), a fauna silvestre passa a ser bem público no sentido de a Administração Pública estar vinculada não a uma vontade, mas a um fim, pois a conservação da fauna é de utilidade pública. Nesse sentido, ensina Mário Mazagão (1978, p. 130):

[...] observe-se que o pertencerem ao Estado não implica em serem todos os bens públicos, objeto de direito pessoal ou real no sentido das leis civis. Muitos desses bens pertencem-lhe no sentido de que são por ele administrados, no interesse coletivo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a fauna deixa de ser bem público e passa a ser parte integrante do patrimô-

6 Capítulos sobre a ocupação e a caça, respectivamente.

nio ambiental brasileiro, bem de uso comum do povo. (ROCHA in BENJAMIN, 2004, p. 51-87).

A Carta Magna dedicou um capítulo exclusivo à tutela ambiental. Ela trata da proteção da fauna em seu art. 225, § 1º, VII, sendo tal proteção incorporada à legislação regional dos estados brasileiros. De um lado, o dispositivo veda práticas que coloquem em risco a função ecológica e as práticas que provoquem a extinção das espécies, mostrando um caráter um tanto quanto utilitarista, pois o animal é protegido como parte dos ecossistemas e da biodiversidade. De outro lado, o artigo também veda práticas que submetam os animais à crueldade, garantindo um valor moral e ético ao animal, visando seu respeito e bem-estar. Segundo Laerte Fernando Levai (2008, p. 588), “o dispositivo magno consagrado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da CF contém o fundamento para a tutela da fauna no Brasil, reunindo – a um só tempo – o aspecto ambiental e o ético”.

No que tange ao Direito Penal, a Lei dos Crimes Ambientais n. 9.605/1998 incriminou, de maneira genérica, a agressão contra a fauna. A dita lei comina pena de detenção de seis meses a um ano e multa àquele que: “Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente” (art. 29) e ainda a “quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização”, a “quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural” e a

quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente (art. 29, § 1º, I, II, e III).

A lei comina também pena de detenção, de três meses a um ano, e multa àquele que “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir

ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (art. 32). O legislador inova ao ampliar o campo de aplicação dos crimes contra a fauna para abranger os animais exóticos, os migratórios, os domésticos e os domesticados⁷, ou seja, para todos os animais que estejam em território brasileiro, entretanto diminui a pena em relação à Lei n. 5.197/1967.

Observamos, então, que, por força da evolução do Direito Ambiental brasileiro, a fauna passou de coisa sem dono, passível de apropriação (Código Civil de 1916), para bem público de propriedade do Estado (Lei n. 5.197/1967), e finalmente para a condição atual de bem difuso, de toda a coletividade (CF/1988).

Diante de tais conclusões, nos resta fazer uma análise sobre o quadro jurídico do comércio de animais e examinar se as disposições legais pertinentes estão de acordo com o imperativo de proteção à fauna.

2.2.2 O aspecto legal do comércio de animais silvestres

O comércio predatório de animais silvestres e de seus produtos derivados no Brasil tornou-se ilegal com a edição da Lei n. 5.197/1967, mais conhecida como a Lei de Proteção à Fauna⁸. Anteriormente a essa data, o comércio era livre, sendo praticado em diversas feiras abertas por todo o País.

No Brasil existe uma interdição geral ao comércio da fauna silvestre, com uma exceção: o comércio da fauna proveniente de

7 Segundo Laerte Fernando Levai (2004), os animais silvestres são aqueles que vivem livres em seu *habitat* natural, os animais exóticos são aqueles originários de outros países, os domésticos são aqueles habituados com o convívio humano e os domesticados são as espécies silvestres que se tornaram dependentes do homem.

8 BRASIL. Lei n. 5.197, de 5 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm>. Acesso em: 8 jul. 2013.

criadouros legais. As pessoas físicas ou jurídicas só podem comercializar espécimes silvestres devidamente registrados, devendo manter um cadastro dos estoques e dos valores. O desrespeito a quaisquer dessas condições constitui uma contravenção penal e pode engendrar a penalidade administrativa de cancelamento do registro comercial. Dessa forma, no que tange à concessão de autorização, a Administração Pública age de maneira vinculada, “qualquer outra autorização será ilegal e o ato administrativo será nulo” (MACHADO, 2003, p. 751-753). Com o intuito de amparar a constituição de criadouros artificiais, o art. 3º, § 2º da Lei n. 5.197/1967 prevê que a autoridade competente poderá autorizar a apanha de ovos, larvas e filhotes.

Segundo Annelise Varanda Dante Abdalla (2007, p. 67),

o IBAMA, através de suas portarias definiu e classificou os criadouros em: a) Criadouros Conservacionistas: são aqueles que têm por objetivo apoiar as ações do IBAMA e dos demais órgãos ambientais envolvidos na conservação das espécies, auxiliando a manutenção de animais silvestres em condições adequadas de cativeiro e dando subsídios no desenvolvimento de estudos sobre sua biologia e reprodução. Nesta categoria, os animais não podem ser vendidos ou doados, apenas intercambiados com outros criadouros e zoológicos para fins de reprodução, sendo regulamentados pela Portaria nº 139/93 do IBAMA; b) Criadouros Comerciais: são aqueles que têm por objetivo a produção das espécies para fins de comércio, seja do próprio animal ou de seus produtos e subprodutos, sendo regulamentados pela Portaria nº 118/97 do IBAMA; c) Criadouros Comerciais da Fauna Exótica: regulamentam a criação de animais exóticos, ou seja, animais provenientes de outros países. Ex: javalis estão previstos na Portaria nº 102/98 do IBAMA; d) Criadouros Científicos: regulamentam as atividades de pesquisas científicas com animais silvestres. Só podem obter esse registro, Órgãos ou Instituições devidamente reconhecidas pelo Poder Público, como Universidades e Centros de Pesquisa previstos na Portaria nº 016/94 do IBAMA.

A autora afirma ainda que

além das portarias que regulamentam os criadouros, temos outras portarias que tratam da comercialização de animais vivos, abatidos, partes e produtos da fauna silvestre brasileira provenientes de criadouros com finalidade econômica e industrial e, em caráter excepcional, de jardins zoológicos registrados junto ao IBAMA (Portaria nº 117/97 do IBAMA) e da importação e da exportação de espécimes vivos, produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira e da fauna silvestre exótica (Portaria nº 93/98 do IBAMA). (ABDALLA, 2007, p. 67).

Além das citadas portarias, existem outros dispositivos jurídicos que regulamentam o comércio da fauna no Brasil, como a Instrução Normativa n. 02/2001, que “dispõe sobre a obrigatoriedade na identificação individual (marcação) de espécimes da fauna silvestre para fins de controle de criação e comércio”; e a Instrução Normativa n. 003/1999, que “estabelece os critérios para o Licenciamento Ambiental de empreendimentos e atividades que envolvam manejo de fauna silvestre exótica e de fauna silvestre brasileira em cativeiro”⁹.

Ao analisar o quadro jurídico referente ao comércio de animais silvestres no Brasil, podemos nos questionar sobre o grau de proteção que tais normas garantem à fauna. É louvável a interdição geral do comércio, mas a legalização do comércio de espécimes oriundos de criadouros artificiais nos mostra que o legislador possui por objetivo primeiro a proteção da fauna como recurso biológico. Incontestável é o fato de que tal disposição impede que diversas espécies sejam extintas, mas não leva em conta o aspecto moral e ético da proteção da fauna, como vimos no item anterior.

Segundo o professor Heron Santana (2002, p. 318), “a possibilidade de se criar animais silvestres provenientes de criadouros oficiais promove uma discriminação classificatória que afronta a Proclamação dos Direitos dos Animais, fomentando o costume

9 BRASIL. Instrução Normativa IBAMA n. 2, de 19 de setembro de 2000. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 set. 2000. Disponível em: <<https://servicos.ibama.gov.br/ctf/manual/html/043000.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

social de manter animais silvestres em cativeiro”. Ainda de acordo com o autor, “esta atividade também facilita o tráfico internacional de animais, pois permite a ‘lavagem do animal’, que consiste na falsificação ou a obtenção de autorizações, licenças e permissões falsas, muitas vezes fornecidas por funcionários públicos corruptos”.

A questão da legalização do comércio de espécies silvestres é bastante controversa, pois nos faz questionar qual seria o destino desses animais e a razão de tal comércio. É compreensível o comércio controlado para fins científicos, mas, na maioria das vezes, o comércio se dá para o simples deleite do homem em possuir um animal silvestre de estimação.

Ultrapassada a questão dos aspectos relativos à regulamentação da proteção da fauna e do seu comércio no Brasil, passamos agora ao estudo dos atores e instrumentos de controle implicados na luta contra o comércio ilícito de animais silvestres.

3 A luta contra o comércio ilícito e os atores e instrumentos de amparo

O Brasil é um dos líderes no comércio ilegal de espécies silvestres. A grande diversidade de espécimes atrai comerciantes e consumidores de todo o mundo e, segundo o Relatório da RENCTAS, já em 2004 o tráfico de animais silvestres era responsável pela retirada de cerca de 38 milhões de espécimes da natureza do País¹⁰.

O tráfico de animais é uma conduta complexa e envolve diversas atividades fraudulentas, como a falsificação de documentos, o uso de documentos legais para encobrir produtos ilegais e o contrabando. De acordo com o relatório, entre as consequências dessa atividade podemos citar: as de ordem sanitária, pois quando os animais são comercializados ilegalmente não passam por nenhum tipo de inspeção, podendo transmitir diversas doenças; as de ordem

¹⁰ Idem 2.

econômica e social, uma vez que movimenta uma quantia colossal na economia ilegal do País; e as de ordem ecológica, tendo em vista que essa atividade acelera demasiadamente o processo de extinção de certos espécimes¹¹.

Além de ser uma conduta complexa, o tráfico de animais também possui uma estrutura elaborada, sendo constituída por: a) fornecedores, pessoas simples que muitas vezes não têm outra fonte de renda; b) intermediários, que fazem a conexão entre o meio rural e os centros urbanos, que comercializam as espécies a traficantes médios que, por sua vez, comercializam aos grandes traficantes; e c) consumidores finais.

Para auxiliar na erradicação do comércio ilícito da fauna, o Governo Federal e as autoridades ambientais instituíram alguns instrumentos e designaram atores, como veremos no item 3.1. Todavia, alguns desses instrumentos são controversos, como a Resolução CONAMA n. 457, que representa um grande declínio na luta contra o tráfico, como veremos no item 3.2.

3.1 A ampla estrutura de controle ao tráfico de animais silvestres

Para compreendermos melhor o arcabouço de controle ao tráfico no Brasil, devemos primeiramente elucidar a questão da distribuição de competências, para depois entender a importância da sanção penal nesta luta.

3.1.1 A distribuição de competências

Existem diversos atores envolvidos na luta contra o comércio ilícito de animais silvestres; é importante asseverar que este trabalho trata apenas daqueles que possuem papéis preponderantes.

¹¹ Idem 2.

Segundo dados oferecidos pelo sítio eletrônico da Polícia Militar Ambiental Brasileira, o IBAMA, um dos órgãos mais importantes na luta para erradicar o comércio ilícito de animais silvestres, possui a função de gerir, controlar, proteger e preservar os espécimes silvestres da fauna e flora brasileira. Possui ainda a função de fiscalizar o controle e o transporte de animais comercializados. Entretanto, pela falta de agentes suficientes de fiscalização, o IBAMA vem delegando suas competências à Polícia Ambiental Estadual. Esta é composta por integrantes da Polícia Militar que, dentro de sua ampla atribuição de preservar a ordem pública, possuem também competência para praticar atos de proteção da ordem ambiental brasileira (entre eles, atos de prevenção e repressão às condutas relacionadas ao tráfico de animais silvestres).

Os Centros de Triagem de Animais Silvestres (CETAS) possuem como objetivo a recepção dos animais apreendidos, resgatados ou doados, devendo prestar-lhes o devido cuidado para, após, dar-lhes uma destinação adequada. O grande problema é que não existem CETAS suficientes para acolher todos os animais apreendidos e os que já existem muitas vezes não estão em condições de receber animais, seja por falta de financiamento, seja por falta de profissionais capacitados¹².

De acordo com informações fornecidas pelo sítio eletrônico da Receita Federal Brasileira, a Secretaria da Receita Federal, órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, é responsável pela administração dos impostos incidentes sobre o comércio exterior, auxiliando na luta contra o tráfico de animais, entre outros crimes relacionados ao comércio internacional. Ela se subdivide em unidades centrais e unidades descentralizadas, distribuídas por todo o território nacional. Dentro da estrutura da Receita Federal, encontram-se as alfândegas. As autoridades alfandegárias são encarregadas de controlar o comércio internacional de espécimes silvestres, de maneira a evitar o risco de danos irreversíveis à fauna e combater o contrabando.

¹² Idem 2.

A Polícia Federal também cumpre um papel significativo na luta contra o tráfico de animais silvestres. Ela é encarregada de fazer a apuração de infrações penais contra a ordem pública ambiental, assim como infrações de repercussão interestadual ou internacional que exijam uma repressão uniforme¹³.

O Ministério Público, por sua vez, possui o papel de guardião da fauna, sendo seu dever institucional zelar pela boa aplicação da lei. Tanto o Ministério Público Estadual como o Federal, dependendo do caso, são legitimados para propor ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347/1985, e para propor ação penal pública incondicionada, possibilidade prevista pelo art. 26 da Lei n. 9.605/1998. Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2003), a ação civil pública¹⁴ visa a proteger os interesses coletivos e difusos, entre eles a proteção do meio ambiente. Já a ação penal pública incondicionada independe de qualquer manifestação para ser iniciada e o Ministério Público é legitimado a propô-la, pois prevalece o interesse público na apuração de certos crimes definidos pelo legislador. Segundo Laerte Fernando Levai (2006, p. 588), “o princípio constitucional protetivo dos animais (que diz respeito à vida) se sobrepõe às normas civis alusivas ao direito de propriedade (que trata das coisas)”.

No rol de atores da luta contra o tráfico de animais, podemos citar também as organizações não governamentais (ONGs), que visam apoiar e incentivar a elaboração de políticas públicas, assim como apoiar os órgãos de controle e fiscalização, tendo como principais objetivos estimular a conservação da fauna e promover a educação ambiental no seio da sociedade. (GOMES; OLIVEIRA, 2012).

Os agentes auxiliam bastante na tentativa de erradicação do tráfico, e tal atuação não seria possível sem o amparo da lei penal.

13 BRASIL. Art. 144, § 1º, I, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2013.

14 A ação civil pública tem como escopo a condenação pecuniária ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

3.1.2 A sanção penal como arma eficaz na prevenção de danos contra a fauna

Segundo Lambert-Habib,

a adoção de medidas penais é a chave para uma boa implementação da CITES a nível nacional: a obrigação legal cuja violação não é sancionada, é assimilada, de fato, a uma simples obrigação moral. E uma obrigação moral não é o suficiente no domínio do comércio internacional de fauna silvestre, devido ao enorme interesse financeiro das transações efetuadas pelos comerciantes ou traficantes¹⁵ (2000, p. 121, tradução nossa).

É uma obrigação dos Estados-Partes implementar sanções penais rígidas o bastante para coibir o comércio ilegal das espécies listadas pela CITES.

Percebemos que a introdução de penas mais severas permite reduzir o volume de incidência do crime. Seria útil chegar a um certo nível de harmonização de penas, para que seja evitado o desvio do comércio ilegal para países onde a pena é mais baixa. Entretanto, a decisão sobre a pena faz parte do poder soberano do Estado, e a convenção não pode dispor sobre tal matéria.

Observamos ainda que a eficácia na repressão das violações da CITES depende sobretudo do comportamento dos Estados-Partes na efetiva punição das infrações. De fato, a simples publicação de uma legislação penal não é suficiente para garantir que as infrações serão efetivamente sancionadas. (LAMBERT-HABIB, 2000).

O comércio de espécimes silvestres tornou-se ilegal com o advento da Lei n. 5.197, de 1967. A lei não apenas declarou a ilegala-

15 “*Les mesures pénales sont la clé de voûte de l'application de la CITES au niveau national: une obligation juridique dont la violation ne serait pas frappée pas des sanctions conséquentes est assimilée, dans les faits, à une simple obligation morale. Et une obligation morale n'est pas suffisante dans le domaine du commerce international de la vie sauvage où les transactions effectuées par les commerçants ou les trafiquants représentent des intérêts financier énormes*”.

lidade do ato, mas incriminou “o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha” (art. 3º), assim como “a exportação para o Exterior, de peles e couros de anfíbios e répteis, em bruto” (art. 18), cominando pena de 2 a 5 anos de reclusão (art. 27).

Trinta e um anos depois, a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998) também veio tratar da matéria, trazendo como inovações a ampliação do campo de aplicação a todos os animais em território brasileiro e a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Entretanto, a lei diminuiu a pena do comércio ilegal. Na prática, o autor de crimes contra a fauna é frequentemente condenado à pena de multa e, pela morosidade da justiça brasileira (a prescrição é frequente) e descaso por este tipo de crime (aplicação reiterada do princípio da insignificância), tal pena muitas vezes não é aplicada de fato.

Muitos ambientalistas reivindicam a criação de um tipo penal específico para o tráfico de animais silvestres, uma vez que o crime não é satisfatoriamente sancionado pela legislação vigente. Trata-se de um crime complexo, compreendendo diversos atos ilícitos, além de com frequência estar ligado também ao tráfico de drogas, visto que os traficantes utilizam-se das mesmas rotas, muitas vezes escondendo a droga dentro dos animais. Segundo Nicole Neves Nobre (2008, p. 3), “o tráfico internacional de animais constitui um crime assentado em estruturas complexas que pressupõem uma organização interna composta por ramificações especializadas, como práticas de corrupção e falsificação de documentos”. Ademais, na maioria dos casos, quem responde a ação penal são os pequenos agentes do tráfico, como os fornecedores e transportadores, sendo muito difícil tipificar a conduta dos grandes traficantes. Com a edição de um tipo penal específico para o tráfico de animais, atribuir-se-ia de maneira mais coerente a punição do pequeno agressor da fauna e a do grande traficante de animais.

Entretanto, de nada adianta o legislador prever sanções penais mais severas se não há um comportamento harmonioso por parte

do Poder Executivo, como veremos a seguir no caso da Resolução CONAMA n. 457.

3.2 A controversa Resolução CONAMA n. 457: um benefício em prol do traficante

Ultrapassada a elucidação da situação do comércio da fauna silvestre no Brasil, é muito importante ressaltar o impacto da edição da Resolução CONAMA n. 457 na legislação ambiental brasileira. Para tanto, iremos analisar o contexto da nova resolução para depois evidenciar o seu cunho contraditório.

3.2.1 O contexto da nova resolução

Segundo o artigo VIII, 4 e 5, da CITES e o art. 25 da Lei n. 9.605/1998, os animais apreendidos oriundos do comércio ilegal devem receber um destino adequado, onde possam ser devidamente tratados.

Os animais apreendidos conhecem três destinos possíveis: a reintrodução na natureza, após uma análise dos que estão prontos para serem reintroduzidos; a entrega a zoológicos, fundações ou entidades ambientais, desde que sob responsabilidade de técnicos habilitados; e a entrega provisória a um guardião, como fiel depositário, após autorização judicial, no caso da impossibilidade de o animal ter as destinações anteriores. Cabe destacar que o fiel depositário não pode ser o infrator, pois, no lugar de puni-lo, a lei iria beneficiá-lo, perdendo toda a sua finalidade.

No Brasil, as entidades encarregadas de receber, triar e tratar os animais são os Centros de Triagem de Animais Silvestres (CETAS). Entretanto, não há unidades suficientes no País capazes de receber todos os animais apreendidos e muitas das unidades existentes estão em péssimo estado. Constata-se igualmente que muitos zoológicos não podem acolher mais animais por estarem

superlotados. Atualmente, enfrentamos um problema de ausência de destinação adequada para os animais apreendidos em operações ilegais. Nesse contexto foi editada a Resolução CONAMA n. 457.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), constituído por representantes de cinco setores: dos órgãos federais, estaduais e municipais, do setor empresarial e da sociedade civil. Possui grande influência sobre a gestão ambiental no Brasil. Entre os atos do CONAMA, segundo dados oferecidos pelo sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente, podemos citar a possibilidade de edição de resolução¹⁶ “quando se tratar de deliberação vinculada a diretrizes e normas técnicas, critérios e padrões relativos à proteção ambiental e ao uso sustentável dos recursos ambientais”¹⁷.

Em 25 de junho de 2013, o CONAMA editou a Resolução n. 457¹⁸, relativa à tutela dos animais apreendidos como objeto de comércio ilegal. A resolução entrou em vigor quando passaram 180 dias de sua publicação, tornando-se um dos maiores retrocessos da legislação ambiental brasileira.

A resolução tem por escopo sanar o problema da falta de destinação apropriada para os animais silvestres apreendidos em operações ilegais. Ela dispõe sobre o depósito e a guarda provisórios dos animais apreendidos pelos órgãos ambientais do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Contudo, ela propõe uma solução polêmica: a possibilidade de guarda provisória dos animais apreendidos pela própria pessoa que cometeu a infração, uma vez que os órgãos

16 Resolução é um ato administrativo normativo, que visa a correta aplicação da lei, expedido pelo poder executivo a fim de regulamentar matéria exclusiva.

17 Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conamaestr.cfm>.

18 BRASIL. Resolução CONAMA 457/2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=695>>. Acesso em: 1º jul. 2013.

oficiais que deveriam ser responsáveis pela tutela de animais estão superlotados ou em péssima situação (CETAS e zoológicos).

A resolução fixou o Termo de Depósito Preliminar de Animal Silvestre (TDAS) e o Termo de Guarda de Animal Silvestre (TGAS). O primeiro é um termo de caráter provisório garantido ao infrator que estiver *em posse do animal* e o segundo, que possui caráter provisório, será concedido *a quem se cadastrar* junto ao órgão ambiental competente para receber animais apreendidos. A resolução legaliza ainda a guarda de até dez animais silvestres, podendo haver ampliação do número de animais. Em ambos os casos, trata-se de legalizar e tornar oficial a posse de animais oriundos do comércio ilícito.

Observamos, então, a flagrante natureza contraditória de tal resolução.

3.2.2 O caráter contraditório da resolução

A nova resolução CONAMA representa um dos maiores retrocessos da legislação ambiental brasileira, apresentando uma latente contradição tanto em relação à legislação sobre o comércio de espécies como à legislação sobre proteção da fauna.

Cabe destacar a contrariedade às normas referentes ao comércio internacional de espécies trazidas pela CITES. A convenção prevê o confisco dos animais objeto do comércio ilegal, sendo o confisco considerado uma pena bastante eficaz, visto que as espécies são dotadas de grande valor monetário. Segundo a nova resolução, os espécimes não seriam mais confiscados, permanecendo sob a custódia do infrator. Ademais, vimos que a regulamentação internacional subordina-se à existência de certo nível de sanções. Ora, ao garantir-se a guarda dos animais apreendidos ao próprio infrator, presenciamos a inexistência mesmo de sanção. É certo que a CITES não prevê o grau de severidade das sanções que devem ser aplicadas, mas ela destaca a importância da adoção por parte

dos Estados de sanções capazes de reprimir o comércio ilícito de animais. Nesse sentido, a resolução, ao invés de reprimir a conduta ilícita, premia o infrator.

Além de não estar de acordo com o texto internacional, a resolução também apresenta contrariedade aos arts. 105 e 106 do Decreto n. 6.514/2008¹⁹. Segundo Roberto da Silva Freitas, Promotor de Justiça Adjunto do DF, “a priori, os objetos apreendidos ficarão sob a responsabilidade do ente ambiental que empreendeu a fiscalização. Excepcionalmente, poderão ser confiados a fiel depositário, até o julgamento do processo administrativo” (FREITAS, 2012, p. 1). Na impossibilidade de o órgão competente custodiar os espécimes apreendidos, deverá ser nomeado um fiel depositário com condições financeiras de manter o espécime em lugar apropriado. Destaca-se o caráter excepcional e provisório de tal medida. Com a edição da resolução, de acordo com Dener Giovanini, membro do Conselho Global contra o Comércio Ilegal Mundial, “a exceção tornou-se a regra”²⁰.

Ademais, observa-se que atualmente os órgãos governamentais não possuem sequer condições suficientes para fiscalizar os criadouros artificiais, e muito menos para fiscalizar pessoas físicas que detenham a guarda dos animais apreendidos. Observamos ainda que o dito caráter provisório da guarda pode facilmente se transformar em prazo indeterminado, uma vez que os CETAS e zoológicos, que deveriam ser as únicas entidades competentes para receber animais apreendidos, além de não possuírem nem financiamento nem profissionais especializados, estão superlotados.

19 BRASIL. Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 18 jul. 2013.

20 GIOVANINI, Dener. Nota oficial do CONAMA sobre a Resolução n. 457/2013. *Estadão/Blogs*, São Paulo, 1º de julho de 2013. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/dener-giovanini/nota-oficial-do-conama-sobre-a-resolucao-4572013/>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

De acordo com Vania Tuglio, Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo e coordenadora do Grupo Especial de Combate aos Crimes Ambientais e de Parcelamento Irregular do Solo (GECAP),

essa resolução é inconstitucional na medida em que permite que os animais que estejam sob guarda irregular sejam mantidos nessa mesma situação. A inconstitucionalidade reside no fato de que a resolução desrespeita o artigo 25 da Lei Federal 9.605/98, que determina que os animais apreendidos sejam entregues a centros de reabilitação, santuários, zoológicos e assemelhados desde que sob cuidados de técnicos habilitados²¹.

A resolução legaliza aquilo que tem origem ilegal. Trata-se de uma flagrante institucionalização da ilegalidade. Um grande estímulo ao tráfico de animais.

4 Conclusão

Observamos o notável avanço da legislação ambiental brasileira com o passar dos anos. Além de declarar ilegal o comércio predatório de animais silvestres, ela apresenta evidente evolução no que tange à natureza jurídica da fauna, uma vez que esta passou de *res nullius* para bem difuso coletivo.

Pelo presente estudo, pudemos perceber também que, embora a regulamentação do comércio de animais silvestres seja um avanço legislativo, a legalização do comércio de espécimes oriundos de criadouros artificiais nos mostra que o legislador ainda não leva em conta o aspecto moral e ético da proteção da fauna.

Atualmente passamos por uma drástica inversão de valores: a primazia do valor útil sobre o valor da própria vida. A vida e todos

21 Resolução do CONAMA é um atentado aos direitos animais e à fauna brasileira. *Agência de Notícias de Direitos Animais*, São Paulo, 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/27/06/2013/resolucao-do-conama-e-um-atentado-aos-direitos-animais-e-a-fauna-brasileira>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

os seus elementos, entre eles o meio ambiente e seus componentes, perderam o seu valor intrínseco e essencial, possuindo tão somente um valor utilitarista.

Depreende-se ainda que os instrumentos implicados na luta contra o tráfico da fauna não são suficientes. Segundo a advogada Roberta Raphaelli Pioli (2013, p. 2),

diante da insuficiência da fiscalização em um país de dimensões continentais como o Brasil, a única solução para o crescente aumento do tráfico de animais parece ser a elaboração de mudanças efetivas no tocante à penalização do crime, tornando mais severos tanto o quantum da pena quanto o valor máximo da multa, como forma de coibir esse tipo de ação, além da realização de campanhas educativas para que cada cidadão possa se conscientizar e então colaborar para a redução da demanda por animais silvestres.

Este não parece ser o entendimento da Administração Pública.

Fica claro, pela edição da nova resolução, que a Administração Pública tem a tendência de se manifestar sempre sobre as urgências, dando soluções pontuais e superficiais. Entretanto, ela precisa se manifestar sobre os problemas estruturais. Ao tentar resolver o problema da falta de destinação adequada aos animais apreendidos, o CONAMA acabou por criar um problema ainda maior: a premiação do infrator e a estimulação do comércio ilegal da fauna silvestre.

Referências

ABDALLA, Annelise Varanda Dante. *A proteção da fauna e o tráfico de animais silvestres*. Programa de Mestrado da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Piracicaba, São Paulo, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Fauna, políticas públicas e instrumentos legais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004.

CALHAU, Lélío Braga. Da necessidade de um tipo penal específico para o tráfico de animais: razoabilidade da Política Criminal em defesa da fauna. *Revista Juristas*, João Pessoa, a. III, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/meio-ambiebtetutelapenalmaustratos.ht>>.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREITAS, Roberto da Silva. Responsabilidade do depositário de bens apreendidos em decorrência de infrações ambientais. *Jus Navigandi*, janeiro de 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20891/responsabilidade-do-depositario-de-bens-apreendidos-em-decorrenca-de-infracoes-ambientais>>.

GIOVANINI, Dener. Nota oficial do CONAMA sobre a Resolução 457/2013. *Estadão/Blogs*, São Paulo, 1º de julho de 2013. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/dener-giovanini/nota-oficial-do-conama-sobre-a-resolucao-4572013/>>.

GOMES, Carita Chagas; OLIVEIRA, Raisia Lustosa. O tráfico internacional de animais: tratamento normativo e a realidade brasileira. *Revista Direito e liberdade*. Disponível em: <www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas>.

HERNANDES, Erika Fernanda Tangerino. Das redes e do tráfico de animais. *Geografia*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2002.

LAMBERT-HABIB, Marie-Laure. *Le commerce des espèces sauvages: entre droit international et gestion locale*. L'Harmattan, 2000.

LADEIA, Lara de Queiroz; FENNER, André. *Tráfico de animais silvestres*. Disponível em: <<http://www.cpgls.ucg.br/ArquivosUpload/1/File/V%20MOSTRA%20DE%20PRODUO%20CIENTIFICA/SAUDE/65.pdf>>.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

_____. Proteção jurídica da fauna. In: *Manual prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente*, p. 583-629. Disponível em: <[http://www.mpambiental.org/arquivos/artigos/Manual _____ Protecao_Juridica_da_Fauna_MP_SP.pdf](http://www.mpambiental.org/arquivos/artigos/Manual_____Protecao_Juridica_da_Fauna_MP_SP.pdf)>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. Malheiros, 2003.

MARTINS, Thiago de Souza. *A Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) e a sua implementação no Brasil: das expectativas de proteção à mercantilização da vida*. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Mestrado, Florianópolis, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/90542/254660.pdf?sequence=1>>.

MAZAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA – Salvador*, 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/nicolle_neves_nobre.pdf>.

PIOLI, Roberta Raphaelli. Tráfico de animais silvestres: legislação deve ser mais severa na punição para coibir prática criminosa. *Visão Revista Jurídica*, edição 90, 2013. Disponível em: <<http://>

revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/71/artigo255410-2.asp>.

Rede nacional de combate ao tráfico de animais silvestres. *1º Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Animais Silvestres*, 2001. Disponível em: <http://www.renctas.org.br/files/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>.

COMISSÃO EUROPEIA. *Regulamentação relativa ao comércio de espécies da fauna e da flora selvagens na União Européia*: introdução à CITES e à sua execução na União Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007.

Resolução do Conama é um atentado aos direitos animais e à fauna brasileira. *Agência de Notícias de Direitos Animais*, São Paulo, 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/27/06/2013/resolucao-do-conama-e-um-atentado-aos-direitos-animais-e-a-fauna-brasileira>>.

SANTANA, Heron José de. Os crimes contra a fauna e a filosofia jurídica ambiental. *Anais do 6º Congresso Internacional do Meio Ambiente*, São Paulo, 2002.

SILVA-SANCHEZ, Solange S. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2000.

SILVA, Solange Teles; MELE, João Leonardo. *Segurança ambiental na região amazônica*. Manaus, Hileia, *Revista de direito ambiental da Amazônia*, ano 4 n. 7, jul./dez., 2006, p. 167-190.

STIFELMAN, Anelise Grehs. Alguns aspectos da fauna silvestre na Lei de Crimes Ambientais. *Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul*, 26 janeiro 2006. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia_anelise1.pdf>.

**Ministério Público, Políticas Públicas
e Patrimônio Histórico**

O papel do Ministério Público no controle de políticas públicas

Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail

Procuradora da República em Pernambuco.

Resumo: O presente estudo versa sobre a atuação do Ministério Público no controle de políticas públicas enquanto órgão de defesa da cidadania. Parte-se inicialmente da definição de políticas públicas como instrumento de concretização de direitos fundamentais, demonstrando-se a importância da participação popular tanto na formulação das políticas como no controle social. Na sequência, busca-se conceber as bases da instituição tal como definida na Constituição de 1988 e como a nova configuração do Ministério Público influiu no processo de legitimação de seus membros perante a sociedade. Discorre-se, em seguida, acerca da amplitude do controle da atuação ou omissão do Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressaltando-se a superação da concepção clássica de que os atos políticos ou de gestão seriam imunes ao controle externo exercido sobre os atos administrativos em geral. Nesse sentido, propõe-se uma reflexão sobre a atuação do Ministério Público, extra e judicialmente, na fiscalização e controle das políticas públicas, buscando-se fixar premissas para os tipos de atuação, além das vantagens e desvantagens de cada modo de atuar. Por fim, demonstra-se como se tem comportado o Supremo Tribunal Federal ao enfrentar a matéria, tentando-se estabelecer os requisitos para o exercício do controle jurisdicional de políticas públicas como forma, em última instância, de evitar a politização da própria justiça.

Palavras-chave: Ministério Público. Políticas públicas. Controle externo e jurisdicional.

Abstract: The present essay focuses on the role of prosecutors in charge of public policies, as an organ responsible for the citizenship defense. Initially it cares of the definition of public policies as an

instrument of realization of fundamental rights, demonstrating the importance of popular participation, both in the formulation of policies, such as social control. In the sequence, it seeks to remind the bases of the institution as defined in the Federal Constitution of 1988 and how the new configuration of prosecutors influenced the process of legitimation of its members towards society. Then, it refers to the extension of control of the performance or omission of the State in compliance with its constitutional obligations, underscoring the resilience of classical conception that political or management acts would be immune to external control exerted over administrative acts in general. In this sense, the study proposes a reflection on the role of prosecutors, extra and judicially, monitoring and controlling public policies and seeks to establish premises for the types of activity, and the advantages (benefits) and disadvantages of each mode of acting. Finally, it demonstrates how the Supreme Court has been behaving to face the issue, trying to establish requirements for the exercise of judicial control of public policies, in order, ultimately, to avoid the politicization of justice itself.

Keywords: Prosecutor. Public policies. External and jurisdictional control.

Sumário: 1 Definição de políticas públicas. 2 O Ministério Público na Constituição de 1988. 3 Controle de políticas públicas pelo Ministério Público. 4 Judicialização de políticas públicas. 4.1 Limites para intervenção judicial no controle de políticas públicas. 5 Conclusão.

1 Definição de políticas públicas

De acordo com Analúcia Hartmann (2005, p. 404), “chamamos de política pública aquela que visa definir ou estabelecer uma meta de finalidade coletiva”. Explica a Procuradora da República que se trata de uma imposição obrigatória, com um sentido específico e identificado pela ordem constitucional.

O termo não é utilizado para indicar um ato normativo ou administrativo isolado, na verdade, quando falamos de políticas

públicas, estamos nos referindo a um programa ou conjunto de ações que têm por objetivo uma finalidade determinada, sempre de interesse coletivo.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparto (1998, p. 45) define política, “[...] antes de tudo, como uma atividade, isto é, como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.

Ronald Dworkin (1978 apud COMPARATO, 1998, p. 44) define política em contraposição à ideia de princípio; enquanto este tenderia ao estabelecimento de direitos individuais, política, segundo o autor, designa “aquela espécie de padrão de conduta (*standart*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma característica em alguma melhoria econômica, política ou social da comunidade”.

As políticas públicas são efetivadas por meio da função administrativa. Contudo, antes de serem executadas, devem encontrar seu fundamento de validade na Constituição. Isso porque é a Constituição que deve nortear a escolha dos interesses coletivos essenciais que deverão ser concretizados para a satisfação social.

Como não poderia deixar de ser, a formulação e a implementação de políticas públicas competem primordialmente ao Poder Executivo. São definidas, por vezes, nos programas de governo, elaborados antes mesmo da eleição do chefe do Executivo. Todavia, não podemos esquecer o papel dos movimentos sociais e das instituições públicas e privadas de defesa da cidadania como forma de pressão popular na definição de prioridades e no redimensionamento de políticas públicas.

Em tal contexto, pertinente citar trecho da obra de J. J. Gomes Canotilho, o qual define o princípio democrático como um princípio complexo, distanciando-se da concepção restritiva de democracia simplesmente representativa para abranger a sua dimensão participativa, *in verbis*:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da *teoria democrática representativa* – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica *democracia participativa*, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inptus* políticos democráticos. (CANOTILHO, 2003, p. 288–289). [grifos nossos]

Nesse sentido, muito profícua a participação popular, direta ou por meio de representantes, em órgãos colegiados com funções variadas, desde a fiscalização de prestações de contas à definição de metas para a aplicação de recursos públicos, de que são exemplos os conselhos municipais de saúde, de alimentação escolar, de assistência social, este último embasado na Lei n. 8.742/1993¹, entre tantos outros. Evolução dessa prática foi a criação dos orçamentos participativos, os quais permitem a negociação direta entre comunidade e governo para a definição de políticas governamentais.

Para o aperfeiçoamento da atuação governamental e definição das políticas públicas, que visam em última instância satisfazer interesses do cidadão, imprescindível a utilização de indicadores sociais, com base em dados extraídos de órgãos oficiais de pesquisa como IBGE, IPEA² etc. O conhecimento sobre a população alvo permite o estabelecimento de prioridades e a adoção de medidas estratégicas, sobretudo para sanar problemas em áreas sensíveis, como saúde e educação. Importante também a consideração desses dados para que se possa ter noção sobre a perspectiva de aumento populacional de grupos sociais vulneráveis e minorias, como por exemplo idosos e pessoas com deficiência, a fim de que sejam toma-

1 BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências”. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

2 Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais.

das medidas preventivas em relação à acomodação desses grupos na sociedade conforme a demanda de crescimento.

Todavia, a experiência revela que nem sempre é a vontade popular ou os reais anseios da população que norteiam o Poder Executivo na definição das políticas públicas. De outra banda, ainda que haja participação popular na formulação dos programas governamentais, o que legitima o processo de definição e eleição das metas e prioridades, faz-se mister o controle social durante a execução da política a fim de assegurar que não ocorra o desvirtuamento dos propósitos que motivaram a criação do programa de governo.

Tais circunstâncias justificam o exercício de controles externos sobre as políticas públicas, seja diretamente pela sociedade, mediante mecanismos de participação popular referidos acima, seja por meio da atuação extrajudicial do Ministério Público ou do Poder Judiciário, no caso de judicialização da política pública.

2 O Ministério Público na Constituição de 1988

A configuração atual do Ministério Público foi definida pela Constituição Federal de 1988. Dentro do capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, a primeira seção foi dedicada ao Ministério Público. Uma das principais mudanças foi a separação entre as funções de tutela dos direitos difusos e coletivos e de defesa judicial dos atos do Poder Executivo, que passou a ser incumbência exclusiva dos órgãos da Advocacia Pública, enquanto o Ministério Público foi alçado à condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/1988).

Assim, além de titular privativo da ação penal pública, o MP teve suas atribuições no âmbito da tutela coletiva definidas e ao mesmo tempo ampliadas, competindo-lhe promover o inquérito civil e a ação civil pública (ACP) para a defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos, entre outras fun-

ções elencadas no art. 129 da CF/1988, com vistas à consecução dos objetivos que justificaram a sua atual configuração constitucional. Consoante dicção do inciso IX do mencionado artigo, as atribuições do MP não foram previstas em *numerus clausus*, pois lhe foi facultado “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Pode-se dizer que uma das maiores conquistas do Ministério Público com a promulgação da Carta Magna de 1988, senão a maior, foi a sua desvinculação da defesa do erário e dos atos governamentais. Ademais, a autonomia e a independência funcional conferidas aos seus membros³ permitiram o efetivo exercício de suas funções, de forma dinâmica e combativa, na defesa imparcial da ordem jurídica, da democracia e dos interesses maiores da sociedade. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos destaca acórdão do STF:

O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente dessa instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto à efetiva submissão dos poderes à lei e à ordem jurídica. (STF, Tribunal Pleno, ADIMC 789, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-10-1992, *Em. de jurisprud.*, v. 1693-02, p. 196; DJ 1, de 26-2-1993, p. 2356) (BULOS, 2003, p. 1088).

3 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Com o alargamento de suas funções, o Ministério Público vem ocupando lugar de cada vez mais destaque, não apenas na organização do Estado mas na própria sociedade. Isso porque a tutela dos direitos difusos e coletivos contribui para a legitimidade do MP perante a população na medida em que o aproxima dos demais atores sociais e da comunidade diretamente interessada, que projeta na instituição seus anseios pela busca de soluções para os conflitos coletivos e sociais.

Nessa perspectiva, a atuação do MP se tornou muito mais democrática. Por meio dos instrumentos que lhe foram postos à disposição (poder requisitório e de notificação, expedição de recomendação, celebração de acordos extrajudiciais, de termos de ajustamento de conduta e promoção de audiências públicas), ampliou-se a própria forma de acesso à Justiça pelos cidadãos⁴.

Sob outro aspecto, tratando-se de membros não eleitos, o que é pouco comum numa democracia em relação a agentes com tamanho grau de discricionariedade, considerando-se a autonomia e a independência de que gozam para atuar, é mister que a instituição Ministério Público busque o respeito da população e o seu reconhecimento enquanto agente público promotor de direitos fundamentais, a fim de conferir maior legitimidade a sua atuação.

3 Controle de políticas públicas pelo Ministério Público

O controle externo da atuação ou omissão do estado em relação a políticas públicas é uma forma de salvaguardar a realização de direitos fundamentais previstos na Constituição. O Ministério

4 Entenda-se aqui acesso à justiça enquanto direito fundamental, que há de ser assegurado ao cidadão “[...] não apenas através do Poder Judiciário, mas também através dos outros Poderes do Estado; dos órgãos públicos autônomos, como o Ministério Público, e dos meios extrajudiciais para a resolução de litígios, como a arbitragem, a conciliação e a mediação nas relações de direito privado”. (ISMAIL FILHO, 2011, p. 46).

Público, enquanto instituição permanente de defesa da cidadania, é órgão de controle da Administração pública e tem como dever, entre outras funções, zelar pela implementação de políticas e serviços públicos de qualidade.

Nesse sentido, o MP deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização do próprio direito constitucional. Todavia, a sua fiscalização não está limitada ao exame da legalidade, como nos casos em que é possível identificar de plano o desvio de finalidade do Poder Público, de verbas, ou outro vício que torne o ato nulo, mas abrange também a análise da própria pertinência ou a adequação da política ou programa governamental aos fins a que se propõe.

Com efeito, há muito já foi superada a ideia de que as políticas públicas estariam imunes a controles externos, seja exercido pelo Poder Judiciário, seja exercido por outros poderes autônomos como o Ministério Público. Ainda que se enquadrem as ações do Estado visando à satisfação dos interesses da coletividade na categoria de atos políticos e de gestão, elas não estão excluídas do controle externo exercido sobre os atos administrativos em geral.

O promotor de Justiça Salomão Abdo Aziz Ismail, em artigo de sua autoria, defende a possibilidade de controle externo sobre o ato político como forma de garantir a própria essência do princípio da separação entre os poderes:

Criar imunidades para que atos com assento constitucional sejam praticados livremente pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Chefe de Governo, sem qualquer possibilidade de controle, deveras, é fomentar o arbítrio, causando um desequilíbrio entre os Poderes de Estado, pois um deles, o Executivo, ficará em uma posição superior, desprestigiando-se o Poder Judiciário como instância final para a defesa dos direitos do cidadão. (ISMAIL FILHO, 2012, p. 156).

Na verdade, com o desenvolvimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo, ampliou-se a possibilidade de controle dos atos praticados pela Administração, que ultrapassou o âmbito da legalidade estrita para abranger também o exame da legitimidade das ações do Poder Público. Por pertinente, cito novamente a Procuradora da República Analúcia Hartmann:

Nem mesmo a arraigada noção, por si só deturpada, da discricionariedade da Administração Pública, pode ser usada como argumento para afastar o controle do Judiciário sobre a atuação do Estado. Mais que uma discussão sobre a legalidade, a legitimidade da atuação passa obrigatoriamente pelo crivo de sua adequação aos objetivos traçados pela ordem jurídica, a fim de buscar o implemento efetivo das políticas públicas e sociais. (HARTMANN, 2005, p. 405).

Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 127) lembra que foi a Lei da Ação Popular que abriu a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo embasado na lesão como causa de nulidade do ato, sem a exigência do requisito da ilegalidade (Lei n. 4.717/1965, art. 4º, II, *b*, e V, *b*). Todavia, segundo a autora, a grande guinada sobreveio com a Constituição de 1988, art. 5º, LXXIII⁵, ao prever o controle do ato administrativo por ofensa à moralidade administrativa, via ação popular; “[...] trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade”.

Para exercer o controle sobre políticas públicas, antes de ingressar judicialmente, o Ministério Público poderá utilizar-se dos meios extrajudiciais de que dispõe, quais sejam, instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis, expedição de recomendação, celebração de termo de ajustamento de conduta e

5 “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”.

promoção de audiências públicas. É óbvio que não existe regra pre-estabelecida ou gradação entre as medidas que devem ser adotadas. Somente o exame do membro oficiante no caso concreto poderá indicar qual medida se mostrará mais eficaz para tornar efetiva ou aprimorar a política pública questionada.

Comumente, a via judicial é resguardada para as hipóteses em que as medidas extrajudiciais se mostrarem infrutíferas para garantir o efetivo exercício do direito social obstado. Isso porque a perspectiva de ajuizamento da ACP representa um instrumento de pressão sobre o ente público em débito com o seus deveres constitucionais, por isso interessante que seja reservada para um momento posterior. Todavia, ponderamos que determinadas hipóteses exigem a judicialização de forma imediata, são casos em que a propositura da ação se apresenta como a única alternativa para aplacar o anseio do corpo social pela implementação efetiva de seus direitos fundamentais. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando as tratativas para um consenso ou ajuste com o Poder Público comecem ou se tornem desgastadas em razão do longo período de violação do direito, ou de sucessivos compromissos descumpridos perante os órgãos de defesa da cidadania e da própria população.

A atuação do membro do Ministério Público também poderá ocorrer de forma preventiva. Com efeito, nos casos em que a violação ao direito fundamental a ser tutelado ainda não houver se consumado ou quando não existirem dados suficientes para se formar um juízo de valor sobre os fatos em apuração, há margem para discussão, colheita e troca de informações, o que por vezes pode ser bastante para prevenir conflitos que de outra maneira seriam judicializados.

Para tais finalidades, poderá o MP promover ou participar de audiências públicas realizadas por outros entes públicos. Esse é um instrumento extraordinário, pois serve para aprimorar o debate e construir soluções para a satisfação dos interesses da coletividade. Tem-se em mente aqui a atuação do MP não apenas frente a casos

concretos mas também com antecipação diante de posturas notórias do Poder Público, para evitar que se consuma a violação ao direito fundamental ou mesmo para aperfeiçoar políticas públicas já em andamento.

Nessa perspectiva, deve-se acrescentar a participação de membros do Ministério Público em órgãos colegiados e multidisciplinares, de que são exemplos conselhos deliberativos como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA) e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), e em fóruns de discussão e execução, tais quais os fóruns de Combate à Corrupção e aos Efeitos dos Agrotóxicos na Saúde do Trabalhador, no Meio Ambiente e na Sociedade, existentes em Pernambuco e em outros estados. Nesses casos, o membro do MP não atua como ator principal, age junto com outros atores sociais, entre os quais se incluem representantes dos Poderes Públicos e da sociedade civil, construindo soluções consensuais e buscando o aprimoramento de políticas e serviços públicos essenciais. Essa forma proativa de atuar é importante, porque evita violações a direitos humanos e fundamentais, por vezes iminentes, prevenindo uma atuação que fatalmente se daria de forma repressiva.

Outra maneira de o MP atuar é no sentido de cobrar o efetivo funcionamento dos conselhos municipais e estaduais que fiscalizam a execução de programas governamentais e a aplicação dos recursos públicos repassados no âmbito desses programas. No caso de transferências fundo a fundo⁶, utilizadas para o repasse de recursos nas áreas da saúde, educação e assistência social, muitas vezes os conselhos são a instância encarregada de receber as prestações de

6 “As transferências fundo a fundo caracterizam-se pelo repasse, por meio da descentralização, de recursos diretamente de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios”. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/ManualGestaoRecursosFederais/Arquivos/CartilhaGestaoRecursosFederais.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

contas dos entes responsáveis pela execução do programa. Embora, em qualquer caso, subsistam as atividades dos órgãos de controle – seja do próprio ente repassador das verbas, seja dos órgãos próprios de fiscalização – Controladoria Geral da União (CGU), Ministério Público etc. – para apurar eventuais desvios de recursos, inadimplemento ou inexecução das ações, é evidente que a atuação desses órgãos é mais bem instrumentalizada quando os conselhos funcionam efetivamente, pois por meio deles é possível obter diretamente as informações e com um maior grau de isenção. Assim, garantir a eficiência e o funcionamento do conselho é uma forma de assegurar a fiscalização sobre a aplicação das verbas públicas, elemento essencial para a eficácia da política pública.

Esgotadas todas as tentativas de solução extrajudicial sem que se tenha logrado a efetiva implementação da política pública, outra alternativa não restará ao membro do Ministério Público senão o ingresso de ação civil pública contra o ente político. Para o exercício dessa atribuição que a Constituição expressamente lhe outorgou, dispõe o *Parquet* do inquérito civil, que serve para apuração dos fatos e colheita de provas a fim de instruir a ação judicial. O inquérito civil não é pressuposto para o ajuizamento da ACP; todavia, essa apuração administrativa é um supedâneo importante para comprovar as alegações que fundamentam a ação do MP e confere maiores chances de êxito aos pedidos formulados para resguardo e proteção do direito fundamental ou social dependente da execução de uma política pública.

Diferentemente do que foi previsto para a ação penal pública, ao MP não foi reservado o monopólio para ingresso da ação civil pública. Entretanto, apesar de haver uma série de colegitimados a sua propositura, o Ministério Público é o litigante com o maior número de ações civis públicas ajuizadas. Esse registro pode ser explicado, em grande parte, pelos poderes que foram outorgados à instituição a partir da Constituição de 1988, com destaque para a garantia da independência funcional, que confere aos seus membros autonomia para ingressar em juízo contra qualquer ente político ou órgão da Administração pública de qualquer um dos níveis da federação.

Nesse mesmo sentido, em referência à temática ambiental, discorre Paulo Affonso Leme Machado:

Ganha muito o meio ambiente em ter como um dos atores da ação civil pública um Ministério Público bem preparado, munido de poderes para uma atuação eficiente e independente. O inquérito civil, atribuição constitucional do Ministério Público, servirá para uma apurada colheita de provas para embasar a ação judicial. Aponte-se que essa Instituição vem propondo uma grande quantidade de ações civis públicas ambientais em que no pólo passivo estão os Governos Federal ou estaduais, além de poderosas empresas públicas ou privadas. (MACHADO, 2011, p. 145).

Embora defendamos a ideia de que, como regra, a via judicial deva ser reservada para casos extremos, como por exemplo não atendimento à recomendação e descumprimento de termo de ajustamento de conduta, ou, em suma, quando não houver outra medida extrajudicial que corresponda ao anseio de tornar efetivo o direito fundamental ou social reclamado pela população, o ingresso em juízo tem a vantagem de levar a discussão ao Judiciário, possibilitando o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas. É óbvio que a judicialização da matéria acarreta uma série de consequências outras, muitas delas desfavoráveis, como retirar o MP da condução dos autos e submetê-los a ritos e prazos judiciais, por isso deve ser bastante ponderada e refletida.

4 Judicialização de políticas públicas

Conforme mencionado no tópico anterior, o controle externo em relação a políticas públicas pode ocorrer tanto nos casos de atuação em desconformidade com o interesse público (desvio de finalidade ou inadequação da política adotada) como de omissão do ente político em adotar as medidas necessárias para a satisfação de interesses da coletividade. Nesse sentido, por meio da judicialização da política pública, requerer-se-á provimento jurisdicional por meio do qual o Poder Público seja obrigado a utilizar os instrumentos de que dispõe para dar concretude ao comando constitucional,

impondo-lhe a efetiva realização do direito fundamental obstado pela ausência de uma política pública efetiva e adequada. Acerca do assunto, extraímos trecho de artigo de autoria de Rodolfo de Camargo Mancuso (2005, p. 294):

[...] Em contraposição, o acesso à Justiça dos *novos direitos* vem emprestando judicialidade a certos interesses legítimos concernentes a sujeitos indeterminados, e onde o objeto se mostra indivisível, conduzindo, naturalmente, à necessidade de uma coisa julgada de eficácia *erga omnes* ou ao menos *ultra partes*, como fica visível nas ações civis públicas voltadas ao controle judicial das *políticas públicas*. Nesse caso, já escrevemos, onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva e omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente, como, por exemplo, se dá em caso de descumprimento das normas tuteladoras do meio ambiente, onde o infrator se sujeita ‘a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’ (CF, art. 225, § 3º); ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o ‘sequestro da quantia necessárias à satisfação do débito’ (CF, § 2º do art. 100), a par de eventual intervenção no ente político faltoso (CF, art. 35, I).

A judicialização de conflitos envolvendo políticas públicas exigiu dos magistrados uma alteração do perfil originalmente mais conservador, a começar pela flexibilização da concepção tradicional de que não caberia ao Poder Judiciário imiscuir-se em questões políticas. Essa mudança de postura e de mentalidade exige uma atitude mais proativa dos juízes, a partir da conscientização do Judiciário como forma de expressão do poder do Estado e que, como tal, somente se justifica na medida em que corresponde aos anseios sociais, ao proferir decisões de mérito socialmente relevantes e capazes de garantir a realização de direitos fundamentais.

Nessa senda, o efetivo grau de interferência do Judiciário na formulação de políticas públicas não pode ser medido tão somente com base no aumento puro e simples de demandas sobre o tema.

Na verdade, existe uma série de fatores internos e externos capazes de influenciar as decisões judiciais que incidem sobre políticas e programas de governo. Além da inevitável influência das convicções e inclinações pessoais, os juízes são pressionados também pela opinião pública. Segundo Ernani Rodrigues de Carvalho, em artigo de sua autoria, isso se justificaria em razão da falta de legitimidade eleitoral dos juízes e tribunais, o que “os torna vulneráveis enquanto órgãos de soberania”. Acrescenta o autor no mesmo artigo:

Segundo o jurista americano Bernard Schwartz, a capacidade de o Judiciário intervir ou ser mais presente na vida política está diretamente ligada ao grau de importância que a população deposita nas instituições democráticas, ou, mais precisamente, a credibilidade que essa instituição (o poder Judiciário) tem perante o público. Schwartz advoga que a base de sustentação da Corte Suprema americana são a Constituição e a opinião pública. (CARVALHO, 2004).

O Supremo Tribunal Federal possui farta jurisprudência que reconhece a intervenção do Judiciário em temas pertinentes a políticas governamentais para o fim de garantir o direito à educação infantil (CF, art. 208, IV), consoante se confere em voto do ministro Celso de Mello acolhido à unanimidade pela Segunda Turma do Tribunal:

[...] É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Re. Min. Celso de Melo (Informativo STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo, reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, *que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos políticos-jurídicos que sobre eles inci-*

dem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia de e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Tenho para mim, *desse modo*, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, *tratando-se de proteção à criança e ao adolescente*, não podem ser exercidas de modo a comprometer, como apoio em juízo de simples *conveniência* ou de *mera oportunidade*, a eficácia desse direito básico de índole social.

[...]

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, *com esse gesto*, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

[...]

Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de *educação infantil* (RTJ 199/1219-1220) e de *saúde pública* (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira não proferiu decisões que neutralizam os *efeitos nocivos, lesivos e per-*

versos resultantes de inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, *em referidos julgamentos*, colmatou a *omissão governamental* e conferiu *real efetividade* a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, *desse modo*, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, *injustamente*, por arbitrária abstenção do Poder Público⁷. [grifo nosso]

-
- 7 ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 23/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011
EMENT VOL-02587-01 PP-00125Parte(s)
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO
INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA

Ao lado dos precedentes em relação ao direito fundamental à educação (RE 410715 AgR/SP-SÃO PAULO, RE 463210 AgR/SP-SÃO PAULO, RE 384201 AgR/SP-SÃO PAULO), diversos acórdãos prolatados no âmbito do STF autorizam a conclusão de que o Tribunal reconhece o controle judicial de políticas públicas para o fim de tornar efetivos direitos sociais, econômicos e culturais assegurados pela Constituição.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a pacientes soropositivos destituídos de recursos o direito de obter do Poder Público gratuitamente medicamentos, consoante ementa abaixo transcrita:

RE 271286 AgR/RS - RIO GRANDE DO SUL
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/09/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
DJ 24-11-2000 PP-00101
EMENT VOL-02013-07PP-01409 Parte(s)

EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL (...)”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

AGTE.: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
ADVDA.: CANDIDA SILVEIRA SAIBERT
AGDA.: DINÁ ROSA VIEIRA
ADVDS.: EDUARDO VON MÜHLEN E OUTROS
ADVDS.: LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA E
OUTROS

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconse-

qüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF⁸.

Em recente julgado, o STF reafirmou a sua posição favorável à implantação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário, ao dar provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina para o fim de julgar procedente pedido formulado em ação civil pública visando à proteção da criança e do adolescente, mediante a criação e o funcionamento de conselhos tutelares, ante a inércia do poder estatal, *in verbis*:

RE 488208/SC

RELATOR: Ministro Celso de Mello

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. CRIAÇÃO DE DOIS NOVOS CONSELHOS TUTELARES E DISPONIBILIZAÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS AOS CONSELHOS JÁ EXISTENTES (SETORES ILHA E CONTINENTE). CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À

⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE

UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º)
COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. DOCTRINA.
JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. (Informativo n. 720)⁹.

Além do requisito da excepcionalidade, consoante se pode extrair do voto do ministro Celso de Mello – bem representativo da posição atual do Supremo Tribunal sobre o tema –, resta saber quais os limites para o exercido do controle judicial de políticas públicas, a fim de que não venha a haver substituição das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário.

4.1 Limites para o controle judicial de políticas públicas

Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 133) estabelece como primeiro limite à intervenção judicial em relação a políticas públicas a *garantia do mínimo existencial*. Segundo a autora, em artigo já citado, o *mínimo existencial* autoriza a imediata judicialização da questão, “[...] independentemente de existência de lei ou atuação administrativa, constituindo mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei”.

A expressão *mínimo existencial* não pode ser entendida como o mínimo para a sobrevivência, que significaria ter onde habitar, o que comer e o que vestir, e sim como o direito ao mínimo necessário para uma *vida digna*, com todos os atributos a ela inerentes, incluindo-se, além do direito à saúde e educação, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do meio ambiente e acesso à justiça, entre outros. É esse o entendimento que decorre

9 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo720.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

do princípio da dignidade humana, principal norteador da concepção contemporânea dos direitos humanos.

Ao lado desses direitos, que constituem o núcleo central do que se convencionou chamar *mínimo existencial*, acrescentamos como também capaz de suscitar o controle judicial sobre políticas públicas a atuação em defesa de minorias ou grupos socialmente frágeis e, por isso, objeto de especial proteção normativa, como por exemplo, pessoas com deficiência, crianças, idosos e indígenas.

Reconhecida a importância e a imprescindibilidade do direito fundamental que se pretende tutelar a ponto de justificar a intervenção do Judiciário, mister a aplicação do *princípio da razoabilidade* a fim de nortear a correção da política pública equivocada. Este seria justamente o segundo requisito enumerado por Ada Pellegrini Grinover para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, ao lado da *existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas por ele reclamadas* (GRINOVER, 2013, p. 133).

Com relação ao princípio da razoabilidade, este não pode ser compreendido de forma dissociada do princípio da proporcionalidade, o qual, por sua vez, comporta três subprincípios, segundo abalizada doutrina, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. De acordo com a adequação, o ato administrativo deve ser apto para atingir os fins pretendidos com a sua prática. Por sua vez, a necessidade significa que a Administração deve agir de forma a não impor ao administrado sacrifícios desnecessários, por isso deve escolher entre os meios possíveis para atingir o fim determinando aquele que menos restrinja os direitos do administrado. E, por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito, realiza-se um juízo de ponderação, mediante o qual deve ficar demonstrado que o benefício decorrente da prática do ato é superior ao gravame suportado pelo particular.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, salienta a sua utilização como fundamento para a correção judicial do ato administrativo:

Em rigor o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 101).

A intervenção judicial para controle de políticas públicas, em suma, estará autorizada sempre que a conduta do administrador for considerada desarrazoada por não estar em conformidade com os interesses da coletividade ditados pela Constituição, cuja análise na situação concreta demandará a utilização de regras de proporcionalidade.

O último requisito para implementação de políticas públicas mediante a intervenção do Judiciário relaciona-se com a chamada *reserva do possível*. É óbvio que não se poderá obrigar o Poder Público a executar uma determinada política pública sem que o ente político disponha de recursos financeiros para tanto. Esta costuma ser a alegação recorrente utilizada pela Administração para tentar justificar suas omissões e, com isso, escusar-se da condenação judicial. Contudo, o ônus da prova dessa falta de recursos será do órgão público réu na ação, que também deverá justificar a ausência de uma política prévia de planejamento e estabelecimento de prioridades.

Comprovada a ausência de recursos, caberá ao Judiciário determinar seja feita a previsão orçamentária, na próxima proposta, da verba suficiente para a execução da política pública. Ocorre que essa condenação não surtirá efeito se o julgador não se valer de mecanismos, tais quais os previstos no art. 461 e §§ do CPC¹⁰, para garantir o efetivo cumprimento da obrigação de aplicar a verba consoante

¹⁰ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o

determinado no comando judicial. Em tais casos, o autor da ação, seja o Ministério Público ou outro colegitimado, cumpre papel essencial no sentido de fiscalizar o cumprimento da obrigação, devendo ter a diligência de impedir a extinção do processo enquanto não comprovada a execução integral do julgado.

Quanto ao último requisito, cabe assinalar que, em se tratando de direitos básicos que se enquadrem dentro do mínimo existencial, não servirá como alegação de defesa a cláusula da reserva do possível para o fim de obstaculizar condenação judicial que determine a imediata implantação da política pública. Nesse sentido, bastante esclarecedor trecho do voto do min. Celso de Mello, na relatoria do já citado ARE 639337 AgR/SP (AG. REG. no Recurso Extraordinário com Agravo):

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significado relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, ‘A Eficácia Jurídica dos princípios Constitucionais’, p. 245/246, 2002, Renovar), que tem constituído objeto de aguda reflexão teórica em razão *das tensões dialéticas* entre os modelos de Estado Social e de Estado Liberal e Neoliberal (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, ‘Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível’, vol. 1, 2010, Fabri Editor), *notadamente quando se tratar de efetivação e implementação* (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, *pelo Poder Público*, impõe e exige, *deste*, prestações estatais positivas *concretizadores* de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 1994)

omissis

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 2002).

[...]

Não se mostrará lícito, *contudo*, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbítrio e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).

[...]

A noção de mínimo existencial, que resulta, *por implicitude*, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias* do Estado, viabilizadoras, *da plena fruição* de direitos sociais básicos, *tais como* o direito à educação, à proteção integral da criança e ao adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

[...]

*Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*¹¹. [grifo nosso]

5 Conclusão

O Ministério Público como defensor da ordem democrática e dos direitos do cidadão cumpre papel fundamental no controle

¹¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

das políticas públicas, seja judicial ou extrajudicialmente. Ambas formas de atuar possuem vantagens e desvantagens, por isso somente o exame do caso concreto dará ao membro condições de decidir qual a medida e o momento mais adequados para o fim de obter a implementação da política pública reclamada.

Extrajudicialmente, o Promotor de Justiça ou Procurador da República dispõe de mais liberdade para agir enquanto ator social, pois, sem o formalismo e a burocracia próprios dos procedimentos judiciais, pode se colocar de forma direta perante os cidadãos, aproximando-se tanto da sociedade civil quanto do Poder Público, o que lhe confere maior legitimidade para atuar.

Apesar dos vários avanços do MP nessa seara, ainda há muito a ser feito para a consolidação de sua atividade extrajudicial. A tradição do Judiciário em nosso País criou a cultura da litigância, o que é muito profícuo por um lado. Todavia, considerando a dificuldade de o Judiciário lidar com a sua demanda atual, o que impede sejam as ações processadas e julgadas dentro de um prazo razoável, a ampliação das atividades extrajudiciais do Ministério Público se tornou premente, a fim de evitar o ajuizamento de conflitos que possam ser resolvidos sem a intervenção judicial.

Por outro lado, a ausência de poder coercitivo do Ministério Público impõe o ajuizamento da demanda nos casos em que as medidas extrajudiciais adotadas não sejam suficientes para compelir o ente político a cumprir suas obrigações constitucionais e a satisfazer o interesse coletivo. Em tais hipóteses, o ajuizamento da demanda constitui poder-dever do membro do MP. Poder porque se insere entre suas atribuições previstas no art. 129 da Constituição; dever porque, de outra maneira, dificilmente os cidadãos se achariam devidamente representados em juízo para questionar o implemento de políticas públicas. Isso se deve em grande parte à limitação temática das associações e da Defensoria Pública para a propositura da ACP, esta última atrelada ao interesse de grupos

individualizados e determinados de hipossuficientes econômicos¹². Outro fator dificultador da judicialização de demandas sociais e coletivas pelos demais colegitimados é a necessidade de instrução prévia, sobretudo aquelas que envolvem políticas públicas, para o que o inquérito civil é o melhor instrumento.

Assim, o Ministério Público, com seu poder amplo de requisição e todos os demais mecanismos de que dispõe para proceder com suas investigações, hoje devidamente regulamentadas e instrumentalizadas por meio de procedimentos administrativos¹³, detém maiores chances de êxito nesse tipo de ação em especial.

Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas é um processo inevitável, que decorre da própria concepção de Estado Democrático de Direito, do qual não podemos abrir mão, seja como cidadãos, seja primordialmente como membros do Ministério Público.

Não se pode perder de vista, todavia, o risco de se politizar a própria justiça com esse tipo de ação. Assim, a fim de evitá-lo ou ao menos minimizá-lo, necessário o estabelecimento de parâmetros e critérios para o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas, não só para impedir a hipertrofia do Judiciário em relação aos outros poderes como para que demandas análogas não recebam tratamento discrepante.

12 O art. 4º, VII, Lei Complementar n. 80/1994, com redação da Lei Complementar n. 132/2009, que atribui à Defensoria Pública, entre outras, a função de “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”, deve ser interpretado em consonância com o art. 134 da CF, no sentido de conferir legitimidade à instituição para ajuizar ACP apenas para a defesa de cidadãos necessitados e devidamente identificados.

13 Resolução n. 87, de 6 de abril 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal (Alterada pelas Resoluções CSMPF n. 106, de 6/4/2010; n. 108, de 4/5/2010 e n. 121 de 1º/12/2011), e Resolução n. 23, de 17 setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

O STF tende a assumir o seu papel nesse novo cenário em que o Poder Judiciário aparece como órgão ativo e capaz de interferir no traçado de políticas e programas de governo. Dentro desse processo, com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal analisados, é possível extrair que o controle judicial relativamente a políticas públicas vem sendo admitido sempre em caráter excepcional, além de não prescindir do exame da natureza e essencialidade do direito fundamental obstado. Enquanto isso, as demais instâncias do Poder Judiciário ainda precisam avançar bastante no sentido de se autorreconhecerem como órgãos representativos da cidadania e não imunes aos anseios da sociedade.

Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 35, 1998, abr./jun., p. 39-48. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 25 maio 2014.

DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, nov. 2004, p. 115-126.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In:_____; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

HARTMANN, Analúcia. A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. In: Rocha, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio H. P.; CAZETTA, Ubiratan. *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 403-416.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Um contributo em favor do controle externo do ato político*. Revista Científica da FESMPDFT/ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Ano 1, n. 1 (jul. 2012) – Brasília, p. 143-171.

_____. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUE FILHO, Tarcísio H. P.; CAZETTA, Ubiratan. *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 279-325.

Proteção ao patrimônio histórico x direito de construir: conflito de interesses público e privado

Mirian do Rozário Moreira Lima

Procuradora da República em Minas Gerais.

Resumo: O Patrimônio histórico, especialmente protegido pelo tombamento, vem sofrendo, costumeiramente, impactos na sua visibilidade em razão da construção de obras na vizinhança do seu entorno. Alega o proprietário da obra, em seu favor, o exercício do direito adquirido de construir, materializado pelo alvará de construção expedido pelo município. Entretanto, o poder de legislar do município, limitado à matéria de interesse local, não pode violar normas que objetivem a proteção do patrimônio histórico. Caso isso ocorra, o alvará expedido deverá ser nulo ante a sua ilegalidade, ensejando, dessa forma, a possibilidade de indenização ao particular por eventuais danos sofridos. A prévia delimitação do entorno do patrimônio histórico e a previsão legal da transferência do direito de construir são medidas preventivas quanto a esses conflitos dos interesses público e privado.

Palavras-chave: Patrimônio histórico. Tombamento. Delimitação do entorno. Direito adquirido de construir. Transferência. Conflito aparente de normas. Supremacia do interesse público.

Abstract: The cultural heritage, specially protected by landmarking, usually suffers impacts in its visibility due to new constructions in the neighbourhood. The work owner alleges, in his favor, the right to build, materialized by the building permit remited by the municipality. However, the municipality power to legislate, limited to the matter of local interest, cannot violate norms that aim for the protection of the cultural heritage. If that occurs, the building permit remited has to be anulled due to its illegality, causing the

possibility of indemnity for any damages suffered by the individual. The prior boundary delimitation of the cultural heritage and the legal foresight of the right to build transfer are preventive measures applied to conflicts between public and private interests.

Keywords: Cultural heritage. Landmarking. Boundary delimitation in rights of neighbourhood. Acquired right to build. Apparent conflict of norms. Transfer. Supremacy of public interest.

Sumário: 1 Introdução. 2 Tombamento x direito de construir. 3 Medidas preventivas ao conflito dos interesses público e privado. 4 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo enfoca, à luz de fatos surgidos no dia a dia e das referências bibliográficas, a questão relacionada aos impasses gerados entre a proteção por meio de tombamento em áreas onde a legislação urbanística municipal (Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo) é mais permissiva e não considera as premissas de visibilidade do bem cultural, conjunto urbano e paisagem cultural. Pretende demonstrar se o que deve prevalecer é a expectativa de exercer o máximo do potencial construtivo ou a preservação do patrimônio cultural como direito público, com destaque para o aspecto da função social da propriedade.

Procura demonstrar as bases constitucionais e infraconstitucionais, os estudos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos dois pontos mencionados, em princípio conflitantes: de um lado, o interesse público de preservação do patrimônio cultural, de outro, o interesse privado de empreender construções em propriedade particular e, por fim, as alternativas jurídicas encontradas como justa forma de solução do impasse.

2 Tombamento x direito de construir

Vivenciam-se, dia a dia, seja por meio da imprensa de um modo geral, seja com base em demandas judiciais ou, na própria administração pública, por meio de seus órgãos ambientais, problemas rela-

cionados aos impasses gerados entre o interesse público pela proteção do patrimônio cultural, em especial por meio do tombamento, e o interesse privado em exercer o máximo do potencial construtivo em propriedades particulares localizadas em áreas onde a legislação urbanística municipal (Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo) é mais permissiva e não considera as premissas de visibilidade do bem cultural, conjunto urbano e paisagem cultural.

Ante a existência de fundamentação legal, doutrinária e jurisprudencial em prol de ambas as questões postas em análise, em tese conflitantes, é necessário iniciar a discussão pelo próprio texto constitucional.

É norma inserta no art. 216 da Constituição Federal que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Objetivando a proteção de ditos bens, o parágrafo primeiro do referido artigo impõe ao poder público, com a colaboração da comunidade, a responsabilidade por tal encargo por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Ao discorrer sobre o assunto, Marcos Paulo de Souza Miranda (2006) enfatiza que patrimônio cultural e meio ambiente são temas incidíveis sobre a ótica do direito, não obstante constarem de capítulos apartados na Constituição Federal, respectivamente arts. 216 e 225. Conclui o jurista que a proteção ao patrimônio cultural se insere no conceito de direito fundamental de terceira geração por possuir como titular o próprio gênero humano, cuja tutela satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso) na medida em que preserva sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras. Acrescenta que o direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais de terceira geração, tais como o direito dos povos ao desenvolvimento e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Ressaltada a base constitucional da proteção ao patrimônio cultural, direito fundamental e difuso de terceira geração nos dizeres do jurista mencionado, verifica-se, a teor do próprio texto constitucional, que uma das formas de sua proteção é o tombamento, assim entendido, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007), como:

O procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

Da análise da legislação infraconstitucional, observa-se que o art. 18 do Decreto-Lei n. 25/1937 proíbe a realização de construções na vizinhança da coisa tombada que possam impedir ou reduzir a visibilidade, sob pena de aplicação de multa. Nesse caso, é necessária a prévia autorização do Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional (IPHAN):

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Segundo entendimento de Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2007), o referido dispositivo legal trata de servidão administrativa, portanto, sem qualquer indenização, em que dominante é a coisa tombada, e servientes, os prédios vizinhos. É servidão que resulta automaticamente do ato do tombamento e impõe aos proprietários dos prédios servientes a obrigação negativa de não fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada.

Não obstante, o que se verifica na prática é a inobservância de tais normas, cujo caráter da obrigatoriedade é geral, tanto para o particular como para o próprio poder público, constatando-se a existência de uma legislação municipal permissiva cujo resultado é a afetação negativa do patrimônio cultural que a Constituição objetivou proteger.

Um dos argumentos para o descumprimento da legislação federal referida, no que tange à impossibilidade de construir nas vizinhanças da coisa tombada sem autorização do órgão público competente, reside no fato de que ao município é conferida a competência constitucional para legislar sobre assunto de interesse local, em conformidade com o disposto no art. 30, inciso I. Uma vez editada a norma municipal mais permissiva com base na possibilidade legal de legislar sobre interesse local, é, em consequência, concedido o alvará para a construção, e então o particular passa a alegar, a seu favor, a existência de direito adquirido, conforme previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Com efeito, em recente julgamento, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça em Minas Gerais negou provimento ao recurso de apelação em ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público, a qual objetivava a suspensão das obras de construção de um edifício residencial de doze andares no município de Boa Esperança, em frente ao “Lago dos Encantos”, bem público tombado. Para a referida decisão, baseou-se o Tribunal no entendimento de que se encontrava caracterizado o direito adquirido, uma vez que o particular obteve o devido alvará de construção do município. *In verbis*:

Ementa: direito ambiental e urbanístico. Edifício. Ofensa ao patrimônio paisagístico e ambiental. Inocorrência. Concessão de alvará de acordo com as normas vigentes. Direito de propriedade.

A constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, dispôs expressamente que à lei não será permitido prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, preservando-se, assim, a segurança das relações jurídicas. Nessa mesma linha, encontra-se amparado o referido alvará também pelo princí-

pio da segurança jurídica. De basilar importância, visa tal princípio garantir a estabilidade das relações sociais reguladas juridicamente em nosso país. (Rel. Maria Elza, processo n. 1.0071.09.043131-4/002(1), publicado no *DO* de 21 jul. 2010).

Não obstante a autonomia constitucional, ao município não é dado praticar atos que afrontem a legislação federal ou estadual; ao contrário, a ela deve obediência até mesmo ante o teor das próprias normas constitucionais sobre o assunto.

Com efeito, no que tange ao patrimônio cultural, a competência dos municípios, em comum com a União e com os Estados, é reconhecida no art. 23, incisos III e IV, da Constituição Federal, mas nesse dispositivo o que se outorga é a competência para ações materiais, mais orientada para o âmbito da execução de leis protetivas do que para legislar sobre o assunto, salvo a competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e a competência para legislar sobre assunto de interesse local, conforme previsto no art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal. Para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, a competência é concorrente da União, Estados e Distrito Federal, em conformidade com o art. 24, inciso VII, da CF, que não contemplou os municípios.

Quanto a estes, resulta clara a norma constitucional contida no art. 30, inciso IX, no sentido de lhes incumbir promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, além da competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VII) e para Política de Desenvolvimento Urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182).

O alcance da expressão do interesse local, acerca do qual incumbe ao município legislar, há de ser entendido como tudo aquilo que respeita especialmente à sociedade local, tudo quanto não for de interesse provincial ou geral, mas sim prevalentemente local,

peculiar na medida em que aproveita diretamente ao município e só reflexamente aos demais. O interesse há de ser restritivamente local.

Não obstante a divergência doutrinária e jurisprudencial referente à possibilidade de o município legislar sobre patrimônio cultural, certo é que ao município não é dado ferir a repartição constitucional de competências. O interesse acerca do qual é possível o município legislar deve ser restritivamente local. Se, ao contrário, houver interesse, pelo menos regional, na proteção do objeto, falece competência ao município para editar normas de proteção. Ademais, não pode o município desrespeitar a legislação de proteção estadual e federal ante a norma constitucional prevista no art. 30, inciso IX, no sentido de lhes incumbir “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

Com base nessas premissas, expressas na Lei Maior, vislumbra-se inquestionável a necessidade de obediência, pelo município, da lei federal de proteção ao patrimônio cultural, notadamente, quanto ao art. 18 do Decreto n. 25/1937 no sentido de que, “sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade”.

Na hipótese de construção, pelo particular, na vizinhança da coisa tombada federal, em decorrência de concessão municipal de alvará, assim entendido o instrumento pelo qual a Administração Pública confere licença ou autorização para a prática de ato ou exercício de atividade sujeitos ao poder de polícia do Estado, tanto o poder concedente quanto o particular respondem, em solidariedade, civil e administrativamente pelo ato, na forma do art. 18 do Decreto-Lei n. 25/1937, que determina seja a obra destruída ou retirado o objeto, além da imposição de multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto. Ademais, a Lei n. 9.605/1998, em seus arts. 62, 63, 64 e 65, prevê os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, com cominação de pena de reclusão e detenção.

Enfatiza-se que a responsabilidade por danos ambientais é objetiva, significando dizer que basta a conduta (ação ou omissão), o resultado danoso e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado para que ocorra a responsabilidade civil do causador do dano, em conformidade com o art. 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/1981, *in verbis*:

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

Cabe registrar que o princípio da função social da propriedade, igualmente de base constitucional, relativo ao dever da propriedade em atender aos fins sociais a que se destina, justifica o interesse público pela preservação do patrimônio cultural, em todas as suas formas, em benefício de toda a coletividade, seja por meio da limitação administrativa, como entendem alguns doutrinadores, seja por meio da servidão administrativa, conforme entendimentos de outros. Efetivamente, não mais prevalece o direito da propriedade como direito absoluto.

Se a restrição parcial ao direito de propriedade configura uma limitação administrativa que não enseja indenização, ou que configura uma servidão administrativa, sujeitando a coletividade à reparação do dano experimentado pelo proprietário do bem, é uma questão em que não há consenso na doutrina e na jurisprudência pátria.

Contudo, entendemos que, sendo o tombamento uma restrição parcial ao direito de propriedade, não impedido ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio, em regra, não há direito a indenização, a menos que o particular tenha efetivamente sofrido algum prejuízo em decorrência do tombamento. Não obstante, se, para proteger o bem, houver restrição total de modo a impedir o exercício de todos os poderes inerentes ao domínio,

deverá ter lugar a desapropriação do bem com pagamento de justa indenização ao particular. De fato, o proprietário não pode suportar sozinho o ônus pela preservação do patrimônio cultural que lhe retira todos os poderes inerentes ao domínio, devendo, para tanto, receber justa indenização.

A respeito do assunto, Maria Coeli Simões Pires (1994) alerta que o princípio da função social da propriedade não pode converter-se em expressão que sirva de panaceia, abrigando toda sorte de interesse em detrimento do direito igualmente constitucional de propriedade e justificando até o confisco, uma vez que a limitação à propriedade é excepcional. No seu entendimento, “melhor eliminar de vez a propriedade do que sujeitá-la a peias de toda natureza”. Finaliza a jurista no sentido de que a função social justifica a servidão do tombamento ou até a desapropriação, porém não pode fazer desaparecer o direito à indenização sempre que se reconhecer prejuízo real ou se negar a própria essência da propriedade, sendo que “em ambas as situações a indenização corresponde à distribuição equânime do ônus da preservação cultural, dentro do princípio da solidariedade social”, diz a autora.

Verifica-se, assim, que, entre o interesse público pela preservação do patrimônio cultural e o direito de construir pelo particular em decorrência do seu direito de propriedade, não há efetivamente um conflito sem solução, até mesmo ante a existência de regramentos, igualmente de cunho constitucional, para ambas as hipóteses. O conflito que existe é, podemos assim dizer, meramente aparente, solucionável com base nos princípios e preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Se, de um lado, a Constituição assegura ao particular o direito de propriedade, da mesma forma estabelece que essa propriedade atenderá aos fins sociais a que se destina, como no caso da necessidade de sua preservação enquanto patrimônio cultural que, por sua vez, também possui garantia de salvaguarda pela Constituição Federal ante o interesse público existente (arts. 5º, incisos XXII,

XXIII, 170, inciso II, e 182, § 2º). Se ao município cabe legislar sobre interesse local, do mesmo modo, impõe-se o dever de se ater aos demais preceitos constitucionais acima mencionados, sobretudo a obediência à legislação federal e estadual sobre proteção do patrimônio cultural, cabendo ao particular o direito de justa indenização caso sofra prejuízo no seu direito de propriedade e, portanto, no direito de construir a partir da obtenção do alvará indevidamente concedido pelo município. Maria Coeli Simões Pires (1994) é enfática:

Tal é a posição da jurisprudência brasileira, que se tem firmado, no tocante ao direito de construir, no sentido de que o alvará, enquanto não iniciadas as obras, pode ser revogado, resolvendo-se em perdas e danos os prejuízos apurados. Aplica-se, assim o princípio da responsabilidade civil do Estado, que obriga a reparar qualquer ofensa ao patrimônio individual por violação de direito, ou seja, a compensar o desfalque do patrimônio do proprietário onerado.

Entendimentos há, entretanto, no sentido de que, uma vez obtido o alvará para construir, a revogação do ato pela administração encontraria óbice no direito adquirido, ainda que não esteja sendo fruído e, então, somente pelas vias extraordinárias restaria à Administração alternativa para alcançar seu intento, sendo exequível, portanto, a desapropriação. Segundo Maria Coeli Simões Pires (1994), “A hipótese é, assim, de transmutação do direito decorrente de ato administrativo anterior, pela via extraordinária, em indenização na forma da lei”. E conclui: “o limite da revogação coincide com o momento da integração do direito ao patrimônio jurídico de alguém”.

Cabe ressaltar que o ato administrativo, a exemplo do alvará para construir, caso eivado de ilegalidade, abre a possibilidade jurídica de sua nulidade, via administrativa ou judicial.

Em todo o caso, vislumbra-se, na hipótese, a prevalência do interesse público (ou da finalidade pública) sobre o particular, haja vista que as normas de direito público, embora protejam reflexa-

mente o interesse individual, têm objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Ligado ao princípio da supremacia do interesse público está o da sua indisponibilidade, assim entendidos aqueles qualificados como próprios da coletividade, internos ao setor público, indisponíveis por inapropriáveis. Assim, no conflito entre o interesse público na preservação do bem tombado e o interesse privado em empreender construção que impeça ou reduza a visibilidade de tal bem, há de prevalecer o interesse público, cabendo ao particular o direito à justa indenização pela restrição sofrida em seu direito de propriedade.

Em situação semelhante, a quinta turma do Tribunal Federal da 1ª Região, em sede de apelação cível n. 199934000390920, em 29.1.2009, tendo em vista a edição da Lei n. 2.325/1999, editada pelo Distrito Federal, assim decidiu:

Essa lei foi editada sobre a perspectiva municipal, urbanística, assunto de interesse local, art. 30, § 1º, enquanto que o Decreto-Lei n. 25/37 ajusta-se à competência concorrente prevista no artigo 24, II, da Constituição. A disposição do artigo 17 do Decreto-Lei 25/37 não pode ser afastada por lei municipal do Distrito Federal. A permissão estabelecida na Lei n. 2325/99 não dispensa, portanto, a prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sob penal de multa de cinquenta por cento do dano causado.

3 Medidas preventivas ao conflito dos interesses público e privado

Como medida preventiva a conflitos como estes, ainda que tidos como meramente aparentes, de modo a assegurar, a um só tempo, o respeito ao art. 18 do Decreto-Lei n. 25/1937 e à boa-fé do particular, Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2007) mantém o entendimento no sentido de que seria necessária a fixação de critérios objetivos na delimitação do conceito de vizinhança, mediante determinação da área dentro da qual qualquer cons-

trução ficaria dependendo de aprovação do IPHAN (300 metros no entorno da coisa tombada, por exemplo, como ocorre em São Paulo), além da imposição de averbação no Registro de Imóveis da área onerada com a servidão e, por fim, notificação aos municípios para que não ajam em desacordo com o IPHAN ao conferirem licença para construção, sem prejuízo da fiscalização constante do Instituto referido.

Outra solução para o conflito existente entre o interesse público na preservação do patrimônio cultural e o interesse privado em empreender construção em propriedade particular que afete o primeiro, segundo a doutrina pátria, é a possibilidade jurídica de transferência do direito de construir, considerando-se que a Lei n. 10.257/2001 instituiu e regulamentou o direito de superfície, destacando-o do direito de propriedade e elevando-o à qualidade de direito real.

A transferência do direito de construir pode ser definida como a prerrogativa do proprietário de imóvel urbano, privado ou público, de exercer em outro lugar, ou ainda de alienar, o direito de construir previsto no plano diretor em legislação urbanística específica, desde que o imóvel de sua propriedade seja necessário para fins de interesse público, como na hipótese de preservação do patrimônio cultural.

Para tanto, é necessária a previsão desse instrumento de política urbana no plano diretor ou na legislação urbanística da cidade, visto que o disposto na lei é apenas regra geral e não é aplicável ao município sem a existência de diploma legal municipal.

4 Conclusão

Dessa forma, forçoso concluir que os impasses gerados pela proteção por meio do tombamento em áreas onde a legislação urbanística municipal (Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo) é mais permissiva e não considera as premissas de visibilidade

do bem cultural, conjunto urbano e paisagem cultural devem ser considerados como meros conflitos aparentes de interesses perfeitamente solucionáveis pelas normas constitucionais pertinentes, devendo, em última análise, prevalecer o interesse público sobre o interesse particular, hipótese em que não se afasta eventual direito de indenização em casos de prejuízos sofridos.

No caso, prevalece a preservação do patrimônio cultural como direito público, devendo recuar o interesse privado em exercer o máximo do potencial construtivo. Com efeito, se, de um lado, a Constituição assegura ao particular o direito de propriedade, da mesma forma estabelece que essa propriedade atenderá aos fins sociais a que se destina, enquanto o patrimônio cultural também possui salvaguarda pela Constituição Federal ante o interesse público existente (arts. 5º, incisos XXII, XXIII, 170, inciso II, e 182, § 2º). Se ao município cabe legislar sobre interesse local, do mesmo modo, impõe-se ao mesmo o dever de se ater aos demais preceitos constitucionais, sobretudo a obediência à legislação federal e estadual sobre proteção do patrimônio cultural, cabendo ao particular o direito de justa indenização caso sofra prejuízo no seu direito de propriedade e, portanto, no direito de construir a partir da obtenção do alvará indevidamente concedido pelo município.

A delimitação precisa do entorno do bem tombado, bem como a adoção de políticas públicas que possibilitem a transferência do direito de construir como meio de preservar o patrimônio cultural mostram-se medidas salutares na prevenção de construções que impeçam ou reduzam a visibilidade do bem tombado, evitando-se, dessa maneira, o conflito dos interesses público e privado.

Referências:

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Audrey. *Tombamento e direito de construir*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. 1. ed. Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TELLES, Antônio A. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Direito Processual Civil

Os efeitos da sentença coletiva e a restrição do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Mudança de jurisprudência no STJ?

Marcos Nassar

Procurador da República. Ex-Advogado da União e Analista Judiciário do TRE-SP. Bacharel em Direito, com láurea acadêmica, pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Eleitoral.

Resumo: Constituí o objeto deste estudo a análise do alcance dos efeitos da sentença no processo coletivo em face da suposta restrição encartada na regra do art. 16 da Lei n. 7.347/1985 (limites da competência territorial do órgão prolator). Para tal análise, são tocados alguns temas elementares de Direito Processual Civil, tais como sentença, especialmente seus efeitos, e coisa julgada, além de algumas nuances próprias ao processo coletivo, de sorte a estruturar o arcabouço necessário à solução ao cabo albergada, de que a interpretação do microsistema do processo coletivo faz concluir que a limitação é somente aparente. De resto, é analisada a posição do STJ sobre a questão, que tende a mudar, para adotar o entendimento defendido no texto.

Palavras-chave: Efeitos da sentença no processo coletivo. Artigo 16 da Lei n. 7.347/1985. Limitação aparente.

Abstract: The research of the scope of sentence effects in Brazilian class actions constitutes the object of this study, in the face of the alleged restriction of article 16 of Law 7.347/1985 (territorial jurisdiction limits of judicial organ). For this analysis, some elemental themes of civil procedural law were examined, such as sentence, especially its effects, and *res judicata*, plus some nuances of Brazilian class actions, in order to form the framework required to the solution adopted at the research end: that the limitation is only apparent, according to the interpretation of the Brazilian class actions microsystem. Moreover, there is an examination of the

Brazilian Superior Court of Justice position on the issue, which tends to change, in order to adopt the view expressed in the text.

Keywords: Sentence effects in Brazilian class actions. Article 16 of Law 7.347/1985. Apparent limitation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Efeitos da sentença, coisa julgada material e processo coletivo. 3 Peculiaridades dos efeitos da sentença e da coisa julgada no processo coletivo. 4 A alteração do art. 16 da LACP. Crítica. 5 Síntese da confusão decorrente da nova redação do art. 16 da LACP: vinculação dos efeitos da sentença à competência territorial. 6 Algumas propostas de interpretação para a regra do art. 16 da LACP. 7 Adequada interpretação do art. 16 da LACP. Competência territorial do juízo no processo coletivo. 8 A posição do STJ sobre o art. 16 da LACP. Possível revisão de entendimento. 9 Conclusão.

1 Introdução

Constitui o objeto deste artigo o exame da dimensão espacial dos efeitos da sentença no processo coletivo em face da aparente restrição encartada na regra do art. 16 da Lei n. 7.347/1985 (limites da competência territorial do órgão prolator).

O momento afigura-se oportuno para a revisitação do tema, porquanto, como se noticiará com mais detalhes ao final, o STJ terá ensejo de em breve pacificar sua compreensão sobre ele, de forma ampla, em embargos de divergência cujo processamento já foi admitido (EREsp n. 1.243.386), quiçá em revisão à sua anterior posição, já vacilante.

2 Efeitos da sentença, coisa julgada material e processo coletivo

A sentença possui, naturalmente, a potencialidade, a aptidão para a produção de consequências no mundo jurídico¹. É o que se

¹ As explanações sobre as eficácias e efeitos da sentença foram hauridas quase inteiramente da obra de Ovídio A. Baptista da Silva (2003).

denomina eficácia natural, direta, principal ou interna da sentença. Essa eficácia é-lhe imanente e pode, dependendo da demanda posta em juízo, direcionar-se a cinco espécies de efeitos: o declarativo, o constitutivo, o condenatório, o mandamental e o executivo – havendo, assim, igualmente cinco espécies de eficácias, correspondentes a esses efeitos. A eficácia é a aptidão para produzir efeitos, com os quais, por óbvio, não se pode confundir. As eficácias estão contidas na sentença, são internas a ela, compõem-lhe, enfim, o conteúdo, neste se expressando mediante os verbos dos quais se utiliza o juiz no dispositivo: “condeno” (eficácia condenatória); “ordeno”, “mando” etc. (eficácia mandamental); “declaro” (eficácia declaratória); “decreto”, “rescindindo” etc. (eficácia constitutiva); “‘determino’ a prática de tais atos executivos” ou fórmula similar (eficácia executiva). Diversamente, os respectivos efeitos são externos à sentença, pois “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz” (MOREIRA, 1985, p. 8)²⁻³.

A coisa julgada material, por sua vez, é “a porta por onde a sentença se estende, ‘para fora’ da relação jurídica processual, posto que sem se separar dela”, e decorre da junção: “eficácia declarativa

2 O critério utilizado para a mais usual classificação da sentença de mérito reside no espectro eficaz que lhe é interno. Por ele, dada sentença é classificada em declaratória, constitutiva ou condenatória – e também em mandamental ou executiva, para aqueles que as aceitam como classes autônomas – em função das eficácias que apresenta. Para um panorama da classificação das sentenças, cf. NASSAR, 2007, p. 29-51.

3 Por outro lado, da sentença decorre outra ordem de efeitos, totalmente desvinculados de seu conteúdo e da demanda, os quais, portanto, não se baralham com os seus, assim nomeados, efeitos internos. São os juntados ou anexados à sentença pelo legislador, por critérios de conveniência, e nada dizem com o perfil eficaz dela – tais efeitos podem ser anexados e desanexados da sentença sem que isso minimamente afete tal perfil. Exemplo desse tipo de efeito frequentemente apresentado é o da hipoteca judiciária, decorrência legal da sentença que condena o réu ao pagamento de uma prestação consistente em dinheiro ou em coisa (CPC, art. 466). Veja-se que, se ao legislador conviesse desligar tal efeito dessa sentença, ela não deixaria de ser condenatória, pois nada têm os efeitos anexos da sentença com o seu espectro eficaz. Há ainda os efeitos reflexos da sentença. São os operantes na esfera jurídica de terceiros (não partes no processo) que possuem relação jurídica ligada, por um vínculo de prejudicialidade, à relação jurídica deduzida em juízo.

e força formal de coisa julgada (preclusão)” (MIRANDA, 1995. t. I, p. 309 e 194).

Porção da doutrina já a identificou com a eficácia declaratória da sentença. Contudo, eficácia declaratória existe mesmo antes de passada a sentença em julgado, tempo em que ainda não há se falar, obviamente, em coisa julgada material, visto que a coisa julgada formal, requisito para que exsurja aquela, ainda não se formou. Por essa razão, sustentou Liebman (1971, apud SILVA, 2003) ser a coisa julgada não uma eficácia da sentença (como consta de nosso Código⁴), mas uma qualidade que se lhe une aos efeitos para torná-los imutáveis. De fato, a coisa julgada não se confunde com a eficácia da sentença; é uma qualidade posterior, que emana com o trânsito em julgado.

Como adverte, todavia, Ovídio Baptista (2003), tal qualidade adere somente ao efeito declaratório e não a todos os efeitos da sentença. Isso porque, efetivamente, afora o efeito declaratório, são os demais absolutamente mutáveis: o condenatório pode desaparecer se, e.g., após o trânsito em julgado, o credor remitir a dívida; o constitutivo pode, muita vez, ser dissolvido, v.g., se as partes – a isto se estendendo o poder negocial – decidirem restituir as coisas ao *status* anterior à sentença. E com situações semelhantes podemos nos deparar em relação aos efeitos mandamental e executivo.

Portanto, pode-se afirmar que coisa julgada material é a qualidade que adere ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado, tornando-o imodificável, exceto por alguns meios de impugnação previstos em lei, como, por exemplo, a ação rescisória.

Tais considerações relativamente à eficácia e aos efeitos da sentença, bem como à coisa julgada material, aplicam-se tanto ao processo individual quanto ao processo coletivo.

4 A coisa julgada material é definida pelo CPC, art. 467, como a eficácia que torna a sentença indiscutível e imutável.

Sucedee, entretanto, que, por imperativo decorrente do princípio da instrumentalidade, o processo deve amoldar-se segundo a feição do direito subjetivo a ser tutelado. Assim, o processo coletivo possui nuances que o diferenciam sensivelmente do processo tradicional, de índole individual. Afora algumas peculiaridades procedimentais, tais diferenças dizem basicamente com a legitimidade *ad causam* e o alcance dos efeitos da sentença, e por conseguinte, com a extensão subjetiva da coisa julgada.

É lícito afiançar que, há algum tempo, existe no ordenamento jurídico pátrio o que se costuma chamar de microsistema ou subsistema do processo coletivo, expressão que designa o conjunto de normas que disciplina a tutela de direitos coletivos – a qual é, por consequência, coletiva –, assim como a tutela coletiva de direitos individuais (homogêneos). O núcleo desse microsistema é composto pelas normas da Lei n. 7.347/1985, Lei de Ação Civil Pública (LACP), e pela Lei n. 8.078/1990 Código de Defesa do Consumidor (CDC), cujos preceitos complementam-se reciprocamente por força de disposições expressas inseridas nesses diplomas legais⁵.

Os direitos cujos delineamentos requerem, para sua adequada efetivação judicial, um processo coletivo são, naturalmente, os transindividuais, que se caracterizam por sua titularidade múltipla e indeterminada: são direitos de um grupo de pessoas ou de toda a sociedade, e não de um sujeito individualmente considerado.

Por sua vez, outra ordem de direitos, cuja tutela pode dar-se nos moldes tradicionais, por meio do processo de índole indivi-

5 LACP, art. 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III [Da Defesa do Consumidor em Juízo] da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (Incluído pela Lei n. 8.078/1990) CDC, art. 90: “Aplicam-se às ações previstas neste título [Da Defesa do Consumidor em Juízo] as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

dual⁶, porquanto são individuais, mas que também podem ser protegidos num processo coletivo, dadas suas peculiaridades à frente tocadas, são os denominados individuais homogêneos. Quando se fala em direitos individuais homogêneos, quer-se designar um conjunto de direitos subjetivos individuais comuns, normais, ligados entre si por semelhança, decorrente de sua origem comum. Essa categoria foi pensada, em especial, para casos de lesões de massa, notadamente na seara consumerista, que levam ao nascimento de direitos subjetivos muito semelhantes entre si, em razão da mesma procedência. Sua tutela coletiva convém em vista ao menos de três objetivos: (I) ampliação do acesso à Justiça: em caso de múltiplas e pequenas lesões, no mais das vezes, os inúmeros titulares dos direitos ofendidos preferem não buscar a efetivação judicial da reparação, à luz de um raciocínio de custo-benefício, porquanto, não obstante a lesão globalmente considerada possa ser enorme, individualmente não tem relevância suficiente a justificar, para muitos, um custoso e demorado processo judicial; (II) eficiência e economia processuais: em vez de tutelarem-se os direitos por meio de uma enxurrada de demandas individuais, protegem-se esses num único processo coletivo, ao menos até a prolação de sentença genérica que firme a responsabilidade do autor do dano; (III) evitar desarmonia entre as inúmeras decisões proferidas em processos individuais, conferindo-se tratamento igualitário à questão (ZAVASCKI, 2011, p. 33-35 e 146).

O CDC (art. 81) definiu esses direitos, tanto os transindividuais, que se dividem em difusos e coletivos, quanto os individuais homogêneos. Sinteticamente, suas definições podem ser da forma seguinte expostas (ZAVASCKI, 2011, p. 35-38, 145-147 e 153-154):

Difusos são os direitos transindividuais caracterizados pela indeterminação absoluta de seus múltiplos titulares e por seu objeto indivisível. Essa indivisibilidade expressa a peculiaridade, própria

6 O CPC tratava e ainda trata das situações ora abordadas por meio basicamente da previsão do litisconsórcio ativo facultativo (art. 46, II e IV).

a tais direitos, de não poderem ser satisfeitos nem lesados, senão com a afetação da esfera jurídica de todos os titulares: satisfação para um é satisfação para todos, ao passo que lesão para um é, semelhantemente, lesão para todos. Os titulares indeterminados de direitos difusos vinculam-se por uma circunstância de fato, como, v.g., morar numa determinada região. O exemplo sempre invocado dessa classe de direitos é o direito ao meio ambiente sadio ou equilibrado (art. 225 da CR/1988).

Os direitos coletivos são também transindividuais, com determinação relativa dos titulares e objeto indivisível (impossibilidade de satisfação ou ofensa senão alcançando todos os titulares). Decorrem de uma relação jurídica base ou tipo. Como exemplo, pode-se mencionar o direito de classe dos membros do Ministério Público de terem representante na composição dos tribunais (art. 94 da CR/1988).

Por último, quanto aos individuais homogêneos, como se adiantou, cuida-se de direitos subjetivos individuais comuns, como quaisquer outros, com titulares determinados (ainda que dificuldades práticas possam tornar difícil encontrá-los) e objetos divisíveis, porquanto os vários direitos subjetivos podem ser satisfeitos ou lesados diferenciada e individualmente quanto a cada titular – por exemplo, direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (CDC, art. 18, § 1º, III). A particularidade que distingue tal espécie de direitos é sua origem comum: eles derivam do mesmo fundamento de fato ou de direito ou são afins entre si por um ponto comum de fato ou de direito⁷. O sujeito passivo da relação jurídica é o mesmo, e as prestações devidas, objetos dos direitos, são semelhantes. Daí que, no processo instalado pela ação coletiva, a cognição é parcial ou restrita em sua extensão (plano horizontal), abarcando apenas a existência do dever, a identidade do sujeito passivo e a natureza da

7 Como nas hipóteses de litisconsórcio do art. 46, II e IV, do CPC.

prestação devida, o que dá ensejo alfim à prolação de uma sentença genérica, que torna certos apenas esses elementos. A definição dos outros elementos que compõem cada relação jurídica constituída pelo direito individual homogêneo – ou seja, a identificação do titular do direito e do *quantum debeatur* (quantidade em que é devida a prestação) – deverá ser objeto de cognição em outro processo.

No que toca às demandas aforadas para a tutela das espécies de direitos aduzidas, costuma-se em geral denominar-se *ação civil pública* a voltada à proteção de direitos transindividuais, proposta pelo Ministério Público ou por outro legitimado extraordinário previsto em lei. De outra banda, sói reservar a expressão *ação coletiva* ou *ação civil coletiva* para designar a demanda destinada à obtenção de uma sentença genérica relativamente a direitos individuais homogêneos (ZAVASCKI, 2011, p. 55)⁸.

8 O CDC adota essa terminologia. O Capítulo II do Título III denomina-se “Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos” e o primeiro artigo desse Capítulo prevê: “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, *ação civil coletiva* de responsabilidade pelos *danos individualmente sofridos*, de acordo com o disposto nos artigos seguintes” [grifo nosso]. Entretanto, as leis e a jurisprudência amiúde não observam essa terminologia. Chamam em geral qualquer demanda relacionada ao processo coletivo de *ação civil pública*, ainda que se destine à defesa de direitos individuais homogêneos. Como exemplo, pode-se apontar a Lei n. 7913/1989, que, segundo sua ementa, “[d]ispõe sobre a *ação civil pública* de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”, mas cuida, em realidade, de direitos individuais homogêneos. Tal confusão pode embaraçar um pouco o trato da matéria, porquanto, a despeito de o processo ser coletivo em qualquer dos casos, os direitos transindividuais são totalmente diversos dos direitos individuais homogêneos, de sorte que o tratamento processual deve também ser diferente – e é, como se desdome da leitura dos arts. 91 e segs. do CDC –, apropriado às características de cada espécie, em homenagem à instrumentalidade do processo. Assim, tendo em vista as peculiaridades da tutela coletiva em cada caso, não se afigura adequada a utilização da mesma designação para quaisquer das demandas. É preferível a terminologia específica *supra*, diferenciando-se *ação civil pública* e *ação coletiva* (ou *ação civil coletiva*). Não se descure que, levando-se ao extremo o rigor na terminologia, as próprias denominações *ação civil pública* e *ação (civil) coletiva* são passíveis de crítica, sob a perspectiva da distinção feita por boa parte da doutrina (Pontes de Miranda, Ovídio Baptista, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e outros) entre a “*ação*” (processual) e a *ação* de direito material. Não obstante, se é necessário, a bem do rigor científico, que o fenômeno designado seja

3 Peculiaridades dos efeitos da sentença e da coisa julgada no processo coletivo

A coisa julgada material, no processo coletivo inaugurado por ação civil pública, tem pressupostos e limites subjetivos diferentes da coisa julgada que emana do processo individual, regido pelo CPC. Neste, a coisa julgada reclama como pressuposto para existir uma decisão de mérito com cognição exauriente não mais passível de recurso (art. 467 do CPC), e seus limites subjetivos cingem-se às partes (art. 472 do CPC).

A coisa julgada material, no processo coletivo acerca de direitos transindividuais, por sua vez, afora o apontado pressuposto, possui outro: um julgamento de procedência ou de improcedência cujo fundamento não seja insuficiência de provas (art. 16 da LACP).

Em caso de improcedência por insuficiência de provas, não há coisa julgada. Isso se justifica pela circunstância de a tutela dirigir-se a direito transindividual, cujo titular não é o autor da demanda, substituto processual, cuja eventual desídia ou má-fé na produção da prova não pode prejudicar os titulares (indeterminados) do direito.

Assim, é legítimo asseverar que a formação da coisa julgada originária de uma ação civil pública é *secundum eventum litis vel probationis*, ou seja, a decisão torna-se ou não imutável a depender do resultado do processo combinado com a suficiência ou não de provas.

Quanto à dimensão subjetiva dessa coisa julgada, pode-se dizer que, quando existente, opera ela *erga omnes* (art. 16 da LACP). Esse regime diferenciado não é senão uma decorrência lógica da

entendido ou mentalmente representado de modo uniforme, sem confusões, por todos os que empregam a designação, não o é o cabal rigor quanto à denominação em si mesma considerada, quanto à expressão semântica do signo apreciado *per se*. Em suma, o indispensável é que por determinado nome – independentemente da significação que este normalmente expresse – todos que tratam da matéria vislumbrem não diverso fenômeno.

natureza dos direitos tutelados, transindividuais, com titularidade múltipla e indeterminada e objeto indivisível (impossibilidade de atendimento ou ofensa sem a afetação da esfera jurídica de todos os titulares). Ora, se os titulares do mesmo direito são indeterminados e este só pode ser satisfeito ou lesado em relação a todos conjuntamente, como se poderia limitar a abrangência da coisa julgada a determinados sujeitos? (ZAVASCKI, 2011, p. 64-65).

Não faria qualquer sentido, por óbvio, que a coisa julgada ali somente atingisse as partes formais da relação jurídica processual, como sucede no processo individual. Isso porque o substituto processual pleiteia no feito, em nome próprio (como parte, como ocupante de um dos polos da relação processual), direito alheio, de outras pessoas. É preciso, pois, que, em regra, a coisa julgada abarque essas outras pessoas, bem como outros colegitimados extraordinários que também poderiam ter aforado a mesma demanda (MAZZILLI, 2009, p. 560-561).

A imutabilidade aí impede a rediscussão da causa referente aos direitos transindividuais de titularidade dos substituídos por meio da repositura da ação civil pública, seja pelo mesmo, seja por outro legitimado extraordinário (substituto processual).

Tal foi a solução apresentada inicialmente pelo sistema, primeiro no art. 18 da Lei n. 4.717/1965 (ação popular)⁹ e depois no art. 16 da LACP (em sua redação original)¹⁰, que repetiu a fórmula daquele.

O CDC (arts. 103 e 104) adotou a mesma sistemática, fixando com mais detalhes as feições da coisa julgada coletiva, discipli-

9 Lei n. 4.717/1965, art. 18: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

10 LACP, art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

nando também a oriunda de ação civil coletiva (que versa acerca de direitos individuais homogêneos), introduzida no direito processual pela codificação consumerista¹¹.

O regime de formação da coisa julgada em caso de direitos individuais homogêneos é um tanto diferente do anteriormente enunciado, respeitante às hipóteses de direitos transindividuais (difusos ou coletivos). Isso porque, em relação aos direitos individuais homogêneos, por expressa disposição legal (art. 103, III, do CDC), só há coisa julgada (que também é *erga omnes*) em caso de procedência. Em sobrevivendo sentença que julgue improcedente o pedido, ainda que por outro motivo que não a insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material. Foi a opção legislativa.

Na seara dos direitos individuais homogêneos, a natureza *erga omnes* da coisa julgada que encobre a sentença de procedência é corolário da própria razão de ser da tutela coletiva na espécie, como assinalado acima: a proliferação atomizada da judicialização dos conflitos de massa deve dar lugar à sua solução molecularizada, por meio do processo coletivo, em prol da ampliação do acesso à Justiça, da eficiência e economia processuais e da isonomia.

Convém, neste ponto, este reparo quanto ao explanado nos parágrafos precedentes, a respeito do alcance da coisa julgada: é mais didático e elucidativo partir da premissa de que, primariamente e em rigor, *erga omnes* é a eficácia e, por conseguinte, os efeitos da sentença coletiva, nas hipóteses aludidas. Assim, somente por consequência a coisa julgada também passa a ostentar esse mesmo caráter *erga omnes*. Essa característica da eficácia e dos efeitos da sentença no processo coletivo justifica-se e impõe-se pelas mesmas

11 Note-se que o CDC emprega de forma aparentemente diferenciada as expressões *erga omnes* e *ultra partes*. Parece-nos, todavia, despicienda a distinção, uma vez que, com ambos os enunciados latinos, quer-se exprimir o mesmo: a coisa julgada envolve não só as partes do processo, mas também os demais colegitimados extraordinários, impedindo a repositura por qualquer deles, assim como os substituídos – titulares do(s) direito(s) discutido(s).

ponderações acima alinhavadas para fundamentar o consequente caráter *erga omnes* da coisa julgada coletiva.

Ora, a coisa julgada é uma qualidade que adere ao efeito declaratório emanado de qualquer decisão de mérito irrecorrível. Assim, se os efeitos da sentença, inclusive o declaratório, são *erga omnes*, a coisa julgada, por qualificar o efeito declaratório, ostenta também essa característica, mas somente por consequência. Não se afigura equivocado, pois, dizer que a coisa julgada é *erga omnes*. No entanto, esclarece compreender que, a princípio, são os efeitos da sentença que operam *erga omnes*.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2004, p. 812) bem apontaram isso: “[e]m essência, não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, e sim o efeitos diretos da sentença”.

O STJ já teve também ensejo de fazer essa distinção, com o intuito de afastar a restrição territorial contida no art. 16 da LACP¹².

Ante o exposto e em resumo, acerca da abrangência dos efeitos da sentença coletiva, pode-se dizer que: (I) em ação civil pública, em caso de procedência ou improcedência calcada em outra razão que não a insuficiência de provas, alcança, tal como a coisa julgada respectiva, todos os legitimados extraordinários e os substituídos (enquanto titulares indeterminados dos direitos transindividuais

12 “[...] A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LACP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. [...]” (REsp n. 411.529/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe de 5 ago. 2008). No mesmo sentido: REsp n. 411.529/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe de 5 ago. 2008. Contudo, o julgado cuja ementa foi parcialmente transcrita acabou reformado por este, que aplicou de modo literal a limitação territorial do art. 16 da LACP: REsp n. 411.529/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, DJe de 24 mar. 2010. Outros julgados no mesmo sentido daquele primeiro foram também reformados em embargos de divergência.

deduzidos); (II) um tanto diversamente, em ação coletiva, somente os efeitos da sentença de procedência e a coisa julgada daí resultante alcançam os legitimados¹³ e os substituídos, titulares dos direitos individuais homogêneos – observada a regra do art. 104 do CDC¹⁴.

Nessa toada, é de ver que a sentença da ação civil pública cuida somente dos direitos transindividuais deduzidos, não produzindo efeitos relativamente aos direitos individuais, ainda que homogêneos, decorrentes de danos individuais causados pelo mesmo fato que deu gênese àqueles direitos¹⁵.

Todavia, como já indicado, afora os efeitos diretos ou principais da sentença – decorrentes de sua eficácia interna –, dela podem também emanar efeitos anexos, que incidem puramente *ex vi legis*, ou seja, não se originam de determinação a eles pertinente na sentença, não têm relação direta com o espectro eficaz interno à sentença. A regra do art. 103, § 3º, segunda parte, do CDC oferece um exemplo de efeito anexo da decisão¹⁶. Esse preceito estabe-

13 Vale referir a existência de respeitável posição doutrinária no sentido de que, nas ações coletivas, a coisa julgada, no plano coletivo, se forma *pro et contra*, de sorte que apenas sua extensão às esferas individuais dos integrantes do grupo afetado pela demanda coletiva é que se verifica *in utilibus* ou *secundum eventus litis* (cf. ROQUE; DUARTE, 2012). Por essa posição, a coisa julgada impediria a repropositura da ação coletiva por qualquer dos legitimados, ainda que com novas provas, independentemente do resultado do julgamento.

14 Esse dispositivo, a propósito, parece fazer dupla confusão na remissão aos incisos dos arts. 81, parágrafo único, e 103 do CDC. Isso porque somente em ação coletiva (direitos individuais homogêneos) afigura-se necessário requerimento de suspensão do curso do processo individual, pois em ação civil pública não são discutidos os direitos ventilados na demanda individual. Ademais, não é somente quanto à ação civil pública – como parece fazer crer o preceito –, mas também em relação à ação coletiva que inexistente litispendência com demandas individuais. Deveras, ainda que estas busquem a tutela do mesmo direito individual homogêneo protegido pela ação coletiva, não há igualmente litispendência, tanto que o titular do direito pode optar por prosseguir normalmente com a ação individual.

15 Exceto, é claro, em caso de cumulação de pedidos abarcando também os direitos individuais homogêneos.

16 CDC, art. 103 [...], § 3º : “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão

lece que a sentença de procedência advinda de ação civil pública (direitos *transindividuais*) fixa, sem necessidade de qualquer menção quanto a isto em seu bojo, a responsabilidade por danos a direitos *individuais* decorrentes do mesmo fato – a definição do *an debeatur* (existência da obrigação de indenizar) exsurge como efeito anexo da sentença, *ope legis*¹⁷. Se não há necessidade de qualquer referência quanto a isso na sentença, com ainda maior razão se pode asseverar a desnecessidade de pedido expresso a respeito na petição inicial¹⁸.

as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, *mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução*, nos termos dos arts. 96 a 99.”

- 17 No sentido do texto: ZAVASCKI, 2011, p. 165; GRINOVER, 2007, p. 931. Neste último livro, Ada Pellegrini Grinover esclarece que o efeito da sentença ora versado opera *ope legis*, semelhantemente ao que se dá com os efeitos civis da sentença penal condenatória (art. 91, I, do Código Penal).
- 18 Impende registrar, porém, a interpretação que Hugo Nigro Mazzilli empresta ao art. 103, § 3º, do CDC, bastante diversa da ora propugnada. Consoante suas lições, a segunda parte desse preceptivo requer, para operar, a formulação de pedido expresso, relativamente à tutela dos direitos individuais homogêneos, na exordial da ação civil pública, de maneira que a sentença possa fixar, também explicitamente, a condenação genérica do causador do dano em favor dos titulares desses direitos (MAZZILLI, 2009, p. 566-568). Mazzili entende, ademais, que, quanto aos substituídos, os efeitos da sentença da ação civil pública e a coisa julgada só os podem alcançar para beneficiar. Ou seja, em caso de procedência, os efeitos da sentença e a coisa julgada chegam aos legitimados e aos substituídos, para beneficiá-los; na improcedência por insuficiência de provas, não há coisa julgada; e, na improcedência por outro motivo que não a falta de provas, abarcam os legitimados, que não podem repropor a demanda, mas não atingem os substituídos, enquanto lesados individuais, que não tenham intervindo no processo coletivo (como assistentes litisconsorciais), de forma que estes podem propor ações individuais para a efetivação de seu direito individual (homogêneo) (MAZZILLI, 2009, p. 566-568). Não concordamos, no ponto, com parte das conclusões de Hugo Nigro Mazzilli. É que a ação civil pública não se refere a pessoas individualmente consideradas, porquanto é vocacionada à proteção de direitos transindividuais, com titularidade indeterminada. Os efeitos principais ou diretos da sentença e a coisa julgada decorrentes de tal ação jamais operam em relação a lesados individuais. Veja-se, aliás, que os elementos da ação civil pública e os de cada demanda individual (referente a direito individual nascido do mesmo fato que motivou aquela) não coincidem, em qualquer hipótese, pois os direitos subjetivos (que compõem as causas de pedir) invocados numa e noutra são diferentes e suportam, por conseguinte, pedidos mediatos também diversos, formulados, de resto, por pessoas distintas. Nessa senda, observe-se igualmente que os lesados individuais não são, em geral, legitimados à propositura da ação civil pública, razão pela qual é pequena a relevância prática de cogitar em alcance da

Por derradeiro, cumpre uma observação quanto à coisa julgada proveniente de ação de improbidade administrativa – que se enquadra em ação civil pública, tutelando o direito difuso à probidade na administração pública¹⁹. Como se sabe, a ação de improbidade ostenta marcante peculiaridade em comparação às ações civis públicas em geral, a saber, seu escopo eminentemente punitivo – a par de também objetivar a reparação de eventual dano ocorrido. No que toca ao comando sentencial relativo à reparação do dano, incide normalmente o art. 16 da LACP: a formação da coisa julgada é *secundum eventum litis vel probationis*. No que concerne às sanções, porém, a improcedência, mesmo que fundada em insuficiência de provas, deve restar acobertada normalmente pela coisa julgada. Isso porque, no campo punitivo, ofenderia claramente o princípio da segurança jurídica permitir que o réu absolvido da imputação de ato de improbidade, ainda que por falta de provas, pudesse novamente sofrer processo pelos mesmo fatos (ZAVASCKI, 2011, p. 109 e 121).

coisa julgada em relação a eles. Desse modo, em ação civil pública, a improcedência por outro motivo que não a falta de provas produz efeitos não somente sobre os legitimados extraordinários, que não podem repropor a demanda, como propugna Mazzilli, mas igualmente sobre os substituídos, titulares indeterminados do direito transindividual afirmado no processo. É dizer, os efeitos dessa sentença de improcedência (preponderantemente declaratória) e a coisa julgada a ela pertinente afetam desfavoravelmente também os substituídos. O caso está julgado, de forma imutável (ressalvadas, por óbvio, as vias de revisão da coisa julgada), igualmente para eles, uma vez que os veículos legalmente autorizados a levar o direito transindividual invocado a discussão judicial – isto é, os legitimados extraordinários – não poderão fazê-lo. Quanto ao disposto no art. 103, § 3º, do CDC, vale repisar, trata-se da criação de efeito anexo da sentença, que não influencia o alcance da coisa julgada, a qual qualifica o efeito (principal) declaratório da sentença.

- 19 No tocante à ação de improbidade administrativa, não obstante a controvérsia doutrinária a propósito, afigura-se-nos correta a conclusão daqueles que a encartam como espécie de ação civil pública, porquanto “[o] direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas tem, nesse sentido, natureza transindividual – decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente: seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido” (ZAVASCKI, 2011, p. 93). De resto, a ação civil pública direciona-se também à proteção do patrimônio público e social (CR/1988, art. 129, III). Pode-se dizer, pois, que há um direito transindividual à probidade administrativa. A peculiaridade da ação de improbidade administrativa está em seu escopo punitivo: a partir da constatação de um ilícito, busca-se precipuamente, sobre a reparação do dano causado, a aplicação de sanções punitivas.

4 A alteração do art. 16 da LACP. Crítica

Expôs-se no item precedente que os efeitos da sentença coletiva e a coisa julgada coletiva operam – nas hipóteses ali indicadas – *erga omnes*, ora como decorrência lógica da natureza dos direitos tutelados, transindividuais, com titularidade múltipla e indeterminada e objeto indivisível, ora como corolário da própria razão de ser da tutela coletiva: a total conveniência de uma solução molecularizada dos conflitos de massa envolvendo direitos individuais homogêneos. Assim, os efeitos da decisão e a coisa julgada abarcam os legitimados coletivos e os substituídos no processo. Eis, em linhas gerais, o regramento definido no art. 18 da Lei n. 4.717/1965 (ação popular), na redação original do art. 16 da LACP e no art. 103 do CDC.

Ocorre que a MP n. 1.570-5/1997 (convertida na Lei n. 9.494/1997) alterou a redação do art. 16 da LACP com o escopo de inserir-lhe uma restrição. Eis a nova redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O fraseado grifado (“nos limites da competência territorial do órgão prolator”) foi utilizado para cristalizar a pretensa restrição.

Pode-se afirmar que poucas normas do ordenamento jurídico brasileiro receberam tantas e tão veementes críticas quanto a ora examinada.

As objeções a ela dirigidas principiam-se no que toca à sua vigência: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 1473 e 1475) defendem que ocorrera a revogação tácita desse art. 16 (na redação original) pelo art. 103 do CDC, que regulou inteiri-

ramente o instituto da coisa julgada no processo coletivo, de forma que aquele artigo já não mais vigorava quando da edição da Medida Provisória que pretendeu sua alteração. Sendo assim, essa Medida Provisória não poderia ter alterado o que não mais existia.

Para que a “nova redação” da LACP 16 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia *formal* e, por consequência, *material*), deveria a L 9494/97 ter *incluído* na LACP o art. 16, já que não se admite, no direito brasileiro, a reprivatização de lei (LICC 2º, § 3º), e, ainda, a esse artigo incluído, dar nova redação (NERY JUNIOR.; NERY, 2010, p. 1473 e 1475).

Tal conclusão não parece, todavia, adequada, porquanto o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), a despeito de inadmitir a reprivatização tácita, permite a expressa, decorrente de comando legal: “[s]alvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Portanto, ainda que se repute revogado o art. 16 da LACP em sua redação original, a falta de técnica legislativa não justifica negar vigência, validade e eficácia à alteração levada a efeito pela MP n. 1.570-5/1997.

Outro argumento também levantado frequentemente contra a incidência do novo art. 16 é a afirmação de sua ineficácia e inoquidade, tendo em vista a não alteração do art. 103 do CDC – que não traz a restrição naquele inserida –, aplicável à ação civil pública por força do art. 21 da LACP²⁰.

O argumento não convence, porém, uma vez que o art. 103 do CDC é de 1990, ao passo que a modificação do art. 16 da LACP deu-se em 1997. Diante disso, pode-se dizer que, ao menos quanto aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a nova redação do art. 16 revogou tacitamente, por ser posterior, o art. 103.

20 Defendem tal posição: NERY JUNIOR.; NERY, 2010, p. 1474-1475. Em sentido análogo, cf. DIDIER JUNIOR.; ZANETI JUNIOR., 2008, v. 4, p. 159-166.

De outra banda, mais um óbice com frequência invocado contra a infame alteração legislativa, esse sim bastante robusto, consiste na alegação de sua inconstitucionalidade, seja pela ausência dos pressupostos constitucionais para a edição de medida provisória – não havia relevância e urgência, mormente porque o texto original vigorava há doze anos sem impugnação –, seja por afronta aos princípios do acesso à justiça e da proporcionalidade²¹.

Afigura-se, com efeito, inconstitucional o dispositivo. E não apenas pelas razões apontadas no parágrafo anterior, mas também porque a ululante finalidade ínsita à nova redação conferida ao art. 16 da LACP foi restringir os efeitos da sentença e da coisa julgada que emanam da ação civil pública, a qual consubstancia *garantia fundamental* prevista no art. 129, III, da Constituição da República²².

Em se tratando de garantia fundamental, deve-se interpretar a norma do art. 129, III, da Constituição de molde a conferir-lhe máxima efetividade, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, como determina esse preceito constitucional e impõe o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CR/1988).

21 Nesse sentido, v. por todos: MAZZILLI, 2009, p. 275; NERY JUNIOR.; NERY, 2010, p. 1474; e DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2008, v. 4, p. 159-166. Não obstante haja respeitados juristas que não vislumbram no novo art. 16 da LACP incompatibilidade com a Constituição, o entendimento doutrinário preponderante é no sentido da inconstitucionalidade. Aliás, como apontado, trata-se de uma das normas mais ultrajadas na processualística. Em defesa da constitucionalidade da regra, cf.: CARVALHO FILHO, 2007, p. 430; e ALVIM NETTO apud MANCUSO, 2007, p. 296, segundo quem o STJ já havia exarado acórdãos antes da alteração do art. 16 em conformidade com o que nele se introduziu posteriormente. Arruda Alvim defende, ainda, que, como a Constituição prevê que as cortes de superposição têm “jurisdição em todo o território nacional” (art. 92, § 2º, da CR/1988), há de concluir-se que os juízes e tribunais inferiores têm jurisdição restrita a seu âmbito territorial.

22 CR/1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]”[grifo nosso]

Ora, a ação civil pública foi concebida e delineada em 1985, na LACP, como um instrumento com ampla eficácia (*erga omnes*) – como expressava o art. 16 da Lei até sua alteração em 1997 –, adequado, pois, à tutela dos direitos transindividuais que lhe embasaram a existência. Como se marcou no tópico antecedente, essa ampla eficácia decorre da própria natureza dos direitos objeto de proteção.

Foi nesse contexto que, em 1988, a atual Constituição previu como garantia fundamental a ação civil pública. É evidente que a expressão “ação civil pública” de que lançou mão a Constituição evoca as características essenciais do instituto jurídico, entre os quais indubitavelmente figura a tão ressaltada ampla eficácia de seu provimento, *erga omnes*, que abarque todos os legitimados coletivos e substituídos no processo.

Logo, não parece válido que o legislador infraconstitucional possa, olvidando por completo esse quadro, impor a tacanha restrição à eficácia da tutela coletiva, cingindo-a aos “limites da competência territorial do órgão prolator”. Cuida-se de inconstitucional redução de garantia fundamental, que desfigura a ação civil pública ao tolher-lhe um de seus traços essenciais, ao arrepio do princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Sucedê que, não obstante a robustez da argumentação em favor da inconstitucionalidade da nova redação do art. 16 da LACP, não se pode ignorar que sua força arrefeceu em boa medida com a não concessão, em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de liminar para suspender o efeito do preceptivo que trouxe tal redação. Deveras, o STF, por seu Pleno, concedeu a liminar requerida na ADI relativamente a outro preceito, mas não quanto ao que modificou o apontado art. 16²³.

É de perceber, contudo, que a tese da inconstitucionalidade não foi sepultada, visto que, em seguida ao julgamento plenário

23 STF, Pleno, ADI 1.576 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. em 16.4.97, *DJ* de 6 jun. 2003, p. 29.

do STF acerca da liminar, decisão monocrática declarou o prejuízo da ADI, por perda de objeto, uma vez que “houve reedição do ato normativo atacado (Medida Provisória n. 1570), modificando-se-lhe, inclusive, o teor, com supressão do art. 2º, sem que o Requerente tivesse aditado a inicial”. Dessarte, não ocorreu o exame de mérito relativamente à (in)constitucionalidade dos dispositivos impugnados. De fato, a negativa de concessão de liminar numa ADI não firma a constitucionalidade da norma atacada, pois se fundamenta no singelo entendimento da Corte de que não estão presentes os pressupostos para a concessão daquela, a liminar, como, por exemplo, a urgência ou o risco de dano grave²⁴.

De toda sorte, certo é que o indeferimento da liminar enfraquece sensivelmente a alegação de inconstitucionalidade.

Partindo-se do pressuposto de que o art. 16 da LACP é compatível com a Constituição, como interpretá-lo e aplicá-lo?

Essa é a questão que se procurará responder neste estudo. Antes, porém, de gizar resposta a essa pergunta, é de notar que a redação do preceito causa alguma estranheza. Ora, como conceber imutabilidade só em dada circunscrição territorial e mutabilidade fora dela? Note-se que, textualmente, o dispositivo não se refere aos efeitos da sentença – pois, como assinalado inicialmente, coisa julgada não se confunde com os efeitos da sentença –, mas sim ao alcance da coisa julgada. Desse modo, será que o preceito determina que o comando sentencial não pode ser mais alterado no foro do juízo prolator, mas é modificável nos demais foros?

Nesse particular, confira-se a crítica de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2004, p. 818):

24 Nesse sentido: “[...] A concessão da liminar em ação direta de inconstitucionalidade pressupõe a relevância do pedido, o risco de manter-se com plena eficácia o ato e a conveniência do deferimento considerados os valores em jogo [...]”. (STF, Pleno, ADI 1921 MC, rel. min. Marcos Aurélio, j. em 2.12.98, *DJ* 12 mar. 1999, p. 2).

A quem examinar adequadamente a regra, detendo um mínimo de conhecimento a respeito da teoria da coisa julgada, concluirá com tranquilidade que a previsão é, em essência, absurda, ou por ser ilógica, ou por ser incompatível com a regência da coisa julgada. Como já se viu inúmeras vezes, a coisa julgada representa a qualidade de indiscutibilidade de que se reveste o efeito declaratório da sentença de mérito. Não se trata – também já foi observado, com a crítica de Liebman – de um *efeito* da sentença, mas de qualidade que se agrega a certo efeito. Ora, pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em determinada porção do território, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país. Ora, da mesma forma que uma fruta não deixará de ter sua cor apenas por ingressar em outro território de federação, só se pode pensar em uma sentença imutável frente à jurisdição nacional, *e nunca em face de parcela dessa jurisdição*. Se um juiz brasileiro puder decidir novamente causa já decidida em qualquer lugar do Brasil (da jurisdição brasileira), então é porque não existe, sobre a decisão anterior, coisa julgada. O pensamento da regra chega a ser infantil, não se lhe podendo dar nenhuma função ou utilidade.

Nota-se que, em realidade, o legislador, sem lançar mão da melhor técnica, quis referir-se aos efeitos da sentença, limitando-os, como também esclarecem os processualistas citados (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 818):

Na verdade, a restrição pretendida pela lei não diz respeito à coisa julgada. Limitar a abrangência da coisa julgada é impossível, sob pena de deixar ela de ser coisa julgada. O objetivo do dispositivo é limitar a abrangência dos *efeitos da sentença* (dentre os quais, certamente, não se encaixa a coisa julgada).

Ocorre que os efeitos de qualquer sentença, proferida em processo individual ou coletivo, operam em todo o território nacional: com a sentença de divórcio, os ex-cônjuges tornam-se divorciados em todo o território brasileiro; a partir da sentença que decreta a nulidade de um contrato, este é nulo em todo o Brasil; a sentença condenatória ao pagamento de quantia produz efeitos igualmente

em todo o território nacional, tanto que pode ser executada noutra foro que não aquele em que proferida (o do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou o do atual domicílio do executado, como permite o art. 475-P, parágrafo único, do CPC) – três exemplos, entre outros tantos que poderiam ser apresentados.

Como lecionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 1475), não é possível limitar a dado espaço no território brasileiro os efeitos das decisões, “como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado!”.

De outra banda, causa perplexidade e alguma disfunção sistêmica a contingência de ter-se alterado o art. 16 da LACP sem modificação similar do art. 18 da Lei n. 4.717/1965, regra especial que rege a ação popular. Isso porque uma ação popular pode, em alguns casos (como na defesa do patrimônio público), ter a mesma causa de pedir e o mesmo pedido de uma ação civil pública. Nessa hipótese, dever-se-ia concluir que sentença sobre dada questão em ação civil pública deve sofrer a limitação inserida no art. 16 da LACP, ao passo que sentença acerca da mesma questão em uma ação popular não sofre semelhante restrição? (MAZZILLI, 2009, p. 276 e 561-563).

Ora, os efeitos da sentença ou mesmo a coisa julgada nada têm que ver com a competência territorial do juízo prolator do *decisum*. A limitação feita no art. 16 da LACP é absurda e pode levar a milhares de sentenças contraditórias sobre uma mesma questão, na contramão dos mais evidentes fundamentos e objetivos da tutela coletiva (MAZZILLI, 2009, p. 276-277). É o que adverte Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 939):

Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los

e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história.

Na mesma linha, adverte Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 300) ao tratar do art. 16 da LACP:

No presente estágio evolutivo da jurisdição *coletiva* em nosso País, impende compreender que o comando judicial daí derivado precisa atuar de modo *uniforme e unitário* por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação, porque de outro modo esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais, assim atomizando e desfigurando o conflito coletivo.

E arremata o processualista:

Não é difícil perceber que a ação civil pública, ao propiciar o acesso à justiça de um largo espectro de conflitos metaindividuais, não pode ter mitigada a eficácia *erga omnes* da coisa julgada que aí se produza, porque do contrário, em vez de se pacificar o conflito, se acabará por prolongá-lo ou acirrá-lo, ante a previsível prolação de comandos judiciais diversos, senão já contraditórios (MANCUSO, 2007, p. 310).

Além disso, a aplicação apressada e irrefletida da regra do art. 16 pode tornar inútil, em alguns casos, a sentença proferida. Um exemplo esclarece bem isso: imagine-se o caso de uma pessoa jurídica, ré em processo instaurado por ação civil pública, que poluiu grande parte de rio que se estende para além dos limites da competência territorial do juízo processante. Sobrevém sentença de procedência (executiva) que determina um fazer consistente em tomar medidas para despoluir ou, ao menos, diminuir a poluição ao longo de toda a parte do rio afetada. Nesse caso, a sentença não produziria efeitos quanto às partes do rio que extrapolam a compe-

tência territorial do juízo sentenciante, de sorte que a ré não estaria obrigada a tomar as apontadas medidas nessas partes? Ou estaria, porquanto os efeitos da sentença também alcançam tais partes do rio, mas, porque não há aí coisa julgada, poderia a ré rediscutir a demanda judicialmente, nos foros que as abrangem, a qualquer momento? Que efeitos práticos teria essa sentença para proteger o direito violado? Nesse tipo de caso, só seria possível efetiva reparação do dano com a propositura de ações civis públicas em todos os foros abrangentes dos espaços atingidos? E, afora a necessidade de ações civis públicas em todos esses foros, a reparação ficaria na dependência não somente de os vários juízos julgarem procedentes os pedidos dessas demandas, mas também de o fazerem na mesma medida? E mais: para que a procedência em cada ação civil pública pudesse ocorrer na mesma medida, seria preciso que todos os pedidos dessas inúmeras ações fossem, se não idênticos, harmônicos entre si? Se compadece a Constituição (que, além de estabelecer a ação civil pública como garantia fundamental, prevê os princípios do acesso à justiça, da proporcionalidade, bem como impõe a proteção ao meio ambiente) com esse tipo de situação, com a necessidade de conjugação quase impossível de circunstâncias para que se possa adequadamente tutelar o direito violado?

Outra desordem também decorrente da literal aplicação do dispositivo é mostrada por Marcelo Abelha Rodrigues (2009, p. 271-272):

Não menos esdrúxulo é o inusitado fato de que a nova redação do art. 16 (coisa julgada nos limites da competência territorial) criou uma novel relação entre degrau jurisdicional e abrangência do julgado, qual seja, fez com que o réu na ACP que saiu vencido em primeiro grau de jurisdição seja estimulado a não recorrer, para evitar que uma decisão substitutiva da sentença proferida no tribunal tenha uma abrangência maior, que, portanto, lhe seja mais prejudicial, caso seja confirmada a sentença. Enfim, a cada degrau que se sobe em nível recursal ter-se-á um aumento dos limites subjetivos do julgado, já que aumentará o alcance territorial da competência do órgão prolator.

Com o embaraçoso intuito de driblar esse inusitado fenômeno processual, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 430) propugna que a expressão “competência territorial”, constante do art. 16, refere-se unicamente ao órgão jurisdicional prolator da sentença, ou seja, ao juízo de primeiro grau, o que, de resto, segundo o autor, não ofenderia as regras constitucionais que traçam a competência mais alargada das cortes que, no julgamento dos recursos interpostos contra a sentença, substituem-na por seu aresto (art. 512 do CPC).

Com uma terceira interpretação sobre o ponto, porém, o STJ já teve oportunidade de afirmar que, por força do art. 16 da LACP, “[a] eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário”²⁵.

A propósito dessa posição do STJ, talvez uma das explicações para o fato de a Corte ter reiteradamente afirmado até há pouco tempo a legitimidade da aplicação literal do art. 16 – compreensão, ao que parece, em vias de superação – seja o escopo de concentrar poder, limitando o de órgãos jurisdicionais inferiores. Afinal de contas, os juízes e tribunais inferiores têm competência territorial restrita, ao passo que o Tribunal da Cidadania tem “jurisdição em todo o território nacional” (CR/1988, art. 92, § 2º).

5 Síntese da confusão decorrente da nova redação do art. 16 da LACP: vinculação dos efeitos da sentença à competência territorial

Restou já esboçado no item precedente que o grande problema da nova redação do dispositivo em análise consiste na extravagante vinculação entre competência territorial e efeitos da sentença (ou coisa julgada, na literalidade do preceito).

²⁵ REsp n. 293407/SP, rel. min. Barros Monteiro, rel. p/ Acórdão min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22.10.2002, DJ de 7 abr. 2003, p. 290.

Ora, competência territorial nada mais é que a parcela de jurisdição definida em lei a ser exercida por dado órgão jurisdicional em determinado espaço geográfico. O estabelecimento da competência territorial decorre de imperativos práticos, para organizar o exercício da jurisdição, possibilitando a definição prévia sobre a qual órgão jurisdicional cabe apreciar cada demanda. É óbvio e ululante que se trata de tema completamente alheio à disciplina dos efeitos da sentença ou dos limites subjetivos da coisa julgada.

Quanto a seus efeitos, irradia-os a sentença por todo o território nacional, como expressão da soberania estatal que é. Com efeito, a jurisdição é una, porquanto emana da soberania, também una, de sorte que sua divisão em parcelas ou medidas a serem desempenhadas por cada juízo decorre tão somente de uma necessidade prática e organizacional. Cada juízo, porém, exerce a mesma e idêntica jurisdição.

Dessarte, é fácil concluir que a decisão jurisdicional é eficaz em todo o território sobre o qual se estende a soberania nacional²⁶.

Os efeitos da sentença dependem da feição do objeto litigioso do processo (pedido qualificado pela causa de pedir) e da extensão do julgamento de procedência, independentemente das dimensões da circunscrição territorial em que o julgador exerce jurisdição. Alcançam, pois, as pessoas que figuram em um dos polos da(s) relação(ões) jurídica(s) de direito material deduzida(s).

Pois bem, em se tratando de direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível limitar no espaço os efeitos da sentença, porquanto, por óbvio, não é factível definir onde estão tais titulares.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, os efeitos da decisão alcançam todos os seus titulares, que poderão pleitear em

²⁶ Note-se, ainda, que a sentença brasileira pode, em certos casos, produzir efeitos até mesmo em território estrangeiro, após a observância de certos requisitos da *lex fori*. Aliás, até a sentença estrangeira pode operar efeitos no Brasil, depois de homologada pelo STJ (art. 105, I, da CR/1988 e Res. STJ n. 9/2005).

seu favor, em demanda individual, a liquidação e execução do julgado. Nesse caso, é possível, em tese, a restrição territorial. No entanto, a implementação dessa restrição, além de causar inúmeros transtornos, vai de encontro aos mais elementares fundamentos e objetivos da tutela coletiva desses direitos, como já exposto.

Em vista de semelhantes considerações, conclui Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 323):

Por conta disso e de todo o antes exposto, parece-me acertado o previsto no anteprojeto do *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, versão dezembro 2005, em estudos no Ministério da Justiça, no § 4º do art. 12: “A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”.

Em princípio, poder-se-ia reputar despicienda previsão legal expressa desse jaez, dado que, como explicitado, competência territorial e coisa julgada (ou efeitos da sentença) não têm relação entre si, de maneira que a mera inexistência de previsão expressa como a do hoje vigente art. 16 da LACP seria mais do que suficiente. Ocorre que a edição de regra como a referida por Mancuso nada traria de prejuízos e tornaria estreme de dúvidas a desvinculação da coisa julgada e dos efeitos da decisão à competência territorial do juízo.

6 Algumas propostas de interpretação para a regra do art. 16 da LACP

Teori Albino Zavascki (2011, p. 66-67) propugna a interpretação do dispositivo legal, com base nos elementos histórico e sistemático, no sentido de que se refere apenas à ação coletiva (ou seja, à tutela de direitos individuais homogêneos), não abarcando, pois, a ação civil pública (que protege direitos difusos e coletivos). Isso porque a Lei n. 9.494/1997 (resultante da conversão da MP n. 1.570-5/1997), cujo art. 2º alterou a redação do art. 16 da LACP,

prevê em seu art. 2º-A limitação territorial somente em relação à sentença em ação coletiva.

Não parece ser, *concessa maxima venia*, a interpretação mais adequada. A uma, porque a nova redação do art. 16 não faz qualquer menção à ação coletiva ou aos direitos individuais homogêneos. A duas, porquanto a LACP, não obstante hoje também ser aplicável à proteção destes últimos – pois compõe o microsistema do processo coletivo –, volta-se originária e precipuamente à tutela dos direitos transindividuais. E, a três, visto que o art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, que se refere somente à ação coletiva, não constava da redação original; foi acrescido pela MP n. 1.798-1/1999²⁷. Desse modo, como o art. 2º da Lei n. 9.494/1997 – que alterou o art. 16 da LACP – já constava da redação original da lei, não se afigura correto invocar os elementos histórico e sistemático de interpretação para embasar a conclusão de que o art. 16 só incide relativamente à ação coletiva. De resto, é de observar que a Lei n. 9.494/1997 traz restrições de toda ordem à tutela jurisdicional contra a Fazenda Pública, não se cingindo ao trato das ações coletivas.

Em sentido diametralmente oposto ao preconizado por Zavascki, Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 940-941) sustenta que a nova redação do art. 16 da LACP só alcança as sentenças referentes a direitos difusos, pois só aí, nos termos do art. 103, I, do CDC, a coisa julgada é *erga omnes*, “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas”, como consta do art. 16. Segundo tal autora, esse preceito, no máximo, abarca também casos de direitos coletivos em sentido estrito, mas jamais de direitos individuais homogêneos, porquanto, para estes, o regime da coisa julgada é outro, previsto no art. 103, III, do CDC: só há coisa julgada na hipótese de procedência. Assim sendo, a ressalva do art. 16, quanto à improcedência por falta de provas, demonstra – arremata a processualista – a total impertinência do dispositivo

²⁷ A MP n. 1.798-1/1999 foi reeditada, com pouquíssima alteração redacional, algumas vezes até a MP n. 2.180-35/2001, ainda em vigor por força do art. 2º da EC 32/2001.

relativamente aos direitos individuais homogêneos. Segundo essa compreensão, a nova redação do art. 16 da LACP não alterou o art. 103, III, do CDC, pois os preceptivos cuidam de situações totalmente diversas. Defendem idêntica interpretação Marcelo Abelha Rodrigues (2009, p. 256-257) e Pedro Lenza (2008, p. 269-271). O STJ já teve ensejo de adotar esse entendimento²⁸, o qual, porém, foi objeto de reforma em embargos de divergência pela Segunda Seção do STJ, que aplicou de modo literal a limitação do art. 16 da LACP ao caso²⁹.

O raciocínio desenvolvido por essa parcela da doutrina soa sólido e atraente. Não é, todavia, livre de fundadas críticas. A primeira que se lhe pode opor é a seguinte: a LACP compõe com o CDC e outros diplomas o microsistema processual coletivo, de forma que, salvo manifesta incompatibilidade, não há razão para diferenciar o regime da coisa julgada relativo aos direitos individuais homogêneos do regime concernente aos direitos transindividuais. E não parece haver, no particular, incompatibilidade ou peculiaridade que impeça a aplicação do art. 16 da LACP à sentença de procedência (com coisa julgada *erga omnes*) em ação coletiva, referente a direitos individuais homogêneos (art. 103, III, do CDC), sem impedir a incidência do preceptivo em ação civil pública, para a defesa de direitos transindividuais.

28 “[...] - A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. [...]”

- O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LACP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 411.529/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe de 5 ago. 2008.)

29 EREsp 411.529/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, DJe de 24 mar. 2010.

A crítica mais contundente a tal posição, contudo, não é essa, mas esta: retiram-se os direitos individuais homogêneos do âmbito de incidência do art. 16 da LACP, porém se mantêm em tal âmbito justamente os direitos cuja natureza os torna frontalmente incompatíveis com a restrição contida no preceito, os transindividuais (difusos e coletivos), como amplamente exposto acima³⁰.

7 Adequada interpretação do art. 16 da LACP. Competência territorial do juízo no processo coletivo

A melhor interpretação para o art. 16 da LACP é, em nosso sentir, ofertada por Hugo Nigro Mazzilli (2009, p. 562).

Leciona esse autor que, no sistema integrado de tutela coletiva – cujos principais diplomas normativos são a LACP e o CDC –, a fixação da competência territorial é disciplinada pelo art. 93 do CDC³¹.

Esse artigo do CDC, situado no capítulo relativo às ações coletivas (direitos individuais homogêneos), não incide exclusivamente em relação a tais ações, mas também, por analogia, às ações civis públicas (direitos difusos e coletivos), uma vez que a razão de ser do preceito – pautada pelo âmbito do dano real (dano causado) ou potencial (risco de dano) – prende-se indiferentemente tanto aos casos de direitos individuais homogêneos quanto aos de direi-

30 Entretanto, como se verá no tópico a seguir, para solucionar o problema relativamente aos direitos metaindividuais, Ada Pellegrini Grinover e Marcelo Abelha Rodrigues defendem a exegese do art. 16 da LACP à luz das regras do art. 93 do CDC, na linha da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli.

31 CDC, art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

tos transindividuais. Nas duas espécies, ocorrem danos de âmbito local, regional e nacional, nada havendo que as diferencie nesse aspecto a ponto de justificar uma disciplina de competência territorial diversa para cada qual.

Daí a aplicação analógica do art. 93 do CDC para reger a competência territorial também das ações civis públicas, vocacionadas à defesa dos direitos transindividuais (difusos e coletivos).

Releva notar, ainda, que a aplicação desse dispositivo em nada contraria o art. 2º da LACP. Esse artigo prevê simplesmente a competência territorial absoluta do local do dano para a propositura das ações civis públicas³². Portanto, a incidência do art. 93 do CDC harmoniza-se com a concomitante aplicação do art. 2º da LACP, complementando-a com a noção de *âmbito do dano*³³.

Em outras palavras, conclui-se que o art. 2º da LACP estabelece a competência absoluta do foro (circunscrição territorial) do dano, ao passo que o art. 93 do CDC, em complemento, a partir da ideia de âmbito do dano, fixa o foro com competência territorial para a causa. Aquele determina a competência do local do dano; este fixa, com base na extensão de tal local, o foro competente.

Assim, da interpretação do art. 2º da LACP, combinado com o art. 93 do CDC, deduz-se que o juízo ao qual incumbe processar a ação civil pública ou ação coletiva ostenta competência territorial absoluta abrangente de toda a extensão do dano (ocorrido ou potencial) que compõe a causa de pedir da demanda.

32 Trata-se claramente aí de competência territorial, que a lei quis absoluta, e não de competência *funcional*, como consta do preceptivo legal.

33 Veja-se, a propósito, este aresto em que o STJ aplicou o art. 2º da LACP e o art. 93 do CDC em caso de dano ambiental, relativo a direito difuso, portanto: Segunda Turma, REsp 1018214/PR, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. 2.6.2009, DJe de 15 jun. 2009 REVF0R vol. 405 p. 441.

As regras do art. 93 do CDC denotam, portanto, que a competência do juízo do processo coletivo não se cinge aos lindes do respectivo foro ou circunscrição territorial – ou seja, da comarca, na Justiça Estadual, ou da seção ou subseção judiciária, na Justiça Federal etc. –, mas abarca todo o espaço territorial do dano. Desse modo, tal como o dano, a competência territorial aí pode apresentar dimensão local, regional ou até mesmo nacional.

Em vista dessa constatação, a interpretação e a aplicação do art. 16 da LACP não dão azo aos vícios e perplexidades acima esquadrihados, dado que os limites da competência territorial do órgão prolator, de que cuida a regra desse artigo, são os decorrentes do art. 93 do CDC.

Desta sorte, no processo coletivo, os limites do dano (real ou potencial) determinam os da competência, que, por seu turno, definem o alcance dos efeitos da sentença e a abrangência da coisa julgada.

Tal solução oferta resposta adequada aos problemas acima ventilados, relacionados à incompatibilidade do art. 16 da LACP com a Constituição e às confusões conceituais por ele engendradas.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 300) parece concordar com essa conclusão, entendendo inócua a alteração do art. 16 da LACP.

Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 941-943) e Marcelo Abelha Rodrigues (2009, p. 272-273) propugnam a mesma solução quanto aos direitos difusos e coletivos. No que tange aos individuais homogêneos, entendem que o art. 16 da LACP não se aplica, como noticiado no tópico anterior.

De resto, sem embargo da redação do art. 93 do CDC, que se inicia com o estranho fraseado “[r]essalvada a competência da Justiça Federal”, é de anotar que a jurisprudência e a doutrina têm

entendido pela aplicação da norma também aos processos coletivos de competência da Justiça Federal³⁴.

8 A posição do STJ sobre o art. 16 da LACP. Possível revisão de entendimento

Até há pouco, a jurisprudência largamente preponderante no STJ era no sentido da aplicação literal do art. 16 da LACP, *i. e.*, de que “[a] sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterado pela Lei 9.494/1997”³⁵. Tal posição era sustentada tanto em sede de ações civis públicas (defesa de direitos transindividuais) quanto em de ações coletivas (tutela de direitos individuais homogêneos)³⁶.

34 Nesse sentido, cf.: STJ, Segunda Seção, CC n. 28.003/RJ, rel. min. Nilson Naves, j. 24.11.1999, *DJ* de 11 mar. 2002 p. 159 LEXSTJ vol. 154 p. 46; STJ, Primeira Seção, CC n. 57.558/DF, rel. min. Luiz Fux, j. 12.9.2007, *DJe* 3 mar. 2008; STJ, Segunda Turma, REsp n. 1.018.214/PR, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. 2.6.2009, *DJe* de 15 jun. 2009 REVFOR vol. 405 p. 441; e Mazzilli, 2009, p. 284-285.

35 Vejam-se, por exemplo, estes precedentes: AgRg no REsp n. 1.105.214/DF, rel. min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 5.4.2011, *DJe* de 8 abr. 2011. No mesmo sentido, tanto em ações civis públicas como em ações coletivas, v. EREsp n. 411.529/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, *DJe* de 24 mar. 2010; AgRg no REsp n. 573.868/RS, rel. min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 15.10.2009, *DJe* 26 out. 2009; EREsp n. 399.357/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 9.9.2009, *DJe* 14 dez. 2009; AgRg nos EREsp n. 253.589/SP, rel. min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 4.6.2008, *DJe* 1º jul. 2008; AgRg no REsp n. 167.079/SP, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.3.2009, *DJe* 30 mar. 2009; EREsp n. 293.407/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 7.6.2006, *DJ* de 1º ago. 2006, p. 327; AgRg nos EREsp n. 253.589/SP, rel. min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 4.6.2008, *DJe* de 1º jul. 2008; e EREsp 399357/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 9.9.2009, *DJe* de 14 dez. 2009.

36 Especificamente em ações coletivas, cf.: EDcl no REsp n. 167.328/SP, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 1º.3.2011, *DJe* de 16 mar.

Pouco numerosos foram os arestos do STJ que se desviram dessa postura até recentemente³⁷.

Todavia, o STJ acena agora para alvissareira mudança de compreensão.

2011; REsp n. 600.711/RS, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18.11.2010, DJe de 24 nov. 2010; e AgRg no Ag n. 633.994/PR, rel. min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 8.6.2010, DJe de 24 jun. 2010.

- 37 Calha rememorar, a propósito, referências pontuais feitas nos itens acima sobre posições diversas albergadas em julgados do STJ – com o intuito de afastar ou mitigar a restrição territorial contida no art. 16 da LACP –, os quais em geral findaram, contudo, por ser reformados: (I) sustentou-se que “[a] distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LACP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador” (REsp n. 411.529/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe de 5 ago. 2008). (No mesmo sentido: REsp n. 411.529/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe de 5 ago. 2008. Porém, o julgado cuja ementa foi parcialmente transcrita acabou reformado por este, que aplicou a limitação territorial do art. 16 da LACP: EREsp n. 411.529/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, DJe de 24 mar. 2010. Outros julgados no mesmo sentido daquele primeiro foram também reformados em embargos de divergência.); (II) o STJ já teve ensejo também de afirmar que, por força do art. 16 da LACP, “[a] eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário”, e não do órgão de primeiro grau (REsp n. 293.407/SP, rel. min. Barros Monteiro, rel. p/ Acórdão min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22.10.2002, DJ de 7 abr. 2003, p. 290); (III) defendeu-se, de outra banda, que a nova redação do art. 16 da LACP não alcança as sentenças referentes a direitos individuais homogêneos, pois a “Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. [...] O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LACP para essas hipóteses” (REsp n. 411.529/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.6.2008, DJe de 5 ago. 2008). Contudo, esse julgado foi reformado em embargos de divergência pela Segunda Seção do STJ, que aplicou a limitação do art. 16 da LACP ao caso (EREsp n. 411.529/SP, rel. min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, DJe de 24 mar. 2010).

Deveras, em julgado do final de 2011, em processo relativo a direitos individuais homogêneos, a Corte Especial do STJ apontou nitidamente para a revisão da jurisprudência sobre o tema³⁸⁻³⁹.

38 Confira-se a ementa:

“DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. *ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.*

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto *os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo* (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do min. Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido”. (REsp n. 1.243.887/PR, rel. min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe 12 dez. 2011, grifou-se).

39 Pedimos vênia para transcrever, por seu caráter elucidativo, boa parte do voto condutor do acórdão, proferido pelo rel., min. Luis Felipe Salomão, que bem sintetizou a questão:

“Aduz o recorrente, nesse ponto, que o alcance territorial da coisa julgada se limita à comarca na qual tramitou a ação coletiva, mercê do art. 16 da Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei n. 7.347/1985), *verbis*: [...]

Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais

apressados, no sentido de que os ‘efeitos’ ou a ‘eficácia’ da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é ‘efeito’ ou ‘eficácia’ da sentença, mas *qualidade* que a ela se agrega de modo a torná-la ‘imutável e indiscutível’.

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os ‘limites da lide e das questões decididas’ (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) – *tantum iudicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, com mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela Justiça Estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (‘o que’ se decidiu) e subjetivo (em relação ‘a quem’ se decidiu), mas não de competência territorial.

Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

[...]

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual ‘a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário’ (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos REsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Caso contrário, ‘esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais’ (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 325), ‘*atomizando*’ as lides na contramão do moderno processo de ‘*molecularização*’ das demandas.

Com efeito, como se disse anteriormente, por força do art. 21 da Lei n. 7.347/85, o Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam,

Nota-se pela leitura da ementa e das partes do voto reproduzidas nas notas 38 e 39 que, muito embora o processo cuidasse de direitos individuais homogêneos (direitos de inúmeros poupadores de instituição financeira ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários), o art. 16 da LACP foi analisado não somente quanto a tais direitos; foi perscrutado de per si, relativamente à sua incidência em qualquer processo coletivo, seja sobre direitos individuais homogêneos, seja acerca de direitos transindividuais.

O precedente, amparado por entendimento doutrinário de escol e robusta fundamentação, aplica o preceito analisado, em nosso perceber, de forma adequada, nos moldes defendidos neste estudo.

em conjunto, um microssistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa.

Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema.

Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

O norte, portanto, deve ser o que dispõem os arts. 93 e 103 do CDC, *verbis*: [...]

Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial.

[...]

Embora estacionada a jurisprudência em sentido contrário, houve precedentes a sufragar o entendimento ora proposto [...].

Finalmente, embora haja doutrina e precedentes que, para contornar o art. 16 da LACP, aduzam que o dispositivo somente possui operância quando se tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, sendo inaplicável a direitos individuais homogêneos, o fato é que – para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito – é que está a maior dificuldade de aplicação da norma, porquanto supõem, por definição, titulares indeterminados ou indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, sendo imprópria a cisão dos efeitos da sentença em razão de alegada limitação territorial”.

Cuida-se, pois, de importante passo dado pelo STJ para a evolução na aplicação do art. 16 da LACP.

Todavia, como assinalado, o referido aresto, apesar de ter analisado o art. 16 da LACP também quanto à sua aplicação aos direitos transindividuais, foi proferido em processo sobre direitos individuais homogêneos. Por isso, quanto àqueles direitos, poder-se-ia alegar que a posição adotada pela Corte não passa de *obiter dictum*, dito periférico que, se retirado da fundamentação, não faria falta à sustentação da decisão, uma vez que o caso referia-se a direitos individuais homogêneos.

Alguém poderia sustentar que as conclusões extraídas daquele julgado do STJ, no que toca aos direitos difusos e coletivos, não compõem sua *ratio decidendi* ou, noutro dizer, não constituem o precedente judicial, inclusive para fins de aplicação do regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). O precedente, assim, diria respeito unicamente aos direitos individuais homogêneos. Fala em favor desse raciocínio, aliás, a própria letra da ementa do acórdão, a qual, “[p]ara efeitos do art. 543-C do CPC”, dispõe sobre a “liquidação e a execução individual de sentença genérica”, o que denota clara referência aos direitos individuais homogêneos, únicos em relação aos quais faz sentido cogitar em sentença genérica, que demanda liquidação e execução individual.

De toda sorte, provavelmente a questão será revista com maior amplitude no julgamento pela Corte Especial do STJ dos embargos de divergência em Recurso Especial n. 1.243.386, cujo processamento foi admitido pelo relator, ministro Herman Benjamin, em dezembro de 2012⁴⁰. Isso porque nesse caso, trata-se, segundo o acórdão recorrido, proferido pela Terceira Turma da Corte,

40 EREsp n. 1.243.386/RS, rel. min. Herman Benjamin, decisão de 13.12.2012, DJe 19 dez. 2012. O recorrente alega dissídio com o entendimento da Corte Especial, cristalizado em acórdão publicado em 2010, o qual, na esteira da jurisprudência sedimentada à época, firmava a aplicação apressada e literal do art. 16 da LACP, objeto das críticas apresentadas neste trabalho.

de direitos transindividuais (coletivos em sentido estrito, mais precisamente)⁴¹.

Avizinha-se, pois, oportunidade de formação (de maneira clara e inequívoca) de precedente, na mesma linha do anteriormente referido, sobre a interpretação do art. 16 da LACP também em relação aos direitos transindividuais. Daí a relevância desse julgamento.

41 Veja-se a ementa do acórdão recorrido:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de *direitos coletivos em sentido estrito*, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

[...]

4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

6. O art. 2º-A da Lei n. 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei n. 9.494/1997, portanto, não se aplica. [...]” (REsp n. 1.243.386/RS, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26 jun. 2012, grifou-se).

9 Conclusão

O art. 16 da LACP deve ser interpretado sistematicamente e em conformidade com a Constituição, de forma que possa proporcionar adequada tutela aos direitos transindividuais e aos direitos individuais homogêneos.

Da interpretação do art. 2º da LACP, combinado com o art. 93 do CDC, dessume-se que o juízo ao qual incumbe processar a ação civil pública ou ação coletiva ostenta competência territorial absoluta abrangente de toda a extensão do dano (ocorrido ou potencial) que compõe a causa de pedir da demanda. Assim, no processo coletivo, os limites do dano (real ou potencial) determinam os da competência, que, por seu turno, definem o alcance dos efeitos da sentença e a abrangência da coisa julgada.

O STJ, no julgamento do REsp n. 1.243.887/PR, em 19.10.2011, interpretou o art. 16 da LACP nos moldes defendidos neste artigo. Apesar de o processo cuidar de direitos individuais homogêneos, o dispositivo legal foi perscrutado de per si, relativamente à sua incidência em qualquer processo coletivo, seja sobre direitos individuais homogêneos, seja acerca de direitos transindividuais.

A questão provavelmente será revista com maior amplitude no julgamento pela Corte Especial do STJ do EREsp n. 1.243.386, cujo processamento foi admitido em dezembro de 2012. Nesse caso, trata-se, segundo o acórdão recorrido, de direitos transindividuais (coletivos em sentido estrito, mais precisamente). Há, portanto, oportunidade de formação (de maneira clara e inequívoca) de precedente, na mesma linha do anteriormente referido, sobre a interpretação do art. 16 da LACP também em relação aos direitos transindividuais.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei 7.347, de 24/7/85)*. 6 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Tomo I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: Variações sobre o tema. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, p. 7-12, 1985.

NASSAR, Marcos. Lei 11.232/2005: possibilidade de haver sentença executiva nos casos de obrigação pecuniária. *Revista de processo*, RT, São Paulo, n. 149, p. 29-51, jul. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Zavascki, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O protesto como instrumento de efetividade dos termos de compromisso de ajustamento de conduta

Pedro Henrique Ishibashi

Técnico do Ministério Público da União. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).

Resumo: O protesto, de origem cambial, encontra-se em constante evolução, adequando-se às mudanças das relações sociais. Isso fez com que sua finalidade fosse alterada em sua origem, passando a representar importante meio de solução extrajudicial de conflitos, visto que permite a cobrança de dívidas por meio de procedimento célere e módico. Assim, considerando que o Ministério Público adota, entre outros, os termos de ajustamento de conduta como instrumentos para coibir ilícitos e reparar danos já causados e que, no caso de descumprimento do que fora pactuado, faz-se necessária ação judicial de execução, cujo trâmite costuma ser moroso pelo notório sobrearregamento do Poder Judiciário, é imperiosa a busca por outras soluções alternativas para a tutela dos direitos coletivos. Com vistas nesse fato, o presente artigo verifica, de acordo com a sistemática jurídica atual, a possibilidade de apontamento a protesto de termos de compromisso de ajuste de condutas, bem como os requisitos necessários. Para isso, faz uma análise histórica do protesto, compreendida do surgimento do instituto até o atual cenário do protesto no direito brasileiro, verificando, a seguir, quais seriam os documentos passíveis de apontamento nos registros de protesto e como as corregedorias dos Tribunais de Justiça interferem nessa qualificação com a edição de normas administrativas de observância obrigatória.

Palavras-chave: Protesto extrajudicial. Termo de compromisso de ajustamento de conduta. Ministério Público. Solução extrajudicial de conflitos.

Abstract: The protest, that has exchange origin, is constantly evolving, adapting to changes in social relationships. This caused that its purpose was amended in its origin, representing nowadays important means of extrajudicial dispute resolution. This allows the collection of debts through rapid and reasonable procedure. So, considering that the prosecutor adopts, in Brazil, among other instruments, the “termo de compromisso de ajustamento de conduta” (type of formal agreement) as a tool to curb illicit and repair damage already caused and that, and in case of breach of what had been agreed upon, it is necessary judicial enforcement action, which is often lengthy proceeding by the notorious overloading judiciary Brazilian system, it is imperative to search for alternative solutions for the protection of collective rights. Considering all these facts, this paper analyses, according to the current legal systematics, the possibility of using the protest of the formal agreements (“termo de compromisso de ajustamento de conduta”), as well as the requirements for that. Thus, it begins with a historical analysis of the protest, since the emergence of the institute to the current scenario of protest in Brazilian law, followed by analysis of what are the documents that may be qualified to be collected through protest in the notary’s office, and how the internal affairs of courts of Justice may interfere in ways of editing administrative rules that must be fulfilled.

Keywords: Extrajudicial protest. “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta” (formal agreement). Prosecutors. Extrajudicial conflict solution.

Sumário: 1 Introdução. 2 Protesto. 2.1 Surgimento do protesto. 2.2 Protesto no Brasil. 2.3 Conceito de protesto. 2.4 Distinção entre ato de protesto e procedimento para protesto. 2.5 Efeitos do protesto. 2.6 Procedimento para protesto. 2.7 Características do protesto. 2.8 Uso do protesto por órgãos públicos. 3 Normas aplicáveis ao protesto. 3.1 Instruções normativas das corregedorias. 3.2 Outros documentos de dívida. 4 Ministério Público e os termos de compromisso de ajustamento de conduta. 4.1 Objetos dos termos de compromisso de ajustamento de conduta. 5 Protesto dos termos de ajustamento de conduta. 5.1 O termo de compromisso como outro documento de dívida. 5.2 Requisitos. 6 Responsabilidades. 6.1 Responsabilidade do apresentante e a do

tabelião. 6.2 Responsabilidade pelo pagamento de emolumentos. 7 Local do protesto de termo de compromisso. 8 Momento do protesto do termo de compromisso. 9 cumprimento voluntário da obrigação. 9.1 Cumprimento da obrigação durante o procedimento para protesto. 9.2 Cumprimento da obrigação após o registro do protesto. 10 Ações judiciais contra o protesto de termos de compromisso. 10.1 Ações judiciais durante o procedimento de protesto. 10.2 Ação judicial em face de protesto registrado. 11 Conclusão.

1 Introdução

O crédito é instrumento essencial para o desenvolvimento das atividades comerciais. Tanto o produtor de insumos quanto o consumidor final, em determinado momento de sua existência, acabam, por motivos diversos, recorrendo ao crédito oferecido no mercado para a aquisição de bens.

Contudo, aquele que oferece o crédito busca, além do lucro por meio de juros que remuneram o capital, garantias de que obterá o pagamento ao final do período ajustado. Para tanto, faz-se análise de crédito, cujos critérios são a existência de patrimônio para solver a obrigação, bem como o histórico financeiro daquele que deseja obter recursos a prazo.

Nesse aspecto, o protesto mostra-se de grande relevância, já que a existência de registro de protestos em face de alguém indica a insolvência de alguma obrigação e isso certamente ensejará restrição na concessão de novos créditos a essa pessoa.

O protesto é lavrado pelas serventias extrajudiciais conhecidas vulgarmente por “cartórios”. Isso porque, entre as várias especialidades, encontra-se o tabelionato de protesto de títulos e documentos, responsável pelo procedimento, que consiste na apresentação do documento a ser protestado e na notificação ao devedor para pagamento feita pelo tabelionato, que poderá ensejar a extinção da dívida pelo pagamento ou a lavratura do protesto.

Todo esse procedimento é realizado de maneira célere – por via de regra, em três dias úteis contados da apresentação – e os custos pela cobrança são arcados pelo devedor. E, ainda que não satisfeito o crédito nesse período, o devedor, em algum momento, terá interesse em cancelar o protesto, sendo necessário, para isso, o pagamento da dívida. Isso porque, enquanto não cancelado, o protesto continuará registrado e produzindo efeitos, entre os quais a publicidade que é dada por meio de certidão a qualquer pessoa que a solicitar, inclusive às instituições responsáveis pela análise de crédito.

Por outro lado, o processo de execução judicial mostra-se moroso e muitas vezes ineficaz, pois depende da busca ativa de bens e valores que possam satisfazer o crédito, o que muitas vezes requer o dispêndio de tempo e esforço para sua concretização.

É o que muitas vezes ocorre com a execução de termos de compromisso de ajustamento de conduta, que exige a propositura de ação judicial e todo o trâmite da ação de execução de título extrajudicial.

Contudo, é justamente o fato de ser título executivo extrajudicial que possibilita que o protesto dos termos de compromisso de ajustamento de conduta seja prévio, concomitante ou posterior ao ajuizamento de eventual ação de execução.

2 Protesto

2.1 Surgimento do protesto

A doutrina costuma apresentar o ato de protesto atrelado às letras de câmbio, uma vez que esse tipo de título de crédito fomentou o comércio na Idade Média ao permitir o trânsito seguro de valores, bem como a conversão para outras moedas, facilitando a compra e a venda em locais distantes.

Nessa prática, o interessado, antes de viajar, buscava em sua terra alguém que tivesse um correspondente no local de destino e, mediante depósito prévio de valores, conseguia um título de crédito que representava uma ordem ao correspondente para que entregasse ao portador do título certa quantia em moeda local.

O beneficiário da ordem deveria, então, procurar o correspondente para que este aceitasse a letra, havendo, só então, obrigação em face dele. Contudo, se o destinatário da ordem não a aceitasse, o tomador poderia exercer direito de regresso contra o emitente da ordem.

Ocorre que isso se dava em locais distantes, havendo dificuldade em se provar a recusa no aceite para o exercício do regresso. Surgiu, então, o ato de protesto, pelo qual se comprovava formalmente a apresentação do título ao sacado e a recusa deste em aceitá-lo.

Percebe-se que o ato de protesto não surgiu para demonstrar a falta de pagamento do título, mas sim para fazer prova de que determinada ordem de pagamento contida em letra de câmbio não fora honrada por quem supostamente deveria aceitá-la.

Contudo, a doutrina noticia que, em pouco tempo, passou-se a admitir também o protesto de títulos de crédito motivado pela falta de pagamento. Nesse sentido, afirma Vicente de Abreu Amadei (2004, p. 73) que, “embora, na origem, o protesto estivesse atrelado apenas à falta de aceite no título (letra de câmbio), com a dinâmica histórica do instituto logo surgiu a prática do protesto por falta de pagamento”.

2.2 Protesto no Brasil

O instituto do protesto foi introduzido no Brasil pelo Código Comercial de 1850, sendo parcialmente revogado – totalmente no que concerne ao protesto – pelo Decreto Legislativo n. 2.044/1908.

Em ambos somente era possível o protesto de letras de câmbio por falta de aceite ou de pagamento.

A seguir, com a introdução da Lei Uniforme de Genebra no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966, foi disciplinado o protesto de notas promissórias, além das letras de câmbio.

Pouco depois, foi editada a Lei n. 5.474/1968, também conhecida como Lei das Duplicatas, que permitiu o protesto de duplicatas mercantis nas hipóteses de falta de aceite, de devolução ou de pagamento.

Essa lei representa importante marco entre o vínculo do procedimento de protesto com os princípios do direito cambiário, pois passou-se a permitir o protesto por indicações no caso de falta de devolução da duplicata, relativizando-se o princípio cambial da cartularidade.

Por fim, houve a edição da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, que, alargando as atribuições do tabelionato de protesto, inseriu, no âmbito da competência destes, além do protesto de títulos, o protesto de *outros documentos de dívida*. A partir deste ponto, o protesto deixou de ser cambial, para ser tratado por protesto extrajudicial.

Desse breve apanhado histórico, infere-se que o protesto teve – e continua tendo – como traço marcante sua constante evolução. Tal característica é percebida com nitidez na ampliação do rol de documentos sujeitos a protesto, que começou com o protesto de letras de câmbio, passando-se a permitir também o protesto de notas promissórias.

Mais adiante, foram surgindo em leis esparsas outras hipóteses de protesto, como as duplicatas mercantis e os cheques, até que, por fim, permitiu-se genericamente o protesto de documentos de dívida.

2.3 Conceito de protesto

A Lei n. 9.492/1997 conceitua o protesto como o “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

O conceito de Walter Ceneviva (2010, p. 66), embora mais técnico, é centrado na relação do protesto com os títulos de crédito, desconsiderando-se a possibilidade de protesto de outros documentos de dívida:

protesto é a manifestação do credor contra a omissão do devedor, sendo elemento de prova – imprescindível em certas circunstâncias – de que a obrigação não foi cumprida na forma e no prazo previstos pelo título, assegurando, ainda e no âmbito das relações cambiárias, direito contra eventuais avalistas e de regresso contra o endossante e o sacador do título.

Em adição, colaciona-se o conceito de Sérgio Luiz José Bueno (2013, p. 27), segundo o qual “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova circunstância cambiária relevante e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Tal conceito enfatiza o descumprimento de circunstância cambiária relevante para abranger a falta de aceite.

Portanto, da análise dos conceitos apresentados, conclui-se que protesto é ato formal e solene destinado a provar não só a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em documentos de dívida (incluindo-se nestes os títulos de crédito) mas também a situação cambiária relevante – como a falta de aceite.

2.4 Distinção entre ato de protesto e procedimento para protesto

Faz-se necessário distinguir o ato de protesto e o procedimento para protesto. Assim como se divide didaticamente o Direito em

direito substancial e direito adjetivo para designar o que é direito material e o que são normas relacionadas ao procedimento do processo que visa efetivá-lo, tem-se também normas procedimentais de protesto, que regulam o procedimento para protesto, as quais não se confundem com o ato de protesto, que é aquele lavrado e registrado nos livros de protesto.

Dessa forma, quando se fala, vulgarmente, que se está protestando um título – afinal, protestam-se títulos ou documentos e não pessoas –, tal expressão refere-se ao procedimento de protesto, enquanto falar que se tem um título protestado significa que já fora encerrado o procedimento de protesto e este se encontra lavrado e registrado.

Portanto, o que se inicia é o procedimento para protesto, formal e solene, que poderá culminar no ato de protesto, o qual será lavrado e registrado em livro próprio do tabelionato de protesto de títulos e documentos.

2.5 Efeitos do protesto

Uma vez protestado o título ou documento de dívida, o registro do protesto passa a produzir uma série de efeitos. Alguns, como o efeito conservatório, estão ligados aos títulos de crédito; ainda há os gerais, que se aplicam também a outros documentos dívida.

É o caso do efeito moratório (ou constitutivo), referente ao protesto que constitui em mora o devedor quanto ao inadimplemento da obrigação. Esse efeito vem expressamente previsto no art. 40 da Lei n. 9.492/1997, cujo texto assim dispõe: “Não havendo prazo assinado, *a data do registro do protesto é o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualizações monetárias sobre o valor da obrigação contida no título ou documento de dívida*”. [grifo nosso]

Outro efeito é o da publicidade, cuja aplicação se dá especificamente aos protestos registrados que não tenham sido cancelados, exercido por meio das certidões emitidas pelos tabelionatos. É desse efeito que decorre o efeito do abalo no crédito do devedor, quando a

existência de protesto não cancelado em nome de determinada pessoa poderá acarretar, com grande probabilidade, restrições creditícias.

2.6 Procedimento para protesto

O procedimento para protesto encontra-se disciplinado na Lei n. 9.492/1997 e vai da protocolização do título ou documento de dívida até o registro do protesto (do art. 9º ao 24).

Deve o tabelião, ao lhe ser apresentado título ou documento de dívida, analisá-lo, por expressa disposição legal, somente quanto aos seus caracteres formais. Portanto, somente poderá ser barrado o curso do procedimento se o título ou documento de dívida apresentar vícios relativos à forma, não cabendo ao tabelião sequer examinar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

Assim, nos dizeres de Souza (2011, Livro IV, Tit. II, Cap. I, Item 4a), se não cabe “ao tabelião de protestos investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade, também não lhe cabe analisar a causa dos títulos ou documentos de dívida, examinados apenas em seus caracteres formais (art. 9º da Lei n. 9.492/97)”. Vale dizer, o tabelião não deve investigar a relação jurídica subjacente do título ou do documento de dívida.

A seguir, não sendo barrado o título na qualificação, será expedida intimação ao devedor que conterà, entre outras informações, os elementos de identificação do título ou documento de dívida, o prazo limite para o cumprimento da obrigação no tabelionato e o valor a ser pago, acrescido das demais despesas realizadas com notificação e emolumentos.

A lei considera suficiente a entrega no endereço fornecido pelo apresentante, sendo desnecessária a entrega em mãos do devedor. Entretanto, será feita por edital a intimação caso este seja desconhecido, sua localização incerta ou ignorada, se for residente ou domiciliado fora da competência territorial do tabelionato ou se ninguém se dispuser a receber a notificação no endereço indicado.

Desse ponto em diante, o devedor poderá comparecer no tabelionato para cumprir a obrigação (ou aceitar o título) acrescida dos emolumentos e demais despesas realizadas ou ingressar com ação judicial para sustar o registro do protesto.

Considerando-se o prazo geral de três dias úteis para a tirada do protesto, a ser contado da protocolização do título ou documento de dívida, a ordem de sustação do protesto deve ser pleiteada em ação cautelar de sustação de protesto ou em antecipação de tutela.

Recebida a ordem, o tabelião deve paralisar completamente o procedimento para a lavratura do protesto. Alerta Pereira (2005, p. 53) que “a retirada ou o pagamento do título e, com mais razão, a lavratura do protesto ficam condicionados a superveniência de determinação do juiz em sentido diverso da anteriormente emitida”.

Se revogada a ordem de sustação, será dado prosseguimento ao procedimento, sendo desnecessária a expedição de notificações para lavratura e registro, o qual deverá acontecer até o primeiro dia útil subsequente ao do recebimento da revogação.

Por outro lado, caso o devedor queira elidir o registro do protesto, poderá fazer o pagamento diretamente na serventia, acrescido dos emolumentos e demais despesas. O tabelião não poderá recusar o pagamento, desde que oferecido dentro do prazo legal e no horário de funcionamento do tabelionato.

Superado o prazo legal sem a ocorrência de nenhuma das hipóteses de desistência, sustação ou pagamento, será lavrado e registrado o protesto, sendo entregue ao apresentante o respectivo instrumento.

2.7 Características do protesto

O protesto mantém até os dias atuais algumas de suas características originais, porém evoluiu para se adequar à realidade das

relações sociais, o que fez surgir outras características inicialmente não previstas.

2.7.1 Celeridade do procedimento para protesto

Uma das principais características do protesto é a celeridade de procedimento. Desde o Código Comercial de 1850, o registro do protesto deve ser feito em até três dias úteis da aceitação, chegando a culminar em nulidade o protesto tirado fora do prazo.

O Decreto n. 2.044/1908, que revogou as disposições relativas ao protesto no Código Comercial de 1850, manteve de igual maneira o prazo de três dias úteis para retirada do protesto, contudo, sem a previsão de nulidade para o caso de este prazo não ser respeitado.

Essa característica se mantém até a atualidade, uma vez que a Lei n. 9.492/1994, que regulamenta o protesto de títulos e outros documentos de dívida, dispõe de maneira semelhante que *o protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida.*

Entretanto, o legislador, atento ao ritmo da vida moderna, previu hipóteses excepcionais em que se prorroga o exíguo prazo para retirada de protesto, como nos casos em que a intimação for feita no último dia do prazo ou, por motivo de força maior, quando feita além dele, permitindo-se a retirada no primeiro dia útil subsequente.

Percebe-se que a celeridade do procedimento se manteve inalterada, porém o rigor exigido em relação à observância do prazo foi se abrandando para acompanhar a evolução da finalidade do protesto. No início, o credor visava obter com o registro do protesto prova de que foi diligente e que não houve aceite da letra ou pagamento do título para exercer, principalmente, direito de

regresso contra o sacador. Hoje, o credor procura no tabelionato de protesto um meio extrajudicial célere de receber seu crédito.

2.7.2 Protesto como meio de cobrança

O protesto, em que pese ter surgido com finalidade cambial, há muito vem sendo usado como meio de cobrança de dívidas, principalmente em razão do abalo no crédito (efeito do abalo creditício) que provoca a publicidade do registro do protesto. Nesse sentido, alerta Venosa (2003, p. 470-471) que

A estratégia do protesto se insere no iter do credor para receber seu crédito, independentemente do sentido original consuetudinário do instituto. Trata-se, no mais das vezes, de mais uma tentativa extrajudicial em prol do recebimento do crédito. Ora, por rebuscos ou não, o fato é que os juristas tradicionais nunca se preocuparam com esse aspecto do protesto, como se isso transmitisse uma *capitis deminutio* ao instituto do protesto e a sua Ciência. Não pode, porém, o cultor do direito e o magistrado ignorar a realidade social. Esse aspecto não passa despercebido na atualidade.

E até mesmo entre os membros do Judiciário é reconhecida essa face do protesto, conforme se infere do parecer da Corregedoria Geral da Justiça do TJ/SP, processo CG/SP n. 864/2004¹:

O fenômeno pode ser aqui, incidentalmente, percebido. Num contexto de inadimplência crescente, a nova dimensão que, segundo se conclui, o ordenamento dá ao protesto, apresenta potencial de contribuir para a inibição da recalcitrância e, mesmo, de evitar, em alguma medida, a canalização de demandas ao já abarrotado Poder Judiciário. Isto porque não se pode negar, a par das finalidades clássicas do protesto, o efeito exercido sobre o devedor no sentido de compeli-lo ao cumprimento da obrigação, quer para garantir seu prestígio na praça, quer, até, sob o prisma psicológico.

1 Processo CG/SP n. 864/2004. Parecer n. 76/2005-E. Aprovado em 24.5.2005.

Até porque, sob o ponto de vista de quem procura os tabelionatos de protesto, a última coisa que se almeja é o registro do protesto, pois o que se quer é o pagamento, ainda que no caso de solicitação de protesto para fins falimentares. No mesmo sentido, esclarece Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (2011, Livro IV, Tit. II, Cap. I, Item 4a) que os serviços de protesto são:

prestados no interesse público, podem e devem ser utilizados como meio para solução extrajudicial dos conflitos de interesses decorrentes das relações jurídicas que envolvem débito e crédito. A lavratura e o registro do protesto representam um dos desfechos possíveis para um título ou documento de dívida apresentado ao tabelionato, e certamente aquele que não atende aos interesses das pessoas envolvidas na relação, porque significa a não solução do conflito (as demais hipóteses são: pagamento, aceite, devolução, desistência e sustação definitiva do protesto).

Apesar da resistência de parte da comunidade jurídica em aceitar o uso dos serviços de protesto como meio de cobrança, sustentando até mesmo ser um meio ilegal, ou que provoca constrangimento indevido ao devedor – em razão da inclusão em listas de proteção ao crédito –, é de se lembrar que tais situações foram previstas em lei.

Assim, quanto à suposta ilegalidade do protesto como meio de cobrança, ressalta-se que a Lei n. 9.492/1997 trata, em seu Capítulo VIII, exclusivamente sobre o pagamento. Ou seja, foi intenção do legislador, sabedor da efetividade do protesto como meio de cobrança, regulamentar a forma como será cumprida a obrigação

Além disso, também não se sustenta a alegação de que a inclusão do nome do devedor em listas de proteção ao crédito provoque constrangimentos indevidos. Pelo contrário, antes de violar direitos subjetivos individuais, procura-se proteger o direito de a coletividade conhecer a situação financeira daquele com quem contrata, mantendo-se saudável a concessão de créditos.

Não fosse esse argumento suficiente, vale lembrar que a determinação de fornecimento de relação de títulos e documentos protestados aos órgãos de proteção ao crédito também se encontra prevista na lei que disciplina o protesto.

Ademais, somente as instituições de proteção ao crédito podem solicitar certidões diárias, na forma de relação, das serventias de protesto, sendo vedado o fornecimento dessa certidão a qualquer outro particular, bem como sua publicação, ainda que parcial.

Ao analisar a publicidade dos registros de protestos, afirma Fábio Ulhoa Coelho, em parecer jurídico solicitado pelo Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil, que

O protesto de títulos, seja de que natureza for, é um registro público, ao qual todos têm direito de acesso (Lei nº 9.492/97, art. 31), independentemente de motivação ou indicação do interesse pela informação. A concentração e sistematização de informações atinentes aos protestos tirados nos órgãos de proteção ao crédito apenas facilita o exercício desse direito por alguns de seus titulares, os agentes concedentes de crédito. E exatamente por reconhecer a importância que a mais ampla difusão dessa informação tem para a economia em geral, a lei obriga os cartórios de protesto a colaborarem com a concentração e sistematização dessas informações (Lei nº 9.492/97, art. 29).

Com isso, reforça-se o argumento de que fora intenção do legislador o uso dos serviços de protesto como meio de cobrança, dotando-os de maior eficácia ao permitir a publicidade dos registros de protesto, na forma de certidões diárias, às instituições de proteção ao crédito, com a nítida intenção de restringir a concessão de crédito àquele que figura nos registros de protesto.

2.8 Uso do protesto por órgãos públicos

Os serviços de protesto vêm sendo usados por órgãos públicos com notável sucesso, conforme exemplifica matéria veiculada no *site* Consultor Jurídico, em 2013, sob o título “União recupera R\$ 1 a cada R\$ 3 devidos ao protestar”.

Segundo o artigo, a Procuradoria-Geral da Fazenda vem, desde 2010, encaminhando a protesto certidões da dívida ativa da União. No ano de 2012, por exemplo, das 9.845 certidões da dívida ativa apontadas a protesto, 2.904 saíram por pagamento.

Desde que a União passou a se utilizar dos serviços de protesto, os percentuais de recuperação de crédito em razão do protesto se elevaram de 25%, em 2010, para 51%, em 2012, ano em que a soma das dívidas apontadas a protesto foi de 25 milhões de reais, com uma recuperação de mais de doze milhões de reais.

Além desse posicionamento da União, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo manifestou-se, em consulta que lhe foi dirigida (TC-41.852/026/10), favoravelmente ao protesto de certidões da dívida ativa estadual, posição esta também adotada recentemente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP AP. 9193156-19.2008.8.26.0000) em precedente assim ementado:

PROTESTO. Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública – Possibilidade – Meio juridicamente adequado de constranger legalmente o devedor ao pagamento de dívida líquida e certa de forma prévia à utilização da via jurisdicional – Recurso não provido.

Portanto, é de se concluir que o protesto se mostra como instrumento apto a contribuir na tutela de interesses coletivos, visto que, quando há o pagamento, permite a obtenção de resultados práticos equivalentes aos obtidos com a execução. Por outro lado, mesmo sem o pagamento, representa mais um meio de coerção ao devedor para que cumpra com sua obrigação.

3 Normas aplicáveis ao protesto

O protesto, desde a origem, teve seu desenvolvimento ligado aos títulos de crédito e às cambiariformes. Sendo assim, a legislação pátria, ao regular esse instituto, também o fez em consonância aos princípios e regras do direito cambiário.

A maior alteração de paradigmas se deu com a edição da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, que mudou a denominação do até então protesto cambiário para protesto extrajudicial, em razão da permissão de protesto de “outros documentos de dívida” criada por essa lei.

Nas palavras de Bueno (2013, p. 31), o protesto:

nascido como figura integrada exclusivamente ao universo cambiário, hoje, o protesto, no atendimento das necessidades sociais e econômicas, em decorrência do caráter dialético do Direito, daquele se desvinculou e passou a ser admitido em relação a outros documentos de dívida.

Note-se que antes era permitido apenas o protesto dos títulos taxativamente previstos em lei, mas, após a edição da Lei n. 9.492/1997, passou-se a permitir, genericamente, o protesto de “outros documentos de dívida”, deixando para a jurisprudência e as corregedorias gerais da justiça, no exercício de sua função normativa, definirem quais seriam esses documentos.

3.1 Instruções normativas das corregedorias

A definição de quais documentos seriam protestáveis após a edição da Lei n. 9.492/1997 passou, como ainda passa, por diversas alterações. Assim, a depender do Estado da Federação, pode haver uma definição mais abrangente ou mais restritiva do que se entende por “outros documentos de dívida”.

Isso porque cada corregedoria geral da Justiça – órgãos vinculados aos tribunais de justiça – tem competência para expedir atos normativos, cuja observância constitui dever previsto expressamente na Lei dos Notários e Registradores:

Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994

[...]

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

[...]

XIV - observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.

Assim, para saber quais documentos são protestáveis, deve-se consultar, além das leis, as normas técnicas emanadas pelas corregedorias locais, que costumam vir compiladas na forma de código de normas, normas de serviços ou por outra nomenclatura similar.

3.2 Outros documentos de dívida

Inicialmente, é de simples constatação que, ao se valer da expressão “outros documentos de dívida” na redação do art. 1º da Lei n. 9.492, quis o legislador ampliar o rol de documentos protestáveis, já que o título de crédito representa espécie dentro do gênero “documentos de dívida”.

Contudo, no exercício de sua função normativa, as corregedorias gerais de justiça acabaram por fazer interpretações diferentes do que seriam documentos de dívida admissíveis a protesto.

De um lado, encontra-se interpretação abrangente da expressão “outros documentos de dívida” na Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro², que assim dispõe:

Art. 975. Qualquer documento representativo de obrigação com conteúdo econômico pode ser levado a protesto, para prova da inadimplência; para fixação do termo inicial dos encargos, quando não houver prazo assinado; para interromper o prazo de prescrição e para fim falimentar. [grifos nossos]

2 *Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça*. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br/documents/1017893/1038412/cncgj-extrajudicial.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2013.

No mesmo sentido e com idêntica redação são o art. 714 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do TJ/RS³, o art. 186 da Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará⁴ e o art. 319 do recém-criado Código de Normas Extrajudiciais do TJ/BA⁵, efetivado pelo Provimento Conjunto n. 9/2013, cuja publicação no *DJe* se deu em 13.9.2013.

Para esses tribunais, qualquer documento apto a instruir ação monitória – documento escrito, sem eficácia de título executivo, cujo objeto seja pagamento em dinheiro ou entrega de bem fungível – é apto para ser apontado a protesto.

Com redação levemente diversa, mas com a mesma abrangência, encontra-se previsão no Código de Normas – Serviços Notariais e de Registro do TJ/AC⁶, que se transcreve em sua literalidade:

Art. 104 - § 1º - Os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, e os documentos representativos de obrigação em moeda corrente serão recebidos a protesto para prova da inadimplência, interrupção da prescrição ou fixação do termo inicial dos encargos, quando não houver prazo diferente acordado.

De outro lado, no Estado de São Paulo, prevaleceu, por longo período, interpretação restritiva quanto ao que seriam outros

3 Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Outubro_2013_Provimento_29_2013.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2013.

4 Consolidação Normativa Notarial e Registral no Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/corregedoria/pdf/provimento_06-2010.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

5 Código de Normas Extrajudiciais. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/wp-content/uploads/2013/09/codigo_normas_extrajudiciais_bahia.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2013.

6 Código de Normas – Serviços Notariais e de Registro. Disponível em: <http://www.tjac.jus.br/downloads/pdf/provimentos/2013/Provimento_COGER_TJAC_02_2013.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2013.

documentos de dívida, no sentido de que só eram protestáveis os documentos expressamente arrolados em lei, não sendo suficiente a previsão genérica contida na Lei Federal n. 9.492/1997. Tal posicionamento vigorou até o ano de 2013, quando houve revisão das normas de serviço daquela corte, passando a assim dispor em seu Cap. XV, Seção III, Item 20:

Podem ser protestados os títulos de crédito, bem como os documentos de dívida qualificados como *títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais*. [grifo nosso]

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se manifestar sobre o primeiro posicionamento adotado pela Corte bandeirante, no qual prevaleceu o entendimento de que somente os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais são passíveis de protesto. Do voto vencedor proferido pela ministra relatora Laurita Vaz, extrai-se o seguinte excerto:

“[...] o legislador, quando estendeu, para além dos títulos cambiários, a possibilidade de protesto de “outros documentos de dívida”, teve a intenção de fazê-lo também para abarcar os títulos executivos judiciais e extrajudiciais previstos na Lei Adjetiva”.

Em síntese, extrai-se desse julgado o entendimento de que, ao alterar a sistemática do protesto no Brasil pela Lei n. 9.492/1997, desejou-se alargar o rol de documentos passíveis de protesto, permitindo-se que não só títulos de créditos fossem protestados, mas também outros documentos de dívida. Contudo, somente os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, dotados de certeza, liquidez e exigibilidade podem ser apontados a protesto.

Portanto, com base na análise dos posicionamentos adotados pelos tribunais, por meio das corregedorias, expostos anteriormente, bem como do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não há dúvida de que é admissível o protesto de título executivo extrajudicial que represente dívida certa, líquida e exigível.

4 Ministério Público e os termos de compromisso de ajustamento de conduta

A Constituição da República incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que é feito, principalmente, por meio da ação civil pública.

Essa espécie de ação coletiva é regida pela Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que foi alterada por diversas vezes para abranger cada vez mais condutas lesivas. Em 1990, pela Lei n. 8.078, passaram a ser objeto de ação civil pública as lesões decorrentes de violação de interesse difuso ou coletivo. Em 2001, foram incluídas as lesões decorrentes da violação da ordem urbanística (MP n. 2.180-35) e, em 2011, as derivadas de violações da ordem econômica (Lei n. 12.529/2011).

Entretanto, uma das principais alterações foi feita pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que inseriu a possibilidade, anteriormente prevista apenas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de certos legitimados tomarem extrajudicialmente termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de direitos coletivos em sentido amplo, conforme disposto no § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei n. 8.078, de 11.9.1990).

Trata-se de instrumento único, de criação nacional, que permite, até mesmo em fase investigativa, o arquivamento do procedimento em razão de celebração de instrumento em que o investigado/inquirido se obriga a observar determinadas condutas sob cominações, inclusive pecuniárias, que podem ser executadas imediatamente no caso de descumprimento.

Ensina Mazzili (2008, p. 319) que o compromisso de ajustamento de conduta representa garantia mínima e não limite máximo de responsabilidade, pois o órgão celebrante não é o titular do direito material controvertido; assim, não pode dele dispor, renunciar ou mitigar. Deve, portanto, versar apenas sobre a assunção de obrigação de se adequar à lei.

Em comentários ao art. 3º da Lei n. 7.347/1985, ressalta Souza (2011, p. 49) que, “ao tratar de obrigação de fazer, não fazer e indenizar, deixou o dispositivo patente que os objetivos da Lei de Ação Civil Pública são os de *prevenção, reparação e ressarcimento* dos danos causados a interesses metaindividuais”. [grifo nosso]

Esses objetivos são perseguidos tanto judicialmente, pela propositura de ação civil pública, quanto extrajudicialmente, quando firmado termo de compromisso de ajustamento de conduta ainda em sede investigatória.

4.1 Objetos dos termos de compromisso de ajustamento de conduta

Os termos de compromisso de ajustamento de conduta têm como finalidade prevenir ou cessar lesão a direitos difusos ou indenizar as lesões já concretizadas. Em razão disso, podem ter como objeto obrigações de fazer ou não fazer – nos casos de prevenir ou cessar lesões –, ou obrigação de dar – para reparar eventual lesão. Nada impede que contenham os três tipos de obrigações simultaneamente, a depender das características da situação em concreto.

Por outro lado, estabelece a lei que devem ser estipuladas cominações para o caso de descumprimento do que fora ajustado, as quais, usualmente, constituem-se em multas em dinheiro – obrigação de dar –, mas não há óbice à definição de outros tipos de obrigações – fazer ou não fazer.

O descumprimento das cláusulas do termo de compromisso permite a execução imediata dessas cominações por processo de excussão e/ou tutela específica visando o cumprimento do que fora pactuado.

Isso é possível, porque a lei expressamente atribuiu ao termo de compromisso de ajustamento de conduta a força de título executivo extrajudicial, como meio de lhe atribuir efetividade.

Se, de um lado, permite-se o arquivamento imediato do procedimento de investigação com a celebração do termo de compromisso de ajustamento de conduta, por outro, confere-se ao órgão público celebrante meio de fazer valer o que fora pactuado, sem a necessidade de um processo de conhecimento, partindo-se diretamente para a fase de execução.

Contudo, o procedimento de execução de títulos extrajudiciais nem sempre atende a contento a celeridade esperada para a tutela dos direitos coletivos, principalmente em se tratando de pagamento de multas, pois, caso não cumprida voluntariamente a obrigação, poderá se prolongar demasiadamente, em especial se for necessário levar à hasta pública eventuais bens penhorados.

Portanto, mesmo sendo conferida aos termos de compromisso de ajustamento de conduta a qualidade de títulos executivos extrajudiciais, faz-se necessário buscar outros meios a fim de conferir maior efetividade desse importante instrumento, o que pode ser feito com o protesto, sem prejuízo da execução judicial.

5 Protesto dos termos de ajustamento de conduta

5.1 O termo de compromisso como outro documento de dívida

Com o advento da Lei n. 9.492/1997, tornou-se possível o protesto de outros documentos de dívida que não sejam títulos de

crédito. Quanto a isso, verificou-se que não há óbice ao protesto de título executivo extrajudicial, desde que representem dívidas dotadas de certeza, liquidez e exigibilidade. Ou seja, se o documento a ser protestado contiver tais atributos, será passível de protesto em qualquer tabelionato de protestos no Brasil.

Desta feita, os termos de compromisso de ajustamento de conduta são, por expressa previsão legal, considerados títulos executivos extrajudiciais. Portanto, resta saber se atendem os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade. Nota-se aqui uma igualdade de requisitos tanto para o protesto extrajudicial quanto para a execução judicial de título executivo extrajudicial.

Isso se dá porque não existe no procedimento para protesto, tampouco na ação de execução de título executivo extrajudicial, uma fase de liquidação para apurar o quanto é devido. Assim, no caso do protesto, deve o credor indicar desde logo o total da dívida para que esta possa ser cumprida até mesmo em tabelionato.

Dessa forma, versando as cláusulas do termo de compromisso de ajustamento de conduta sobre obrigação de dar, ou se fixada multa pelo descumprimento de cláusulas sobre obrigações de fazer ou não fazer, poderá o órgão público que tomou o compromisso apresentar o termo para protesto, desde que seja possível atribuir à dívida nele contida os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade.

5.2 Requisitos

A certeza da dívida se refere exclusivamente à definição de seus elementos, ou seja, se no termo de compromisso constam a natureza da obrigação, seu objeto e seus sujeitos. O título deve corresponder a uma obrigação, indicando-lhe sua existência.

Sobre a certeza na execução de títulos executivos, assevera Wambier (2012, p. 58) que “o requisito não concerne ao grau de

convicção acerca da razão do exequente. Se a obrigação existe ou não, isso é matéria de que não se trata na execução”. E prossegue:

Nas execuções de títulos judiciais, essa discussão terá (ou deveria ter) ocorrido em prévio processo de conhecimento, ou dar-se-á, excepcionalmente, no incidente de impugnação ao cumprimento da sentença. Nas execuções de títulos extrajudiciais, tal discussão deve ocorrer em processo de conhecimento incidental de embargos de executado.

Na mesma linha de raciocínio, em se tratando de apontamento para protesto, a eventual discussão sobre a existência de vícios na relação jurídica que deu causa à obrigação deve ocorrer em sede de ação judicial (cautelar ou não) de sustação ou cancelamento de protesto.

Quanto ao atributo da liquidez, este se refere à determinação do objeto da obrigação. Entende-se por líquida a obrigação cujo valor se constata pela simples leitura do título. Entretanto, alerta Didier (2012, p. 158) que, “caso seja necessária, para se aferir o valor, uma simples operação aritmética, também há liquidez”.

Por conseguinte, exigível é a obrigação que pode ser exigida de imediato, isto é, aquela que não está sujeita à condição suspensiva ou a termo.

As cláusulas dos termos de compromisso de ajustamento de conduta costumam versar sobre obrigações de fazer e não fazer que, se descumpridas, ensejam a aplicação de multas. Visando fixar o valor devido na eventualidade de ser descumprido, os termos de compromisso também preveem a fórmula do cálculo dessas multas.

Assim, constatado o descumprimento da obrigação, basta simples cálculo aritmético para se chegar ao valor devido, o que gera valor líquido passível de imediata execução judicial e/ou apontamento a protesto de dívida líquida, certa e exigível.

Para o apontamento a protesto de um termo de compromisso de ajustamento de conduta violado, basta sua apresentação

com a prova do descumprimento, que pode ser até mesmo certidão lavrada dentro do procedimento administrativo, uma vez que dotada do atributo da presunção de legitimidade.

6 Responsabilidades

6.1 Responsabilidade do apresentante e a do tabelião

A Lei n. 9.492/1997, ao tratar das responsabilidades do apresentante e do tabelião em relação ao protesto, faz algumas separações que guardam íntima relação com os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade dos documentos de dívidas.

Ela prevê expressamente que são de responsabilidade do apresentante os dados fornecidos no tabelionato para o protesto de títulos e documentos de dívida, pois é este quem pode indicar os sujeitos da relação jurídica, o objeto desta relação e o lugar onde deve ser adimplida.

Dessa forma, por não exigir prova cabal de que a pessoa que figura no documento realmente deve a quantia apresentada é que a lei atribui a responsabilidade pelas informações prestadas (inclusive o local para entrega da intimação) ao apresentante do documento.

De outro lado, a lei também determina que os títulos e documentos de dívida protocolizados sejam examinados apenas em seus caracteres formais, isto é, na qualificação, a análise feita pelo tabelião concentrar-se-á em verificar se o documento que lhe fora apresentado atende ao que exige a lei.

Os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade devem ser considerados fornecidos pelo apresentante, ou seja, se ele alegar o inadimplemento ou ainda o adimplemento parcial, deverá o tabelião considerar a situação como lhe fora apresentada, sendo de responsabilidade do apresentante eventuais imprecisões em quaisquer dos elementos da dívida.

6.2 Responsabilidade pelo pagamento de emolumentos

Os serviços prestados pelos tabelionatos de protestos são remunerados por emolumentos. A Constituição Federal determina que lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação dos emolumentos, cabendo aos estados editarem leis para regular localmente os valores e as hipóteses de cobrança dos emolumentos.

Dessa forma, há variações, a depender do que dispõe a lei estadual quanto aos valores cobrados pela prática dos atos relacionados ao procedimento para protesto, que incluem o gasto com entrega de notificação, publicação de edital e certidões e demais atos praticados até se atingir o registro do protesto.

Tais emolumentos podem ser cobrados em momentos distintos: na apresentação do título ou documento a protesto, no momento do cancelamento do registro ou quando feito pedido de desistência.

A responsabilidade pelo pagamento poderá variar em cada um dos momentos, sendo atribuída ao apresentante ou ao interessado.

6.2.1 Apresentante

É considerado apresentante aquele que apresenta o documento nos serviços de protesto que não precisa ser necessariamente o credor, o que permite, no caso de protestos de termo de ajustamento de conduta, que sejam apresentantes os servidores do órgão e não necessariamente o membro que celebrou o acordo.

A responsabilidade pelo pagamento dos emolumentos e o momento em que estes devem ser pagos pode variar de acordo com a legislação estadual local. Em São Paulo, o legislador, visando incentivar o uso dos serviços de protesto, veda expressamente a cobrança de emolumentos do apresentante ao dispor, no item 6 das notas explicativas da Tabela IV da Lei n. 11.331/1992, que

A apresentação a protesto, de títulos, documentos de dívidas e indicações, independe de prévio depósito dos valores dos emolumentos e de qualquer outra despesa, cujos valores serão pagos pelos respectivos interessados no ato elisivo do protesto ou, quando protestado o título, no ato do pedido do cancelamento do respectivo registro ou no da sustação judicial definitiva de seus efeitos, salvo na sustação judicial do protesto que serão cobrados do sucumbente quando tornada em caráter definitivo [...]. [grifos nossos]

Preferiu-se postergar a cobrança que será feita no caso de cancelamento do protesto ou desistência. A única hipótese em que serão devidos os emolumentos pelo apresentante é no caso de desistência, isto é, se ele resolver interromper o procedimento do protesto e retirar o documento apresentado antes do registro.

Contudo, há estados em que os emolumentos devem ser pagos na apresentação do documento. Em razão disso, deve-se buscar nas normas locais o tratamento dado à matéria.

6.2.2 Interessado

Considera-se interessado aquele que deseja cancelar ou impedir o registro do protesto. Geralmente, é o devedor que teve seu título ou documento apresentado na serventia e deseja impedir a publicidade do protesto lavrado.

O Direito Civil presume estarem a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação de obrigações, e essa mesma regra deve ser aplicada em protesto de títulos e documentos. Ou seja, geralmente, as despesas com emolumentos e demais custas do protesto serão do devedor.

Se o protesto ainda não tiver sido lavrado e registrado, o interessado deve pagar a dívida acrescida dos emolumentos e despesas da intimação. Por outro lado, se já houver sido registrado, ele deve obter do apresentante declaração de anuência de cancelamento do protesto.

Essa declaração pode ser obtida quando feito o pagamento diretamente ao apresentante, se houver novação, perdão ou outra forma de extinção da dívida. Em qualquer dos casos, deverá o interessado arcar com os emolumentos do protesto.

7 Local do protesto de termo de compromisso

O documento de dívida a ser protestado não pode ser apresentado em qualquer serventia de protestos de títulos e documentos. Por via de regra, deve ser apresentado o documento no local do pagamento da dívida. O tabelião Sérgio Bueno (2013, p. 181-182) sugere a adoção de três critérios para a fixação do local de apresentação do documento a protesto, quais sejam: critério legal, critério legal subsidiário e critério normativo subsidiário.

O critério legal refere-se à busca em lei do lugar do pagamento. Se a lei não considerar um requisito essencial a indicação do lugar do pagamento, indicará subsidiariamente um critério para se definir esse local. Por fim, caso também não o indique, busca-se nas normas das corregedorias o critério de definição desse local.

Em se tratando de termos de compromisso de ajustamento de conduta, pode-se definir consensualmente o local do pagamento em suas cláusulas, o que, por consequência, definirá o local de apresentação a protesto.

Deve-se levar em conta que a finalidade maior é a obediência ao que fora pactuado e, no caso de inadimplemento, que seja cumprida a obrigação a que se comprometeu o quanto antes. Assim, é melhor que a dívida oriunda do descumprimento seja quesível, isto é, possa ser cumprida no domicílio do devedor, ou no local onde funcione seu estabelecimento, pois, se protestada em outro local, especialmente em comarca diversa, o tabelião deverá obrigatoriamente fazer intimação por edital, o que contraria a finalidade apontada, já que dificilmente terá ciência do apontamento a protesto.

8 Momento do protesto do termo de compromisso

O momento do protesto não guarda nenhuma relação com o da propositura de eventual ação judicial. Pode-se protestar um título ou documento de dívida antes de se executá-lo judicialmente, como também durante a própria execução ou até mesmo após, se restar frustrado o procedimento judicial, uma vez que também é cabível o protesto de sentença.

Assim, o protesto de um termo de compromisso de ajustamento de conduta poderá se dar previamente à propositura de ação de execução, mas nada impede que sejam protestados termos cuja execução já se encontra em curso – até mesmo como forma de incentivar o executado a procurar o *Parquet* para rediscutir o cumprimento.

Por fim, no caso de execuções frustradas nas quais não se localizam bens, caberá o protesto também como forma de se publicizar a inadimplência.

9 Cumprimento voluntário da obrigação

Apontado a protesto o termo de compromisso de ajustamento de conduta, a obrigação nele instrumentalizada poderá ser cumprida voluntariamente pelo interessado em dois momentos: durante o procedimento para protesto e após a lavratura e registro do protesto.

Faz-se uso do adjetivo “voluntário”, porque em ambos os casos o protesto não força o devedor a cumprir com a obrigação, pois, na verdade, trata-se de ônus que deverá suportar caso resolva permanecer inerte.

9.1 Cumprimento da obrigação durante o procedimento para protesto

Notificado pelo tabelionato de protesto sobre a existência de documento a ser protestado, o interessado poderá, antes do regis-

tro do protesto, pagar no tabelionato o valor devido (em dinheiro ou cheque administrativo) ou, a depender das normas das corregedorias estaduais, recolher por meio de boleto bancário. A Lei n. 9.492/1997 dá ao microempresário tratamento especial, permitindo que ele faça o pagamento com cheque comum, porém a quitação somente será fornecida após a compensação.

Em se tratado de protesto de termo de ajustamento de conduta, por via de regra, as multas devem ser revertidas a um fundo previsto na Lei de Ação Civil Pública. Tal recolhimento poderá ser feito diretamente pelo tabelião, que devolveria ao apresentante apenas o comprovante do recolhimento, visto que os valores não devem ser destinados diretamente ao órgão tomador do compromisso.

A quitação deve ser fornecida em instrumento em apartado, uma vez que o termo de ajustamento de conduta não costuma ter prazo de vigência, ou seja, mesmo após a aplicação de multa, deverá o órgão tomador do compromisso continuar a fiscalizar novos descumprimentos, que poderão ensejar novos protestos.

9.2 Cumprimento da obrigação após o registro do protesto

Há também a possibilidade de o pagamento ser feito apenas após a lavratura e registro do protesto. Nesse caso, não será possível o pagamento da obrigação em tabelionato.

O interessado deverá procurar o apresentante para fazer o pagamento ou rediscutir os termos da dívida, o que poderá gerar novação, com a conseqüente extinção da obrigação originária.

Portanto, mesmo após o registro do protesto, o interessado pode procurar o *Parquet* para tentar rediscutir a forma de cumprimento das obrigações assumidas e não cumpridas, bem como dos valores das penalidades aplicadas.

Nesse ponto, se o descumprimento do termo de compromisso resultar em obrigação desproporcional à capacidade financeira do interessado, o protesto o incentivaria a buscar a rediscussão extrajudicial dos termos do compromisso, com a fixação de nova condição de cumprimento antes mesmo da execução que poderia levá-lo à insolvência.

Em qualquer caso, poderá o interessado fazer o pagamento da dívida por meio do recolhimento ao fundo legal e, de posse da guia de recolhimento, apresentá-la ao órgão que apontou o documento a protesto para obter declaração de anuência do cancelamento do protesto. Anuindo o apresentante, poderá ser feito o cancelamento do protesto mediante o pagamento dos emolumentos devidos ao tabelião, os quais deverão ser pagos em dinheiro ou cheque diretamente na serventia.

10 Ações judiciais contra o protesto de termos de compromisso

Poderão ser ajuizadas ações visando impedir o registro do protesto – se ainda em curso o procedimento para protesto –, ou sustar a produção dos efeitos do registro.

Em ambos os casos, poderá aquele que se sentir prejudicado valer-se dos órgãos jurisdicionais para apontar eventuais erros ou incorreções que entender cabíveis, assegurando-se sempre o direito à ampla defesa e ao contraditório.

10.1 Ações judiciais durante o procedimento de protesto

Apesar da celeridade do procedimento e da impossibilidade de se discutir, em tabelionato, se a dívida representada no documento a ser protestado realmente é devida, aquele que se sentir prejudicado deve se valer do Poder Judiciário para impedir o registro do protesto.

Para tanto, o interessado poderá ingressar com ação cautelar de sustação de protesto na qual deverá demonstrar que há algum vício no documento a ser protestado ou nos elementos da relação jurídica nele representada.

Não se trata de meio de onerar ainda mais aquele que descumpra termo de compromisso de conduta. Pelo contrário, se, em vez de apresentar a protesto, fosse proposta diretamente a ação de execução, o devedor que desejasse se defender necessariamente se valeria de um advogado. Em adição, o custo do protesto é certamente inferior às custas de um processo judicial.

Além disso, ao se optar pelo procedimento de protesto, que, conforme visto, mostra-se em muitos casos mais eficiente do que a execução judicial, o devedor sofre apenas constrangimento legal, diferentemente do que ocorre no procedimento de execução, no qual estará sujeito a atos executórios que atingirão seu patrimônio, provocando constrangimento muito maior com a exteriorização de atos físicos.

No mesmo sentido foi o entendimento adotado no Conselho Nacional de Justiça ao tratar do protesto das certidões de dívida ativa no Pedido de Providências n. 200910000045376:

[...] constatado o interesse público do protesto e o fato de que o instrumento é condição menos gravosa ao credor, posição esta corroborada pelos doutrinadores favoráveis à medida. O protesto possibilita ao devedor a quitação ou o parcelamento da dívida, as custas são certamente inferiores às judiciais, bem assim não há penhora de bens tal como ocorre nas execuções fiscais.

A mesma forma de raciocínio deve ser aplicada aos termos de compromisso de ajustamento de conduta, que também representam créditos de interesse da sociedade e cujo pagamento deve ser exigido com a maior celeridade possível, com a finalidade de se conferir maior coatividade aos termos de compromisso.

10.2 Ação judicial em face de protesto registrado

Registrado o protesto do termo de ajustamento de conduta, abrem-se ao interessado como opções efetuar pagamento, buscar realizar novação ou, se entender indevido o protesto, ingressar com ação de sustação de protesto, na qual se discutirá o fato que ensejou o descumprimento do termo de compromisso.

Pela ótica do apresentante, mesmo com a lavratura do protesto, não se tem por inútil a apresentação do documento em tabelionato, pois, ainda que se faça necessário o ajuizamento de ação judicial de execução, o protesto lavrado continuará a produzir efeitos, podendo inibir o executado de realizar manobras visando prolongar a execução indefinidamente.

Além disso, haverá uma seleção de quais causas realmente necessitam de ajuizamento de ação de execução, haja vista a possibilidade de cumprimento espontâneo ainda no desenvolvimento do procedimento para protesto ou entre o período do registro do protesto e a propositura da execução.

Aliás, o protesto pode servir para agilizar até mesmo o procedimento de execução, servindo de incentivo ao executado, que buscará colaborar para que o processo de execução extingua-se o quanto antes.

11 Conclusão

O protesto de termos de compromisso de ajuste de conduta mostra-se, além de viável, medida recomendável, já que os efeitos do registro do protesto podem se mostrar desfavoráveis ao devedor, que preferirá quitar a obrigação extrajudicialmente a ter o protesto lavrado e registrado. Com isso, dispensa-se a propositura de ação de execução para tratar de execução de quantia certa, dando-se ênfase às questões relativas à tutela específica.

Ademais, o custo do protesto para o devedor é muitas vezes inferior ao de uma execução judicial, com advogado e custas processuais. Além disso, é também procedimento célere e eficaz, pois o protesto deve ser tirado, por via de regra, no prazo de três dias úteis da protocolização do documento, ou seja, a obrigação poderá ser satisfeita em curtíssimo prazo.

E, ainda que não satisfeita no tríduo legal, poderá o devedor realizar o pagamento posteriormente e obter junto ao membro do Ministério Público declaração de anuência para que seja efetuado o cancelamento do registro do protesto.

Para o Ministério Público, a indicação a protesto de termo de compromisso de ajustamento de conduta descumprido também se mostra vantajosa, pois cria-se a possibilidade de se evitar a propositura de ação de execução, afastando o dispêndio de tempo e de pessoal exigido para propositura e acompanhamento de processo judicial.

Ademais, permite melhor gerenciamento de esforços dos membros do *Parquet* no que se refere ao ajuizamento de ações, pois as causas que versem exclusivamente sobre pagamento de quantias podem ser apontadas a protesto assim que constatado o descumprimento, postergando-se o ajuizamento de eventual ação judicial para momento futuro.

Não se trata de meio a comprovar o interesse de agir na execução, já que a força executiva advém da lei, mas sim de se buscar os objetivos da Lei de Ação Civil Pública (prevenção, reparação e ressarcimento) de maneira extrajudicial e com a utilização de modo racional dos instrumentos jurídicos postos à disposição.

Isso porque, somente nos casos em que o compromissário não procurar o tabelionato ou até mesmo o *Parquet* para propor a rediscussão da forma de cumprimento da obrigação, é que será necessária a propositura de ação judicial, permitindo, com isso, a atuação dos membros para causas que realmente demandem providências complexas.

Referências

BUENO, Sérgio Luiz José; CASSETTARI, Chistiano (Coord.). *Tabelionato de Protesto*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada: Lei n. 8.935/94*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. Versão digital.

_____. Parecer solicitado pelo Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – Seção sobre questões relacionadas às letras de câmbio domiciliadas. Disponível em: <<http://www.instituto-deprotestorj.com.br/novo/arquivos/PARECER%20FABIO%20ULHOA%20COELHO.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. v. 5. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2012.

FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <http://humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. V. 3, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão eletrônica.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA NETO, Raimundo dias de. *Ministério Público do Trabalho: atuação extrajudicial*. São Paulo: LTR, 2008.

PEREIRA, Juliana Hörlle. *Comentários à lei de protesto: Lei 9.492, de 10.09.1997*. Brasília: Thesaurus, 2005.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de; JACOMINO, Sérgio (Coord.). *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. Versão digital.

SOUZA, Moutauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito processual civil*. V. 2. 12. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Direito Constitucional

A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Aluno do Curso Modalidade Intensiva de Doutorado (Direito Constitucional) da Universidade de Buenos Aires (UBA), mestre em Ciências Criminais (PUC/RS) e especialista em Sistema de Justiça Criminal (UFSC).

Resumo: A Ciência Política insere uma visão de objetividade na análise dos sujeitos e órgãos estatais, permitindo visualizar em suas ações, de Estado, um conteúdo fortemente político, para além do jurídico. Não de modo diferente, isso pode ocorrer no tocante à análise do modo da composição dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e das competências constitucionais fixadas a esses tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. A função de controle de constitucionalidade das leis, tal como a competência de unificar a interpretação das leis federais, constituem competências com alto grau de caráter político. Essa perspectiva política pode e merece ser sopesada na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Mesmo que os ministros dessas cortes extraordinárias não sejam eleitos por voto popular, nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pode haver um caráter democrático ao conferir-se efetiva participação dos sujeitos processuais na produção do direito, no devido processo. Evidencia-se um déficit democrático nas decisões pertinentes ao processo penal, notadamente nas situações em que a instituição essencial à prestação jurisdicional e titular da ação penal pública pede a absolvição, e o julgador (juiz/tribunal) condena.

Palavras-chave: Estado. Ciência Política. Poder Judiciário. Democrático. Decisões.

Abstract: the political science inserts a vision of objectivity in the analysis of the individual and State organs, allowing to view in their actions, as State, a heavily political content, apart from legal. Not differently, it can happen as regards the analysis of the way the composition of the ministers of the Supreme Court and the Superior Court of Justice and constitutional responsibilities attached to those courts of dome of the Brazilian judiciary power. The control of constitutionality of laws, such as the ability to unify the interpretation of federal laws constitutes skills with a high degree of political character. This political perspective can and should be weighed against the prospect of the democratic State of law. Even if the members of these extraordinary courts are not elected by popular vote, in decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice may contain a democratic character by giving effective participation of subjects in the production of this law procedural thirst, in the due process. It is clear that there is a certain democratic deficit in decisions pertinent to the criminal proceedings, notably in situations where an institution essential to the jurisdictional provision and public criminal action holder asks absolution, and the judge (judge/court) sentences.

Keywords: State. Political Science. Judiciary power. Democratic. Decisions.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado na perspectiva da Ciência Política. 2.1 O Poder Judiciário como poder político. 3 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito. 4 A possibilidade de conformação das decisões judiciais ao Estado Democrático de Direito. 5 O Poder Judiciário e o déficit de democracia nas decisões pertinentes ao processo penal. 6 Democracia procedimental – penal – na Constituição. 7 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo busca analisar, sob a ótica da Ciência Política, embora com um viés jurídico procedimental, o conteúdo democrático das decisões da cúpula do Poder Judiciário brasileiro em sede de processo penal, especificamente de decisões que tratam da recepção constitucional do art. 385 do Código de Processo Penal de 1941.

A abordagem parte da compreensão do Estado sob a perspectiva da Ciência Política, procurando situar o Poder Judiciário, mormente os tribunais de cúpula como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no contexto de órgãos políticos e na condição de tribunais que conduzem uma jurisprudência conizente ao Estado Democrático de Direito.

Certamente não é fácil estabelecer critérios claros para saber em que medida as decisões/acórdãos desses tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro possam estar, ou não, adequados ao Estado Democrático de Direito.

De todo modo, é possível indagar, inicialmente, tendo como norte a delimitação na recepção e na interpretação da regra procedimental penal antes mencionada, a saber: é cabível, sob os parâmetros do Estado Democrático de Direito, recepcionar uma regra oriunda de um Estado autoritário? Há conteúdo democrático nas decisões do Poder Judiciário que prescindem da participação de instituição essencial à prestação jurisdicional do Estado, notadamente as dos tribunais de cúpula? É possível uma adequação democrática dessas decisões?

Também tem-se como objetivo saber qual a possibilidade de conformação das decisões judiciais, em sede de processo penal, ao Estado Democrático de Direito. Em que consiste, nesse caso, a democracia procedimental?

Esses são alguns dos desafios que, sob a perspectiva da Ciência Política, serão enfrentados, embora sem qualquer escopo de definitividade, dado que os valores constitucionais e democráticos ainda estão em construção e desenvolvimento francos e perenes, contrapondo-se a uma praxe forense que insiste em se orientar pela legislação infraconstitucional produzida no e sob as lentes de um Estado autoritário.

2 O Estado na perspectiva da Ciência Política

Analisar o Estado ou um dos poderes do Estado com uma visão política, e não predominantemente jurídica ou normati-

vista, implica considerá-lo na perspectiva da Ciência Política. Por Ciência Política, seguindo Bercholz (2003, p. 3), entenda-se como não somente o estudo contemporâneo do Estado, mas do Estado como parte de uma área científica mais ampla que não se restringe ao Estado, mas deste e de outros fenômenos políticos e sociológicos.

Nesse sentido, desde que não se pretenda uma abordagem de modelos de Estado, mas da análise dos estudos políticos de órgãos estatais, implica considerar esse estudo para além de uma visão meramente normativista.

Como ponderado por Bercholz (2013b, p. 7), essa visão do Estado, ou especificamente de um dos poderes estatais, forçosamente conduz a uma percepção objetiva. Procura-se um conhecimento racional sistemático e verificável, tornando-o mais próximo de uma investigação científica. Esse viés permite, certamente, verificar a conformação ou a não conformação das hipóteses com os fatos, exteriorizando as evidências passíveis de contestação.

É certo, contudo, como observado por Bercholz, que a análise do político como objeto de estudo possui variados aportes teóricos. Conforme o renomado professor, desde o século XX têm-se se generalizado os estudos acerca de fatos concretos e reais, tornando-se possível explicá-los, compreendê-los, fazê-los funcionais, reais e, por fim, viabilizar uma intervenção legítima (2003, p. 6).

2.1 O Poder Judiciário como poder político

Como órgão ou tribunal de cúpula do Poder Judiciário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, para além de seu caráter jurídico, constitui um dos três poderes políticos do Estado brasileiro.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal exerce uma função típica de poder de Estado, precisamente a jurisdicional. No exercício dessa relevante função estatal de dizer o direito, além de outras competências fixadas na atual Constituição Federal brasileira, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitu-

cionalidade de atos normativos federais e estaduais, além de ser o expoente maior e último das garantias constitucionais.

Necessariamente, para maior lisura dessa relevante função, o Supremo Tribunal Federal está articulado com os demais poderes do Estado, nada obstante lhe seja assegurada constitucionalmente a medida de independência e harmonia em relação aos poderes Executivo e Legislativo.

De igual sentir está o Superior Tribunal de Justiça, primeiro órgão superior da instância extraordinária brasileira. A esse tribunal compete, entre outras funções, julgar altas autoridades governamentais e uniformizar a interpretação dos demais tribunais em face das leis federais, nos termos dos arts. 104 e seguintes da Constituição Federal.

No tocante à natureza política, pontue-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal, tais como os ministros do Superior Tribunal de Justiça, não são eleitos por voto popular, mas sim por indicação do chefe do Poder Executivo, o presidente da República, conforme previsto no parágrafo único do art. 101 e no parágrafo único do art. 104, ambos da Constituição Federal brasileira.

De todo modo, pondere-se que a mencionada indicação, tecnicamente concebida no texto constitucional como nomeação, pelo presidente da República, tem um quê de democraticidade. Com efeito, a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça deve passar pela chancela, vale dizer, pela aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Tanto a escolha do presidente da República como a aprovação da maioria absoluta dos senadores da República implica compreender que, de fato, permeia esse procedimento um viés fortemente político. Os requisitos de se tratar de pessoa maior de trinta e cinco anos e menor de sessenta e cinco anos de idade e ser de notável saber jurídico e reputação ilibada são avaliados pela cúpula da estrutura política do Estado brasileiro.

Ademais, como ponderado por Bercholz (2003, p. 19), ao referir-se às funções e à divisão do poder segundo Loewenstein, precisamente quanto ao poder de decidir, executar e controlar essa mesma decisão, notadamente no controle da legalidade pela Corte Suprema de la Nación Argentina, esse ato estatal traduz-se no exercício de um poder político.

Conforme a precisa lição de Bercholz (2007, p. 2), ao analisar os aspectos configuradores da Corte Suprema de la Nación Argentina como poder político, acentua-se que “La Corte Suprema resulta titular de una fracción funcional de poder, el que corresponde a controlar la legalidade deste la perspectiva totalizadora de la Constitución Nacional de los actos administrativos de los otros poderes políticos do estado”.

Certamente, em igual medida, no exercício do controle da legalidade dos atos derivados dos demais poderes, notadamente dos atos normativos resultantes do processo legislativo pelo Poder Legislativo, atos esses que recebem a efetiva participação do Poder Executivo pelo ato sancionatório do presidente da República, o Supremo Tribunal Federal se mostra e se põe na condição de decidir com razoável dose de conteúdo político.

Ademais, esse caráter político das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, próprio das cortes constitucionais, é reforçado devido ao elevado grau de abertura interpretativo – ou grau de abstração – extraído das normas constitucionais.

A respeito da função de dizer o direito, com aporte no conhecido dito no sentido de que “la constitución es lo que los jueces dicen que es”, Bercholz (2007, p. 3) assinala que “la interpretación final de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado le corresponde al Poder Judicial en general y a la Corte en especial como instancia superior de dicho Poder y esa resulta ser una tarea fuertemente política”.

Assim, por simetria, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça realizam seus misteres imbuídos de um forte conteúdo político, nada obstante suas decisões/acórdãos contenham toda uma fundamentação jurídica, uma vez que suas deliberações devem estar apoiadas na própria Constituição Federal e/ou nos demais atos normativos infraconstitucionais.

3 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito

Como antes assinalado, concebido o Supremo Tribunal Federal, tal como o Superior Tribunal de Justiça, com um forte poder político, aparentemente pode haver uma contradição entre essa mencionada natureza política inserida na função jurisdicional e os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.

Não se pretende, no presente estudo, tecer considerações amplas acerca da natureza do Estado Democrático ou mesmo do significado de democracia nas suas mais variadas acepções. Mergulhando profundamente no tema, remete-se aos estudos desenvolvidos por Bercholz (2003, p. 49-70) quando trata dos níveis de legitimação e da expansão da democracia na Argentina.

Nessa direção, não perdendo de vista a dificuldade de se estabelecer uma adequada definição de Estado Democrático de Direito, pode-se compreendê-lo como um modelo de Estado com certos avanços em relação ao Estado de Direito originado no século XVIII e em relação ao Estado Social, fortemente preconizado no pós Segunda Grande Guerra Mundial.

Pode-se consignar que o Estado de Direito, desde Hobbes, Locke e Rousseau, notabilizou-se pela superação do poder absoluto do monarca em face ao poder das leis emanadas do parlamento. Esse incipiente Estado de Direito tinha como nota marcante a dimensão negativa dos direitos (direitos subjetivos), segundo a qual se recla-

mava uma abstenção do Estado nas questões privadas de cada cidadão. Era a prevalência do liberalismo, segundo o qual a intervenção do Estado nos direitos fundamentais era vista com reserva.

De outro norte, o Estado Social teve como nota marcante a intervenção dos poderes e das agências estatais na implementação de políticas públicas para atendimento das necessidades sociais da coletividade. Vingou, nesse modelo de Estado, a máxima da dimensão positiva dos direitos, pela qual tornava-se possível a intervenção do poder público nas questões privadas, visando à melhoria das necessidades da coletividade. Marcou-se pelo intervencionismo.

Como dito no início do presente ponto, um dos avanços que destaca o Estado Democrático de Direito em relação aos demais modelos de Estado diz respeito à representatividade ou à eletividade popular. Vale dizer, o caráter eletivo dos ocupantes das funções políticas estatais e a participação do povo nos procedimentos estatais são a nota distintiva do Estado Democrático de Direito.

Nesse particular, muito embora tivesse abordado o tema sob a ótica da democracia e não do Estado Democrático de Direito, Bercholz (2007, p. 4) concebe a democracia como governo da maioria. De todo modo, a referência a governo da maioria deixa evidenciada a marca da eletividade (eleição/escolha) política.

Sem embargo, no presente ponto cumpre consignar que outra nota marcante do Estado Democrático de Direito, paralelo à representatividade popular, diz respeito à participação de mais de um sujeito – seja pessoa física, jurídica ou mesmo os órgãos estatais etc. – nos processos decisórios estatais.

Exemplificativamente, as funções estatais se dividem, classicamente, na administrativa, na legislativa e na judicial. Em relação às duas primeiras, a natureza democrática é de logo evidenciada, considerando-se que os seus agentes de cúpula, mesmo no modelo federativo, são escolhidos entre os representantes do povo.

Mesmo a formação (produção) do direito resulta de um processo democrático; uma vez que o parlamento apresenta projetos de lei e estes são discutidos e votados pelos representantes do povo. Ao fim, o projeto aprovado é encaminhado à sanção do chefe do Poder Executivo.

Assim, esse evidente caráter democrático na aprovação das leis etc. não se contenta apenas com a natureza representativa dos agentes escolhidos pelo voto popular. Distingue-se, sobretudo, pela possibilidade de participação do interessado na formação do direito. Assim, democracia não se limita à representação eletiva, senão, e sobretudo, pela possibilidade de participação do interessado nos processos em que demandem matérias de seu interesse.

Sem embargo, como e onde residiria a natureza democrática do Poder Judiciário, destacadamente, como se está a tratar no presente artigo, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça? Esse particular se põe a enfrentamento no tópico seguinte.

4 A possibilidade de conformação das decisões judiciais ao Estado Democrático de Direito

Como anteriormente assinalado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não são indicados e nem escolhidos por votação popular. Contudo, a forma de escolha para a composição dos 11 ministros da Suprema Corte brasileira e dos 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça contém a efetiva participação de órgãos de alta representatividade popular: decorre da escolha/nomeação do presidente da República e da aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

Afigura-se, portanto, que a escolha dos ministros das mais altas cortes do Poder Judiciário brasileiro contém uma dose de representatividade popular. Essa participação dos representantes diretos do povo, quais sejam, o presidente da República e a maioria

absoluta dos senadores, confere um aspecto de composição democrática, ainda que indiretamente.

Além da forma de escolha dos ministros, vale ponderar que a observância do devido processo estabelecido na Constituição e nas leis constitucionais permite afirmar que as decisões (acórdãos) do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estejam providas de um conteúdo democrático.

Nesse sentido, merece ponderar-se que nenhum ministro e nenhum dos órgãos (Primeira e Segunda Turmas e o Plenário ou Tribunal Pleno) do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, possuem poder de iniciativa de ação para submeter qualquer tema à apreciação/decisão desses nominados tribunais. Aliás, nesse particular vige o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, em outros termos, o tribunal não age de ofício, assim feito para assegurar um mínimo razoável do princípio da objetividade, segundo o qual os agentes estatais não podem atuar com interesse na causa ou relação com as partes demandantes e demandadas.

Nesse contexto, afigura-se cabível compreender que a democracia da jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não é diferente. Reside, pois, em que esses tribunais julgam conforme o pedido feito pela parte interessada, submetido a contraditório.

Exatamente na participação das partes processuais é que se pode evidenciar a natureza democrática nos acórdãos e nas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essa participação democrática vale para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, visto que o teor da decisão/sentença/acórdão terá como parâmetro o que foi pedido no devido processo.

Pode-se consignar, ainda, que a jurisdição como um todo, inclusive a jurisdição constitucional e a jurisdição penal, deve ser compreendida a seu tempo e de acordo com o modelo de Estado onde é exercida.

Nesse sentido, no modelo de Estado autoritário, segundo o qual o direito não é produzido ou elaborado pela participação popular, mas por imposição de um poder centralizador exercido com e pela força estatal, certamente a jurisdição também será autoritária.

Não por outra razão, Alberton (2004, p. 90) corretamente apregoa as chamadas “jurisdição-soberania” e “jurisdição-participação”. A primeira diz respeito à “jurisdição centrada apenas no poder soberano do Estado, numa relação de sujeito-objeto, decisão do Estado-Juiz que declarará quem será o ganhador ou o perdedor”. A última pode ser vista quando “[...] a racionalização do direito que se realiza pelo exercício da jurisdição encontra sua legitimidade no discurso democrático que somente se efetiva com o atuar comunicativo de todos os sujeitos da relação processual em exame” (2004, p. 96).

Na estrutura do Estado autoritário, a jurisdição, não raras vezes, pode se dar de modo oficioso pelo órgão julgador, como preconizava a redação originária do Código de Processo Penal de 1941. Mesmo havendo partes processuais, estas terão um papel subalterno ao julgador e exteriorizarão um caráter meramente formal da parte, cujo pedido não delimita e nem vincula o julgador na função de dizer o direito.

Esse ponto de vista não fica muito evidente na jurisdição civil, uma vez que geralmente os códigos estabelecem regra no sentido de que o juiz “decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não sucitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, consoante previsão do art. 128 do Código de Processo Civil brasileiro, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

De igual sentido é o teor do art. 460 do Código de Processo Civil, que assim estabelece: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Verifica-se que, no âmbito da jurisdição civil, há certa medida de democracia na decisão do julgador, uma vez que o respectivo órgão jurisdicional decide nos termos em conformidade com o pedido da parte interessada. Nesse modelo de jurisdição, as partes interessadas participam de modo efetivo na produção do provimento (decisão/sentença/acórdão) jurisdicional. Frise-se, a participação dos interessados exterioriza a natureza democrática, pois o direito pretendido pelo autor, se reconhecido, é dado nos limites do que foi pedido.

Contudo, de modo bem diverso se dá a jurisdição penal, cumprindo assinalar que o Código Processual Penal de 1941, ainda aplicado no Brasil sem maiores questionamentos, não foi elaborado por obra do Poder Legislativo. É oriundo de decreto editado pelo então presidente da República, que, por sua vez, fez uso do disposto no art. 180 da Constituição Federal de 1937 (conhecida por Constituição do Estado Novo), também unilateralmente outorgada pelo mesmo presidente.

Assim ditava o mencionado art. 180 da referida Constituição Federal de 1937: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

Retomando, esse Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, elaborado e aprovado por ato exclusivo e unilateral do chefe do Poder Executivo, sem qualquer participação de representantes do povo, está sendo, ainda, aplicado no Brasil.

Como antes assinalado, no contexto da jurisdição penal, é flagrante a ausência de democracia – falta de participação – nas decisões/acórdãos dos juízes e tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Entre outros dispositivos, registre-se o conteúdo do art. 385 do referido Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação

pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Como se pode observar, diferentemente da jurisdição civil, a jurisdição penal contemplada no Código de Processo Penal de 1941 retrata bem o modelo de Estado adequado a seu tempo. Nesse mesmo Código, o julgador, em certos casos, estava autorizado a promover a ação penal contra alguém suspeito da prática de algum fato contravencional. Também estabelecia que em certas infrações a iniciativa da ação penal caberia ao delegado de polícia e, nos demais casos cuja iniciativa da ação penal fosse pública, caberia ao Ministério Público tal iniciativa.

Como antes consignado, no art. 385 do Código de Processo Penal de 1941, independentemente de pedido de condenação da parte autora, em regra o Ministério Público, poderia o juiz proferir sentença condenatória. Em outros dizeres, ainda que a parte autora não pedisse a condenação, ainda que o acusado pedisse a absolvição, poderia o julgador – juiz ou tribunal – condenar. Essa regra procedimental bem retrata a fluidez da função jurisdicional: é resultado do modelo de Estado no qual está inserida. Se decorre de um Estado autoritário, não democrático, certamente será uma jurisdição autoritária.

A mencionada ausência de democracia, como antes assinalado, decorre da desvinculação do órgão julgador a qualquer pedido feito pelas partes processuais. Nessa hipótese, pois, o órgão julgador – juiz ou tribunal – é total, absoluto, não permite a participação das partes interessadas na produção do provimento final (decisão/sentença/acórdão).

No contexto da disciplina processual penal, portanto, a ausência da parte interessada na produção do direito – resultante da decisão/sentença/acórdão judicial – revela o descompasso entre o Poder Judicial e o Estado Democrático de Direito, uma vez que esse último, como anteriormente consignado, não se reduz ao cará-

ter eletivo, mas reclama a participação do interessado nos processos decisórios emanados dos órgãos estatais.

Essa particularidade foi também captada por Bercholz (2007, p. 15-16), apoiado em bases habermasianas, quando enfatiza algumas variáveis possíveis para a democratização das decisões judiciais, nominada de democracia deliberativa.

5 O Poder Judiciário e o déficit de democracia nas decisões pertinentes ao processo penal

Na perspectiva de um Estado Democrático, como visto até o presente momento, tem-se em consideração dois aspectos: (1) a eletividade dos agentes exercentes de funções públicas nos diversos poderes estatais, com a peculiaridade dos órgãos de cúpula do Poder Judicial, como ocorre em relação aos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça porque indicados, nomeados e aprovados por agentes políticos dos poderes Executivo e do Legislativo; (2) a participação das partes nos processos nos quais são debatidas questões fundamentais de interesse pessoal ou institucional.

Portanto, esses dois aspectos são próprios do Estado Democrático e permeiam todas as esferas da administração, especialmente as decisões emanadas nesse modelo de Estado.

Sem embargo, como antes apontado, ainda nos tempos atuais, algumas normas oriundas de Estado autoritário (não democrático) são questionadas no Poder Judiciário por não recepção (inconstitucionalidade), notadamente a norma pertinente ao Processo Penal.

Em pesquisa recente não se obteve um precedente do Supremo Tribunal Federal. De outro modo, não com muita raridade, chegam ao Superior Tribunal de Justiça demandas que questionam a não recepção de norma editada no modelo de Estado autoritário, precisamente do antes mencionado art. 385 do Código de

Processo Penal. Somente para atualizar, segundo esse dispositivo editado na áurea do Estado Absolutista, desprovido, portanto, de qualquer parâmetro democrático, o órgão julgador pode condenar alguém mesmo em face do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.

Os dados recentes, colhidos por amostragem no sítio do Superior Tribunal de Justiça, demonstram que esse tribunal, no particular, não está consentâneo com os ditames do Estado Democrático de Direito. Confirmam-se os dados seguintes.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Julgados admitindo a recepção - constitucionalidade - do artigo 385 do Código de Processo Penal de 1941:

Ano:	Turma:	Precedente:
2007	5ª Turma	HC n. 76930-SP
2007	5ª Turma	HC n. 84001-RJ
2011	6ª Turma	HC n. 137322-DF
2013	5ª Turma	HC n. 197068-SP

Fonte: Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

Verifica-se que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça acima relacionados consideram como recepcionada pelo Estado Democrático de Direito uma norma procedimental que elide a efetiva participação da parte interessada na prestação do direito processualmente buscado pelas partes em contraditório.

Portanto, afigura-se duvidoso afirmar que essa, frise-se, consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esteja em conformidade com os valores da democracia e que permeiam o modelo de Estado Democrático de Direito, uma vez que não assegura a efetiva participação da parte interessada na formação do direito buscado por meio do processo.

Como antes se afirmou, o Estado Democrático de Direito se apoia em duas premissas: eletividade (eleição/escolha/votação de representantes do povo) e participação do interessado nas deliberações dos órgãos estatais, entre os quais estão os juízes e os tribunais do Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que a jurisdição corresponde ao modelo de Estado no qual inserida. No Estado autoritário, jurisdição autoritária; no Estado Democrático, jurisdição democrática. Nesse sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes ao art. 385 do Código de Processo Penal, indicam uma desconformidade com a jurisdição do Estado Democrático de Direito.

Embora se tenha apenas alguns, porém sólidos, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, registre-se ser notório que os demais órgãos do Poder Judiciário, mormente os de primeira instância (ou primeiro grau), também conferem primazia à aplicabilidade da mencionada norma oriunda do Estado autoritário.

Registre-se, de outro ponto e de modo diametralmente oposto, que a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, decidindo casos em que o Ministério Público tenha formulado pedido de absolvição, sem assistência de algum querelante, tem firmado pela impossibilidade de condenação.

Com efeito, demonstra Antonini (2005, p. 360-363) que, quando decidiu os casos (fallos) “Tarifeño” e “Mostaccio”, a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina enfrentou o problema pertinente ao pedido de absolvição e a consequente condenação penal. Em casos dessa natureza, a referida Corte Suprema assentou que a condenação, em cujo processo o Ministério Público pediu a absolvição, violava as garantias da defesa em juízo e o devido processo. Firmou que o artigo 18 da Constituição Nacional Argentina exige a observância das formas substanciais do juízo relativas à acusação, defesa, prova e sentença proferida por juízes naturais e, no caso, houve condenação sem pedido da acusação.

Segundo Antonini (2005, p. 363), nesses casos a Corte Suprema argentina expôs argumentos mais aproximados da postulação de um sistema acusatório. Significa, ainda, que em tais decisões a Corte Suprema de Justicia contribuiu a uma melhor distribuição de autoridades entre os integrantes do sistema penal.

Como se pode observar, quando se compreende que a atuação/ participação da parte interessada no direito buscado intraprocessualmente, no caso, pelo Ministério Público, demonstra-se uma predisposição do tribunal em contemplar as partes processuais na efetiva participação na produção do direito.

Afigura-se, nesses precedentes da Corte Suprema de la Nación Argentina, certa medida de democracia na produção judicial do direito, por meio da jurisdição penal, que mais se aproxima dos valores próprios do Estado Democrático de Direito.

Em sentido diametralmente oposto, como visto acima, está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

6 Democracia procedimental – penal – na Constituição

Conforme sustentado, os dois aspectos aferidores do Estado Democrático de Direito são a eletividade e a participação nos processos decisórios estatais. Assim, afigura-se possível que da análise do texto constitucional vigente seja aferido algum desses aspectos.

O modelo constitucional brasileiro atual contemplou um extenso rol de disciplinas. Em outros termos, a atual Constituição Federal brasileira é prolixa e desce a minúcias diversos temas, tornando determinada disciplina formalmente constitucional.

Especificamente no terreno do processo penal ou propriamente dito da persecução penal, há toda uma normatização que trata dos agentes intervenientes desde a investigação policial à acu-

sação e, em certos casos, a definições de competência de juízos naturais. Em suma, consta um delineamento de competências institucionais que passa pelas diversas polícias, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia e, necessariamente, pelos órgãos jurisdicionais competentes.

Nesse sentido, o art. 144 do atual texto constitucional federal, inserido no capítulo que trata da segurança pública, especifica as Polícias Cíveis e a Federal com atribuição para apuração das infrações penais.

A partir do art. 127 e seguintes, a Constituição Federal trata das Funções Essenciais à Justiça. Inicia com o Ministério Público, tendo-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A partir do art. 129, a atual Constituição Federal confere, entre outras, como funções institucionais do Ministério Público a titularidade privativa para promover a ação penal pública e o controle externo da atividade policial.

Prevê ainda a mesma Constituição, nos art. 133 e 134, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça bem como a essencialidade da Defensoria Pública à função jurisdicional do Estado.

Do art. 92 ao 126, a Constituição Federal brasileira normatiza os órgãos do Poder Judiciário, definindo a cada qual os limites de suas competências.

Verifica-se, portanto, que o atual texto constitucional brasileiro efetivamente democratiza a prestação jurisdicional, em especial, no que mais interessa ao presente texto e indica os sujeitos processuais participantes da realização do direito na persecução penal: Ministério Público, Advocacia, Defensoria Pública e Poder Judiciário.

No tocante a Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública, a atual Constituição Federal os tem como instituições essen-

ciais à prestação jurisdicional do Estado, vale dizer, sem as quais não pode ocorrer a prestação/realização do direito – mesmo em sede penal – processualmente pretendido pelas partes em contraditório.

A completa regulação das instituições intervenientes no processo judicial, no modelo brasileiro, portanto, sugere um quê de cooperação institucional de modo a conferir um equilíbrio, se não entre os poderes políticos, entre os agentes políticos mitigantes no processo.

O jogo processual, no qual estão inseridas as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, como normatiza a atual Constituição Federal brasileira, sugere que o órgão julgador não fique totalmente livre para dizer o direito em desconformidade com o pretendido por essas instituições, vale dizer, pelo Ministério Público, pela Advocacia e pela Defensoria Pública. Parece haver certo equilíbrio procedimental, algo sugestivo do modelo habermasiano de democracia deliberativa, como antes assinalado.

O professor Bercholz (2013a, p. 5), ao tratar da cooperação e do diálogo institucional para o equilíbrio entre os poderes, o qual vem a calhar no ponto sob análise, acentua que “o poder do Estado é só um, em todo caso, dividido funcionalmente em tantas partes como seja mister para a eficácia da administração do Estado”. [tradução do autor]

Mais adiante, embora sugestione referir-se ao modelo político argentino, o renomado professor assinala alguns pontos de exemplo para uma possível reformulação da divisão dos poderes. Além dos três poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), elabora cinco propostas para essa reformulação, destacando-se, ao propósito do presente trabalho, a de se ter um Ministério Público com maiores competências para ser um eficaz mecanismo de acesso à justiça e com funções de mediador (2013a, p. 6).

Pode ser, em tese, que o Ministério Público argentino, sem embargo da reforma constitucional de 1994, que alterou o artigo

120 da Constituição Nacional, careça de uma reformulação institucional de modo tal a se adequar à proposição preconizada por Bercholz. Contudo, no tocante ao Ministério Público brasileiro, normatizado desde a Constituição Federal de 1988, essa instituição parece estar em condições de exercer suas funções com tal ombriedade que o Poder Judiciário dispense o tratamento que vem lhe conferindo nas questões pertinentes ao processo penal.

Com efeito, antes da atual Constituição Federal de 1988 o Ministério Público não exercia, de modo privativo, a titularidade para promover a ação penal pública, muito menos para o controle externo da atividade policial, todavia era reconhecido como órgão de representação judicial dos entes públicos (União e Estados). Essas arcaicas atribuições foram consideradas obsoletas e não mais fazem parte do rol das atuais funções institucionais. Houve um evidente aprimoramento do Ministério Público a partir da ordem normativa de 1988. O Ministério Público se despe da condição de órgão de assessoria para exercer com a titularidade plena, entre outras funções, a promoção da ação penal pública e o controle externo da atividade policial. Para o Ministério Público, houve uma mudança paradigmática entre o antes e o depois da Constituição Federal de 1988.

Nada obstante, ainda em tempos atuais os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nominam as promoções do Ministério Público de “parecer”, como nominavam os atos de consultoria realizados por essa instituição antes da atual Constituição Federal.

Quem realiza ato de consultoria emite uma opinião. Não por outra razão, o antes mencionado art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 refere-se ao que o Ministério Público tenha “opinado”, como se tratasse de um ato de consultoria.

Esse ponto parece ser o entrave que conduz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, retratada nos ditos precedentes, a não reconhecer o Ministério Público, tal como contemplado em

sede constitucional e na respectiva lei orgânica, como instituição essencial à função jurisdicional – penal – do Estado.

Normativamente reconhecido como essencial à função jurisdicional do Estado, o pedido formulado em sede de processo penal parece ecoar como um pleito político que apela para a vigência e para o respeito ao modelo democrático constitucionalmente fixado.

Essa compreensão conduz a uma necessária revisão jurisprudencial dos órgãos políticos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à natureza do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em sede processual penal.

Não houve a pretensão de se estabelecer ou fazer uma análise comparativa entre os modelos políticos de Estado, de Ministério Público ou de jurisprudência, ou mesmo dos planos normativos entre as constituições brasileira e argentina.

Sem embargo, com relação ao reconhecimento institucional da função do Ministério Público, em sede processual penal, a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da nação argentina parece estar mais sintonizada com o modelo democrático de jurisdição que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e demais órgãos jurisdicionais brasileiros.

Muito embora tratasse de fatores complexos na justificação de modelos de descentralização, articulados com a democracia em via de consolidação, ressalta-se a abordagem daquilo que Bercholz nomina de justificação da democracia, precisamente de justificação “democracista” (2008, p. 3-8). Lembra o renomado professor a necessidade de “democratizar a democracia”, o que, adequado ao presente estudo, sinaliza para uma reinvenção das práticas democráticas que merecem ser aperfeiçoadas.

É sabido que o Estado Democrático de Direito é um modelo em pleno aperfeiçoamento. Não é estanque, mas segue uma busca incessante na melhor acomodação das estruturas sociais e políticas.

Aqui parece adequada a colocação de Bercholz a respeito de que a democracia, ou precisamente o Estado Democrático de Direito, sugere a inserção de mecanismos democráticos de participação dos legítimos interessados nos atos decisórios que, em sede procedimental (ou processual penal), alcança as instituições envolvidas na persecução penal e consideradas essenciais para a função jurisdicional do Estado.

Ademais, afigura-se que a direção de uma reforma séria e adequada para viabilizar uma melhor democratização da justiça, mormente a justiça penal latino-americana, que traz em si raízes inquisitivas, necessita de mudança de paradigma nas instâncias políticas e jurídicas.

O rompimento com essa mencionada e histórica matriz inquisitiva, formadora de escolas na América Latina, é o primeiro desafio para a democratização da justiça, especificamente da jurisdição penal. Nesse modelo, o inquisitivo, a função de dizer o direito, na figura do julgador – juiz ou tribunal –, é absoluta e, nessa medida, tende a rejeitar a possibilidade de participação da parte interessada na formação do direito a ser delimitado processualmente. Rejeita-se, portanto, a participação de alguma das instituições essenciais à prestação jurisdicional, daí o déficit democrático da justiça fica evidenciado.

Ademais, merece pôr-se em destaque a ponderação de Bercholz (2013b, p. 3-4) no sentido de que o poder de interpretação judicial das leis conferido aos magistrados significa o exercício de “una facultad legislativa”, visto que também produz o direito ao caso concreto. Essa faculdade reclama uma jurisdição aos moldes da antes referida “jurisdição-participação”, adequada ao Estado Democrático.

Como se pode observar, bem pontuado por Bercholz, a decisão judicial equivale à elaboração da lei ao decidir acerca do fato sob análise no processo. Daí a simetria perfeita entre a lei produzida pelo parlamento e o provimento jurisdicionalmente (lei entre as partes) lançado no processo.

Acerca da participação nos processos decisórios estatais, merecem destaque, porque pertinentes, as ponderações de Habermas (2003, p. 213), o qual mescla a teoria do discurso e o princípio da soberania do povo, assim:

Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis. [grifo do autor]

Nesse contexto, e do que visto, afigura-se que no Estado Democrático de Direito a democracia nas decisões estatais pode se dar na dimensão da eletividade (eleição/escolha/voto) e/ou na participação dos interessados na elaboração da norma. Nesse último caso, pode ser produzida, intraprocessualmente, pela jurisdição. Daí o reclamo da efetiva participação dos interessados na elaboração dessa específica norma aplicada ao caso concreto para dar a ela (lei entre as partes) um caráter democrático.

7 Conclusão

Do que visto, é possível compreender o Estado como uma unidade de poder (o poder do Estado é uno) fragmentada nos poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Essa percepção, contudo, não afasta o concurso de outras instituições que, como de fato previsto em sede constitucional, em certo grau, concorrem para o pleno desenvolvimento das funções desses poderes.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, no desenho constitucionalmente fixado, seja pela forma de composição, seja pelo alto grau de competências, mormente no controle de constitucionalidade e na uniformização da interpretação das leis federais, exercem suas funções com viés político. A forma da escolha/indicação dos ministros desses tribunais, com a efetiva participação política do chefe do Poder Executivo, na indicação e na nomeação bem como na aprovação por maioria absoluta do Senado Federal, evidencia, ainda que indiretamente, um caráter democrático.

As bases de compreensão do conteúdo democrático, cujo aprofundamento escapa aos limites do presente trabalho, podem ser aferidas no grau e na medida da atuação dos sujeitos/instituições participantes no devido processo.

Na esfera processual civil, as normas asseguram uma razoável delimitação do direito a ser dito no processo. O julgador não pode reconhecer outro direito além do pedido pelas partes. Na esfera processual penal, em idêntica compreensão, não pode haver peso diverso.

Sem embargo, consoante consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é constitucional a decisão condenatória mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público.

Contudo, o parâmetro normativo para as decisões dessa espécie tem assento no art. 385 do Código de Processo Penal de 1941. Esse Código, por seu turno, é oriundo da Constituição de 1937.

Esses dois diplomas foram originados em um Estado autoritário, não democrático, uma vez que as normas nele produzidas foram resultantes de atos decretados unilateralmente, sem a participação de representantes do povo.

A Constituição Federal brasileira de 1988 delineou um rol de agentes e de órgãos participantes da persecução penal e conferiu a cada qual a medida de participação. Foram estruturados o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública como instituições essenciais à prestação jurisdicional do Estado. Essa imprescindibilidade sugere que, para a formação do direito intraprocessual, sem a efetiva participação dos sujeitos processuais interessados na decisão, a prestação jurisdicional fica com evidente déficit democrático.

O caráter democrático das decisões judiciais, para além da observância do devido processo, reclama conferir e dar valia à participação das instituições essenciais à prestação jurisdicional em tal grau que delimite o direito a ser produzido ao caso concreto, mesmo em sede processual penal.

Referências

ALBERTON, Genecéia da Silva. *Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana*. Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 12, v. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004.

ANTONINI, Mónica A. Formas Sustanciales del Proceso. Acusación y sentencia condenatoria. In: D'ALESSIO, Andrés José (Dir.). *Colección de Análisis Jurisprudencial - Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 360-363.

BERCHOLC, Jorge O. *Temas de teoría del Estado*. 1. ed. (serie de libros universitarios), Buenos Aires: La Ley, 2003.

_____. *La división de poderes*. Cuestiones actuales sobre el rol del Poder Judicial. 2007. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/bercholc.php>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

_____. *Los procesos de descentralización en sistemas políticos democráticos en vías de consolidación*. 2008. Disponível em: <http://www.rlcu.org.ar/revista/numeros/06-11-Octubre-2008/documentos/jorge_bercholc.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2014.

_____. *Algunas claves para entender la reforma judicial que propone la “Democratización de la Justicia”*. 2013. Disponível em: <http://sur1810.com/nota/2606/algunas_claves_para_entender_la_reforma_judicial_que_propone_la_democratizacion_de_la_justicia>. Acesso em: 6 abr. 2014.

_____. *Diez “tips” (consejos) sugeridos para una aproximación a la cuestión del control del poder desde la sociología política y la ingeniería institucional*. 2013a. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/bercholc.php>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

_____. *Nuevos paradigmas para la teoría del Estado*. Los Estudios Institucionales. La performance de las agencias estatales como objeto de estudio de la material. 2013b. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/bercholc.php>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2. ed., tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

O princípio constitucional da autonomia individual

Heráclito Mota Barreto Neto

Servidor do Ministério Público Federal. Mestrando em Relações Sociais e Novos Direitos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: O presente texto tem como objetivo principal a verificação da existência de um princípio da autonomia individual inserto na Constituição de 1988. Para tanto, o caminho a ser traçado tangencia, primeiramente, a caracterização dos princípios jurídicos em geral, buscando extrair da doutrina especializada elementos conceituais próprios dessa espécie normativa, de modo a delinear um perfil genérico que qualifica e caracteriza os princípios como tipos normativos autônomos. Seguidamente, o artigo deitará análise sobre a autonomia individual, estudando conceitos, implicações com a existência e as liberdades humanas, sua importância para a estruturação da ordem social e para a fundamentação do próprio Direito. Como argumento final, buscar-se-á situar a autonomia no sistema de normas constitucionais e, à luz das teorias antes examinadas, caracterizá-la como princípio jurídico-constitucional, para extrair consequências hermenêuticas e práticas decorrentes de tal *status* normativo.

Palavras-chave: Princípios jurídicos. Autonomia. Direitos fundamentais. Constituição de 1988. Princípio da autonomia individual.

Abstract: This paper aims to verify the existence of the principle of individual autonomy in Brazilian Constitution of 1988. To do so, the way to be traced passes, at first, through the characterization of legal principles in general, aiming to extract from the specialized authors conceptual elements peculiar to this normative specie, in order to depict a generical profile that qualifies principles as an

autonomous normative type. Following, the work will analyse the individual autonomy, studying concepts, implications with human existence and liberties, its importance to the social order structure and to substantiation of Law itself. As final argument, the paper aims to place autonomy in the constitutional system and, under the theories covered before, characterize it as a constitutional principle, in order to extract hermeneutical consequences from that normative status.

Keywords: Legal principles. Autonomy. Fundamental rights. Brazilian Constitution of 1988. Principle of individual autonomy.

Sumário: 1 Introdução. 2 A caracterização dos princípios jurídicos. 3 A autonomia individual. 4 O princípio constitucional da autonomia individual. 5 Conclusões.

1 Introdução

Enunciar a existência de um princípio constitucional da autonomia individual – objetivo deste estudo – pode não parecer um ponto de pauta digno de nota já na segunda década do século XXI. O conceito de autonomia fixou-se na tradição jurídica e filosófica da contemporaneidade, muitas vezes referido com ares de óbvia importância axiológica, normativa e ética, de maneira que é considerado estruturante das formas de relação em comunidade.

A consagração dos valores liberais fez florescer na cultura ocidental, há mais de duzentos anos, uma especial consideração pela liberdade de autodeterminação dos sujeitos e pelo poder de conduzir a vida de acordo com as normas que o indivíduo haja escolhido para si. Internalizada como decorrência dos modelos socioeconômicos e políticos que se consolidaram na experiência do Ocidente, a autonomia alcança, então, relevo entre os valores acolhidos pela sociedade como fundamentais à sua constituição e manutenção.

É grande a amplitude semântica e várias as acepções que o vocábulo adquiriu ao longo dos anos, como resultado de sua

importação por diversos braços das ciências (o que contribuiu para o processo de estabelecimento da autonomia como referencial nos campos da moral, da sociologia e do Direito, para mencionar apenas algumas esferas). Ao longo do artigo, espaço próprio será dedicado aos principais estudos sobre a autonomia, seus sentidos e implicações dogmático-jurídicas. Um núcleo cognitivo, porém, parece ser comum a todas as possibilidades de significação da autonomia, aquele que está atrelado à etimologia do termo: *auto*, do grego, “o próprio”, “o mesmo”; e *nomos*, também do grego, que designa lei, governo¹.

Com essa formulação clássica, a autonomia individual relaciona-se com a capacidade de possuir ou construir as próprias leis; de autogoverno e autodeterminação conforme valores próprios, decisão consciente e ação, sugerindo a independência da pessoa para gerir sua vida sem interferências externas (COLT, 2006), de forma que se proclama como pedra de toque das sociedades modernas o respeito à autonomia do outro como limite à própria liberdade de determinação.

Daí porque seja (talvez) intuitivo considerar que, ocupante de *status* tão preeminente na organização das sociedades contemporâneas, a autonomia individual também tenha lugar especial no estatuto jurídico do político², sede na qual são positivados os fundamentos axiológicos e as maiores aspirações existenciais dessas mesmas sociedades.

Curiosamente, no entanto, não encontramos em nosso texto fundamental expressa disposição de tutela da autonomia indivi-

1 “A palavra *autonomia*, derivada do grego *autos* (‘próprio’) e *nomos* (‘regra’, ‘governo’ ou ‘lei’), foi primeiramente empregada com referência à autogestão ou ao autogoverno das cidades-estados independentes gregas. A partir de então, o termo *autonomia* estendeu-se aos indivíduos e adquiriu sentidos muito diversos, tais como os de autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo”. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 137).

2 A conhecida expressão é creditada ao professor português Gomes Canotilho (1995, p. 13).

dual, o que não quer dizer, é claro, que o valor não esteja albergado no bojo de todo o sistema normativo-principiológico da Constituição. Está.

E, como não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, tarefa importante é extrair da Norma Fundamental como um todo a proteção que se dispensa à autonomia individual. Mais que isso, importa identificar a dimensão normativa que a autonomia assume no plexo constitucional brasileiro, voltando análise para sua estrutura, caracteres e propriedades, de modo a funcionar como genuína norma jurídica constitucional.

Tomando-se por marco a doutrina que se debruça sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, há que enquadrar a autonomia individual em um dos tipos classificatórios propostos para tais normas. Nesse intento, dirige-se foco à caracterização teórico-dogmática dos princípios jurídicos, sobre cuja seara o estudo, ainda que de forma modesta, deitará análise. O objetivo da abordagem será, num primeiro momento, estabelecer uma natureza geral dos princípios e perfilhar os elementos conceituais que os informam.

Assim, partindo-se de um exame descritivo acerca dos princípios jurídicos, procurar-se-á identificar a autonomia como tal, sediada, então, no sistema da Constituição. Pondo-se de lado a pretensão inovadora, é a que se dedicam as próximas linhas.

2 A caracterização dos princípios jurídicos

Vasta é a produção doutrinária que se volta ao estudo dos princípios jurídicos na seara da Teoria Geral do Direito e dos Direitos Fundamentais. O tema tornou-se ponto quase obrigatório nas discussões acadêmicas de Direito Público em geral³.

³ Humberto Ávila (2004, p. 18) introduz a sua *Teoria dos Princípios* afirmando que o assunto virou moda e que “a separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade”.

As abordagens sobre a matéria vêm quase sempre interligadas à contraposição que se mantém entre princípios e regras, havendo autores que escapem ao formato tradicional da distinção, inserindo outras tipologias no elenco. Assim, caracterizam-se, uns em oposição aos outros, princípios, regras (ALEXY, 2012; ÁVILA, 2001), políticas (DWORKIN, 2011), postulados (ÁVILA, 2004) etc.

Este estudo, todavia, não procura traçar um painel acerca da diferenciação entre as diversas espécies normativas referidas pela doutrina, embora o recurso ao método distintivo possa ser útil à discussão em determinadas passagens. No entanto, como a epígrafe deste tópico pretende sintetizar, a elaboração ficará concentrada na busca por características próprias do tipo de norma que se entende por princípio. É de se antever que, neste caminho, as diferenciações doutrinárias tradicionais serão de grande valia, uma vez que, anunciados critérios de distinção entre as normas, traz-se à evidência os elementos característicos delas. Mas o que o tópico quer ressaltar são os conceitos (abstratos) conformadores da categoria dos princípios, de modo que não serão feitas digressões aprofundadas, senão meramente instrumentais, a respeito dos demais tipos normativos.

O que se busca nesta investigação é, à luz das construções teóricas feitas por autores selecionados e de acordo com os parâmetros por eles desenvolvidos, esboçar um perfil geral dos princípios jurídicos.

Começemos por Ronald Dworkin.

Dworkin (2011) elabora seu ataque geral ao positivismo (notadamente ao positivismo como enunciado por Herbert Hart) começando pela linha de diferenciação entre o que designa de “padrões normativos”. São eles os princípios, as regras e as políticas. Segundo o autor, um primeiro critério distintivo que se pode estabelecer entre regras e princípios é de caráter lógico. Ambos os padrões indicariam uma orientação de decisão diante da situação em causa, mas os princípios apresentariam uma solução diversa da dada pelas regras.

É aí que Dworkin leciona sobre a aplicação imediata e absoluta de um comando do tipo das regras, afirmando que sua incidência obedece à maneira “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), segundo a qual, se estão satisfeitos os elementos abstratos previstos no enunciado da regra, então ela deve ser aplicada por inteiro. Se não estão, a regra não é válida e, da mesma forma, deixa de ser aplicada por inteiro. Isso para afirmar a natureza oposta que segue a aplicação dos princípios, os quais, segundo o autor, possuem⁴ uma dimensão de peso ou de importância.

A dimensão de peso significa que os princípios têm relevância e aplicação relativas, devendo ser conjugados com outras normas e critérios de decisão a fim de se estabelecer sua importância; podem ser contrabalanceados, ter incidência gradual, conforme seu peso no caso concreto. Implica isso que uma decisão baseada em princípios não fornece uma consequência automática e necessária diante de situações concretas que se subsumem ao âmbito da norma. A vocação dos princípios não é de “tudo ou nada”, mas de constituir um fundamento racional-argumentativo que oriente uma decisão posterior, esta sim, segundo Dworkin, voltada ao caso concreto⁵. Vale a pena a transcrição literal da síntese das ideias do professor:

Mesmo aqueles [princípios] que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...] Um princípio [...] não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em

4 Humberto Ávila (2004) discorda da afirmação segundo a qual os princípios possuem uma dimensão de peso. Para o autor, tal predicado não é exclusivo do conceito de princípio. Disto, segue afirmando que o método do sopesamento, em que as tais dimensões de peso são ponderadas, também é compatível com a estrutura lógica de outros tipos de norma, como as regras: “[...] não é apropriado afirmar que [...] os princípios possuem uma dimensão de peso. [...] enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão da interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática [...]”. (ÁVILA, 2004, p. 44).

5 Neste ponto, Dworkin é seguido por Alexy (2012, p. 108), que aduz: “Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas”.

uma certa direção, mas (ainda assim) necessita de uma decisão particular. (DWORKIN, 2011, p. 40-41).

Dessas mesmas considerações deriva que princípios não têm caráter absoluto⁶. Ora, se o que os configura é a dimensão de peso ou de importância, segue-se ser natural que alguns princípios sejam mais “pesados” ou mais importantes que outros, a depender do problema concreto enfrentado. Os princípios ora recuam, ora se impõem; ora cedem em face de outros, ora prevalecem. Logo, são relativizáveis.

A dimensão de peso também tem como decorrência a circunstância de serem os princípios suscetíveis de ponderação. Se é certo que princípios guardam relatividade entre si, havendo situações em que um seja mais importante que outros, somente se pode estabelecer qual seja o prevalente mediante um processo de sopesamento que compare e balanceie seus pesos relativos. Isso é operacionalizado por meio da proporcionalidade. Princípios são, pois, ponderáveis.

Das lições de Ronald Dworkin, então, já se podem anunciar três elementos do conceito de princípio. Primeiramente, a dimensão de peso: “[...] essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.” (DWORKIN, 2011, p. 43). Como consequentes, os outros dois elementos característicos dos princípios que já podemos referir são o fato de serem ponderáveis e (por isso) o de nunca serem absolutos.

Passemos, agora, ao próximo autor objeto de exame.

Robert Alexy construiu talvez a obra mais festejada sobre a estrutura e as diferenças entre regras e princípios e sua incursão na

6 Alexy (2012, p. 111), no mesmo sentido: “Se existem princípios absolutos, então a definição de princípios deve ser modificada [...]”.

Teoria dos Direitos Fundamentais⁷. A primeira característica que Alexy (2012) atribui aos princípios, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, é a mais conhecida: princípios são mandamentos de otimização. *Mandamentos*, porque, como o léxico já denota, estipulam comandos, orientados a um dever, permissão ou proibição (ALEXY, 2012, p. 90). De *otimização*, porque os comandos que estabelecem não se voltam à promoção integral ou absoluta dos fins a que se propõem, senão a que tais fins sejam perseguidos na máxima medida possível, em vista das condições fáticas e jurídicas em apreço. Pela clareza com que define tal característica, é válida transcrição literal do autor:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2012, p. 90).

Como se infere, a circunstância de serem os princípios mandamentos de otimização leva a que seus fins sejam buscados tanto quanto as possibilidades fáticas e jurídicas o permitam, algo que está intimamente relacionado com uma característica dos princípios já antes proferida, sua relatividade. Princípios estão condicionados jurídica e faticamente, e sua aplicação deve ser modulada de acordo com estas condicionantes. Modulada, contudo, sempre em busca da maior satisfação que se possa daí extrair.

7 O trabalho tentará trazer ao exame as principais considerações sobre a caracterização dos princípios, de acordo com Robert Alexy. Seria certamente frustrada a pretensão de angariar nestas poucas laudas a notável construção alexyana acerca dos princípios. Longe de querer esgotar o escólio do professor alemão sobre a matéria, o recurso a suas ideias servirá aos interesses do presente estudo, quais sejam, encontrar características elementares dos princípios jurídicos. Assim, serão analisados apenas alguns poucos dos muitos aspectos tratados por Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2012).

É exatamente nesse sentido que Alexy afirma a existência de relações de precedência condicionada entre princípios. Um princípio pode ter precedência sobre um outro (Dworkin diria que um princípio é mais importante que outro) dentro de determinadas condições concretas, mas, em face de condições diversas, o outro pode ter precedência sobre o primeiro. Bem se vê que tal lição de Alexy guarda forte correspondência com a dimensão de peso prescrita por Dworkin.

Seguindo em seu desenvolvimento, Alexy dispõe que os princípios contêm um mandamento *prima facie*. Isso nada mais é que afirmar que não veiculam um mandamento definitivo (como fariam as regras). Tal característica – também, de algum modo, prevista por Dworkin – deriva de serem eles mandamentos de otimização. Se os princípios determinam que um dado fim seja concretizado ao máximo à luz do caso concreto, não mandam de modo peremptório que um comportamento específico seja adotado caso satisfeitas as condições de aplicação. Antes, conduzem a juízos racionais que orientem a adoção de condutas concretas. A citação de Alexy nesse particular parece elucidativa:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (ALEXY, 2012, p. 103-104). [grifos no original]

E prossegue: “Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.” (ALEXY, 2012, p. 108).

A natureza dos princípios é criar condições racionais para a elaboração de uma regra definitiva; não é fornecer a resposta imediata à questão proposta. Nisso consiste seu caráter *prima facie*.

Desta enxuta suma das lições de Alexy, sacam-se as seguintes características dos princípios: são eles mandamentos de otimização e razões *prima facie*.

Sigamos ao estudo da literatura brasileira acerca do tema.

A doutrina nacional que se vai aqui referenciar desenvolve sua noção de princípios essencialmente com base nas teorizações de Robert Alexy e Ronald Dworkin, de modo que, não obstante algumas divergências e novidades pontuais, o lastro fundamental em que se ergue Humberto Ávila é sustentado por aqueles autores estrangeiros.

Teoria dos Princípios (ÁVILA, 2004) adentra na análise acerca da distinção entre princípios e regras, propõe definições próprias para cada uma das espécies, investiga sua eficácia e apresenta, ainda, um *tertium genus* para as categorias normativas – os postulados. Em outro estudo (ÁVILA, 2001), de cariz similar, o mesmo autor dispensa tratamento à matéria, de modo que será ele referido pelas contribuições de ambos os textos. Com base em tal formulação, procurar-se-á perfilar um perfil normativo caracteristicamente principiológico, à semelhança do que se tem feito até este ponto.

Em *Teoria dos Princípios*, após debruçar-se longamente sobre a distinção entre princípios e regras, Ávila (2004, p. 70) propõe um conceito próprio de princípio, fundamentado justamente nos critérios distintivos que anteriormente examinou. Segundo ele,

princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Tendo em vista que o professor procura sintetizar as principais linhas dos critérios diferenciadores de regras e princípios nessa fórmula, nela ficarão concentrados os esforços a seguir empreendidos

no sentido de encontrar características dos princípios. Extraímos os elementos do conceito de Ávila.

Sobre serem normas *imediatamente finalísticas*, os princípios têm caráter eminentemente teleológico⁸. Com o perdão da possível tautologia, quer isto dizer que os princípios voltam-se prevalentemente para a realização de um fim ideal almejado pela sociedade, para a instituição de um estado de coisas considerado ideal. A formulação de um princípio não pretende, portanto, criar normas de aplicação imediata para os casos concretos, mas determinar um plano do que deve ser feito (deontologia) em situações gerais. Não se quer com isto dizer que da aplicação de um princípio não se possa extrair algum efeito concreto em casos particulares, mas que eles se voltam *imediatamente* à definição de um estado ideal de coisas e, apenas mediatamente (por intermédio das regras), criam obrigações, proibições ou permissões específicas.

Daí decorre serem *primariamente prospectivos*. Na medida em que estabelecem um estado de coisas a ser buscado pela comunidade por meio de sua aplicação, projetam um padrão de orientação decisória que poderá ser observado em casos futuros (*future-regarding*); ao contrário das regras, que enunciam uma situação abstrata recorrente na experiência jurídico-social e, por isso, já transformada em norma definitiva. Quanto a este predicado, porém, Ávila (2004, p. 68) faz uma ressalva: os princípios também devem se basear em situações pretéritas ao definir um certo estado ideal de coisas; é a experiência já vivida que pode fornecer as balizas para o que se entende por almejável pela sociedade. Assim, embora não se pautem exclusivamente na construção de decisões para casos futuros, os princípios são *primariamente* voltados a esse fim.

Estreitamente ligada à dimensão de peso predita por Dworkin está a *pretensão de complementariedade e parcialidade*. Tal característica nada mais significa que os princípios não oferecem critérios abso-

⁸ Nas palavras de Ávila (2004, p. 63), deôntico-teleológicos.

lutos de decisão. A aplicação de um princípio, tal como afirmado por Dworkin, impescinde do uso de uma norma definitiva (geralmente uma regra) para a decisão particular; por isso são complementares. E são parciais porque, nesse mesmo sentido, apenas identificam uma parte da decisão a ser tomada, ficando a outra parte a cargo da norma específica.

Por fim, leciona Ávila (2004, p. 74) que a aplicação dos princípios demanda um exame sobre a correlação entre o estado de coisas promovido pelo princípio e as condutas humanas que têm o potencial de atingir tal fim. Apesar da confusão que gira em torno desse conceito, entende-se que, por ele, o recurso discursivo a um princípio constitui o fundamento de justificação para uma norma ulterior de efeitos concretos, dirigida à consecução do estado ideal de coisas tutelado pelo princípio.

Comentando a elaboração cunhada por Josef Esser nesse mesmo sentido, Ávila assevera que os princípios se distinguem das regras por um critério de qualidade: enquanto as regras emitem uma ordem direta, os princípios fundamentam e justificam a expedição de uma tal ordem direta. Nas palavras do professor brasileiro: “Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.” (2001, p. 6).

Por sua vez, no texto *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, Humberto Ávila (2001) apresenta outro conceito próprio para os princípios⁹, dessa vez com foco no critério do grau de abstração da prescrição normativa. Segundo tal critério, os enunciados dos princípios definem com menores exatidão e determinabilidade as ações concretas que conduzi-

9 “[...] pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. (ÁVILA, 2001, p. 21).

riam à materialização dos fins previstos e, além disso, apontam com grande generalidade os destinatários de sua disciplina (ÁVILA, 2001). Quer dizer, os princípios são aplicáveis a um número de sujeitos de direito indeterminado *a priori*, ao mesmo tempo em que são vazados em termos tais que possam fundamentar um espectro amplo de situações da vida. Por conseguinte, a indicação das condutas humanas concretas derivadas da aplicação de um princípio dependeriam, em grau muito mais acentuado, da intermediação de outras espécies normativas e da atitude hermenêutica do aplicador do direito. Tal critério ressalta, pois, a abstração e a generalidade das fórmulas linguísticas que veiculam princípios. Nesse sentido, são eles gerais e abstratamente enunciados.

Do escólio de Humberto Ávila, é possível ditar mais características próprias dos princípios: estatuição de finalidades e estados ideais de coisas; generalidade; abstração dos enunciados; complementariedade/parcialidade; justificação das condutas necessárias à consecução do fim estatuído.

Neste capítulo, em suma, puderam-se enumerar alguns elementos que compõem o conceito de princípio, consoante a doutrina escolhida, muito embora as limitações próprias do presente estudo tenham impedido uma análise mais aprofundada sobre questões, temáticas e controvérsias em torno da pauta.

Como se sabe, tais elementos foram convocados para conjugação com o conceito jurídico de autonomia individual, de modo a verificar sobre ser ela um princípio. A isto se voltará no tópico 4 do texto. Antes, porém, necessário lançar as bases sobre as quais se constrói a compreensão da autonomia para efeitos da presente investigação.

3 A autonomia individual

É notável a profundidade teórica e filosófica a que remetem as investidas científicas da humanidade no terreno da autonomia. Os estudos sobre autonomia contam com séculos de elaboração e

parecem estar em evolução constante, sob enfoques variados. No campo das ciências jurídicas, talvez as análises mais densas nesse sentido tenham partido do filósofo alemão Immanuel Kant.

Kant desenvolve, ao longo de quatro obras principais¹⁰, ideias que procuram conferir legitimidade às instituições jurídicas com base em conceitos éticos e morais. Convocando as lições de Rousseau sobre o contrato social, Kant inova nos fundamentos de constituição da sociedade e suas regras, ressaltando a liberdade como traço essencial. Enquanto em Rousseau a estrutura comunitária existe porque cada indivíduo tacitamente aceita e participa da elaboração das normas estabelecidas, em Kant a base da vida em sociedade pressupõe uma regra moral universal, que deve valer para todos, em quaisquer lugares e circunstâncias. Tal regra foi por ele designada de imperativo categórico e pode ser resumida no enunciado: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (1994, p. 101).

O imperativo categórico de Kant tem implicação necessária com os conceitos de autonomia e liberdade, na medida em que ressalta que a máxima moral (é dizer, a principal norma ética do universo) deve partir do próprio indivíduo, sem submissões a interferências externas. O imperativo categórico obriga a que os sujeitos morais formulem suas próprias leis com o fim de torná-las universais. E, nesse procedimento¹¹ racional de constituição de padrões éticos, não devem intervir fatores heterônomos. Pelo contrário, os juízos éticos individuais devem desprender-se de toda influência externa e construir-se apenas no indivíduo. Nem a coerção de elementos exteriores nem as inclinações dos desejos sensíveis da natu-

10 Todas elas publicadas durante a efervescência das revoluções liberais na Europa: *Crítica da razão pura* (1781), *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), *Crítica da razão prática* (1788) e *Filosofia do Direito* (1797).

11 “O imperativo é o procedimento para testar essas regras subjetivas, isto é, para testar sua capacidade de universalização. Daí vem a caracterização da moral kantiana como procedimental”. (TERRA, 2004, p. 12).

reza humana devem orientar a ação; esta deve surgir no indivíduo como respeito puro e simples à lei moral universal. E os sujeitos devem obedecê-la não porque querem ou porque lhes seja conveniente, mas porque assim *deve ser*.

É de acordo com essa regra moral e com apoio na ideologia liberal que o filósofo proclama os limites da liberdade individual e, por conseguinte, do exercício da autonomia: a liberdade de um termina onde começa a do outro. A liberdade tem, então, limitação recíproca (TERRA, 2004, p. 12). E esta limitação é instrumentalizada pelo Direito. Assim, liberdade, imperativo categórico e Direito estão fortemente imbricados, o que pode ser resumido na seguinte assertiva do filósofo alemão: “O Direito é a limitação da liberdade de cada um como condição de seu acordo com a liberdade de todos, enquanto esta [por sua vez] é possível segundo uma lei universal.” (KANT, 2004, p. 37).

Aí reside talvez o maior contributo de Kant às teorias da autonomia: a liberdade como autonomia, que significa o desprendimento do indivíduo tanto de fatores externos quanto de vontades internas no momento em que age. Para Kant, o exercício da autonomia é a liberdade mesma; as ações autônomas são aquelas formadas pelo indivíduo em obediência ao imperativo categórico, ou seja, em respeito à sua própria lei moral. A ação autônoma, para o pensador, caracteriza-se por

una sumisión a las leyes que el individuo ha hecho para sí. El hombre autónomo, en tanto es autónomo, no está sujeto a la voluntad de otro [...] En la medida que esta voluntad no se infecta de propuestas externas que pretendan domeñarla – voluntad heterónoma –, tendrá su inspiración en la propia razón y será autónoma. (Apud KOTTOW, 2007, p. 21-22).

Eis o conceito de autonomia anunciado por Kant, estritamente vinculado à observância do imperativo categórico:

A autonomia é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas, simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. (KANT, 1994, p. 85).

Tal conceito kantiano de autonomia tem dupla implicação. Primeiramente, há um critério racional para a ação, consubstanciado no procedimento de verificação a respeito da obediência ao imperativo categórico. Num segundo plano, descortina a ação autônoma perfeita, aquela que busca para si o que seria desejável para todos¹²⁻¹³.

Kant não concebe, entretanto, que a realização do imperativo categórico leve a um estado anárquico, em que cada um só faz o que deseja e apenas se sujeita a seus próprios critérios racionais. O filósofo insere na própria ideia de liberdade a noção de Direito.

O Direito é, em si, um instrumento de regulação social que impõe uma série de comportamentos aos indivíduos de forma coercitiva. Descumprir normas jurídicas resulta em consequências sancionadoras aplicadas pelo Estado. Ora, se há uma ameaça constante de sanção por parte do Estado para o caso de descumprimento de suas regras, como conciliar a existência mesma do Direito com as formulações kantianas, segundo as quais a verdadeira liberdade é fruto de decisões individuais estremes de ingerências exteriores?

12 “Poder querer para todos o que se quer para si é a máxima expressão da autonomia. Ser autor de leis universais para um ‘reino dos fins’ do qual fazemos parte como seres racionais e razoáveis é a máxima expressão da liberdade e dignidade.” (WEBER, 2012, p. 16).

13 O professor Thadeu Weber, da PUC do Rio Grande do Sul, bem sintetiza tal concepção kantiana: “Autonomia, portanto, significa escolher aquelas máximas que podem ser queridas como leis universais. A essência do princípio de autonomia é a sua função autolegisladora. Cumprir a lei da qual se é autor é o núcleo chave da concepção de liberdade como autonomia”. (WEBER, 2012, p. 17).

É que, para Kant, o Direito existe como expressão da liberdade e do respeito ao imperativo categórico. Vejamos por quê.

Kant harmoniza liberdade e coerção [heterônoma] desenvolvendo um raciocínio lógico de acordo com o qual as restrições advindas do Direito são uma extensão desta mesma liberdade. Consoante suas teorias, as normas jurídicas existem para combater as violações à autonomia dos indivíduos. Se o Direito existe para impedir ataques à liberdade, então também é ele exercício de liberdade. Confira-se o teor literal do pensamento do autor:

Tudo o que é injusto é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, mas a coerção é um obstáculo ou resistência que acontece à liberdade. Por conseguinte: se um certo uso da liberdade mesma é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (ou seja, é injusto), então a coerção que lhe é oposta como impedimento ao obstáculo da liberdade, está de acordo com a liberdade segundo leis universais, ou seja, é justa. (KANT, 1994, p. 231).

Portanto, o Direito é justo porque tem o condão de obstar aquilo que é injusto. No que concerne à legitimidade para a criação e imposição de normas jurídicas, Kant volta a Rousseau, aduzindo que a lei (norma jurídica) é fruto de um processo de expressão da vontade geral da comunidade, processo este de que participam os sujeitos de direito, consentindo com a produção legiferante. A liberdade jurídica kantiana pressupõe, pois, a participação popular no processo legislativo, sendo que os indivíduos não devem obediência a nenhuma lei externa, senão àquela com cuja formação consentiram e participaram (TERRA, 2004, p. 22).

Depois deste breve esboço das lições de Kant sobre autonomia, já é possível compreender que o elemento jurídico é resultado de um exercício de autonomia. Exercitando a autonomia individual, os sujeitos criam para si suas próprias normas, formulam as regras gerais da vida em sociedade e, assim, vivem em liberdade. Nas palavras do professor Ricardo Terra (2004, p. 24),

A salvaguarda do Estado consiste na maior concordância da Constituição com os princípios do Direito, que, por sua vez, se fundam na autonomia da vontade.

A exigência da autonomia percorre e dá unidade ao direito e à política, e também aponta para sua coesão com a ética, apesar de suas diferenças. Tanto a ética quanto o Direito afirmam o vínculo da liberdade com a lei na forma de obediência à lei que foi prescrita pelo homem para si mesmo. Desse modo, a coesão provém da unidade da razão prática.

Ora, a autonomia individual em Kant é o próprio fundamento do Direito. Qualquer intervenção externa na esfera de autodeterminação individual que não provenha desse processo de formação comunitária de normas jurídicas constitui ingerência ilegítima (injusta) na autonomia. Daí concluir-se que a autonomia individual reveste-se de inegável cariz jurídico-conformador, funcionando como substrato de legitimação de todo o ordenamento. Eis, portanto, sua força normativa, vinculante, que obriga os sujeitos de direito a respeitarem a autonomia do outro (como respeito e limitação à própria autonomia).

É justamente nessa linha de afirmação que o filósofo e jurista argentino Carlos Santiago Nino (2007) enuncia o princípio da autonomia individual, o qual considera um dos pilares das sociedades liberais. Para Nino, tal princípio engloba em si todas as liberdades individuais hodiernamente garantidas pelo Direito, de modo que se caracteriza por ser uma cláusula geral da liberdade de desenvolvimento da vida privada. A autonomia, então, representaria um repertório amplo de direitos ligados à liberdade, dos quais se destacam o direito à vida (essencial à manutenção de um projeto existencial), integridade física e psíquica, liberdade de desenvolvimento intelectual, liberdade de expressão, de crença, de manifestação artística e política, de associação, de trabalho, entre outros inúmeros.

O professor parte da premissa de que, se é desejável no mundo contemporâneo que os homens alcancem níveis de excelência de vida e que tais níveis sejam atingidos mediante a eleição de um *modus vivendi* próprio, não se pode tolerar intervenções nas deci-

sões tomadas pelos sujeitos de direito. Nesse sentido, cada um é dono de seu projeto de vida e pode levá-lo à concretude de acordo com seus próprios planos. É dizer, o Estado não deve intervir no planejamento privado das pessoas, a não ser para criar elementos facilitadores de consecução dos planos individuais e para reprimir a interferência de terceiros no sentido contrário.

No entanto, Nino percebe que as liberdades individuais devem ser limitadas, a seu próprio bem. Tal limitação encontra-se precisamente no que importe em interferência à liberdade alheia. Assim, proclama: “[a autonomia é] a liberdade de realizar qualquer conduta que não prejudique a terceiros” (2007, p. 223). O jurista considera, então, que, naquilo em que a conduta autônoma implique menoscabo do bem estar alheio, deve ser coibida e reprimida tanto pelo Direito quanto pelos outros indivíduos da sociedade. Eis o nível em que se pode restringir a autonomia: o princípio da autonomia individual, em Nino, só aceita restrições quando seu exercício afetar a autonomia de outrem.

Na seara da ética médica, muitas páginas já foram dedicadas ao estudo da autonomia, tendo em vista a aplicação peculiar que o instituto recebe no âmbito das decisões travadas entre médico e paciente quanto aos traços do tratamento clínico e da pesquisa biomédica.

Princípios de ética biomédica (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002), obra lançada em 1979, veiculou os fundamentos do princípio do respeito à autonomia. Para os autores bioeticistas da obra, a autonomia constitui-se

a regra pessoal do eu livre tanto de interferências controladoras por outros como de limitações psicológicas ou físicas (que impeçam decisões significativas) [...]. O indivíduo autônomo atua livremente de acordo com um plano por ele escolhido. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138).

Aprofundando-se no exame da autonomia, os bioeticistas elencam dois pressupostos da ação autônoma, sem os quais esta não se constitui. São eles a capacidade e a voluntariedade. A capacidade

está relacionada com a habilidade para fazer algo e, designadamente no princípio da autonomia, tem a ver com o *entendimento* das circunstâncias e consequências que envolvem determinada decisão; nesse sentido, estão no plano da capacidade, por exemplo, o desenvolvimento etário-biológico, a integridade física e psíquica e a posse das informações necessárias a um dado posicionamento. No campo da voluntariedade insere-se a livre manifestação da vontade do indivíduo decisor, a liberdade de agir, exigindo-se que esteja este insubmisso a coerção, manipulação ou persuasão.

Dessas breves linhas tracejadas em torno da autonomia pode-se inferir o papel fundante que ela representa na estruturação da vida comunitária, ao mesmo tempo em que se constitui referencial ético para as ações individuais. Exsurge, neste quadro, a normatividade da autonomia: a regra moral de respeito à autonomia confere fundamento de validade e legitimidade ao Direito, às leis escolhidas pela sociedade destinatária.

Considerando que, “em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade para além do próximo se traduzida para o código do direito” (HABERMAS, 1998, p. 144)¹⁴, tal regra moral é transfigurada em normas jurídicas que impõem (de forma cogente) não seja invadida a esfera individual alheia, senão onde a lei o autorize. Nesse sentido, um sistema jurídico (e, por assim dizer, uma organização social) que não esteja fundado na autonomia individual não se sustenta.

Resta a tarefa de extrair da Constituição Federal o normativo pertinente à autonomia e, nesta missão, caracterizá-la como princípio jurídico constitucional.

4 O princípio constitucional da autonomia individual

As primeiras linhas deste trabalho introduziram uma afirmação que deixou entrever o problema a que se volta a pesquisa: não

¹⁴ O trecho citado, originalmente em espanhol, foi traduzido livremente pelo autor.

há um dispositivo constitucional que dispense tratamento expresse à autonomia individual, o que levou ao questionamento sobre o *status* e o caráter da autonomia na ordem jurídica brasileira.

De fato, numa busca literal pelo termo no texto da Constituição de 1988, referência explícita à autonomia individual, a bem da verdade, não há¹⁵. Por óbvio, não significa isto dizer que o constituinte tenha desprezado a autonomia como valor a ser garantido pelas instâncias jurídicas do ordenamento brasileiro. Se a autonomia assume posição prevalente na organização do Direito de um Estado – como foi demonstrado no capítulo anterior –, naturalmente está inserida no estatuto jurídico fundamental deste Estado, mesmo que não veiculada em termos diretos.

Algo nesse sentido já foi delineado ao se observar a doutrina do professor Carlos Santiago Nino, que erige a autonomia a um dos pilares das organizações socioliberais. Santiago Nino, inclusive, nomeia a autonomia como princípio – embora não siga, aparentemente, o mesmo caminho metodológico que aqui se traça. O princípio da autonomia, em Nino, constitui um plexo de direitos de liberdade (ou, como já referido, uma cláusula geral de liberdades) que têm como conteúdo a vedação de interferências na esfera da subjetividade de outrem nos casos em que as atitudes autônomas não lesionem terceiros.

Entende-se que as ingerências externas no espectro de decisões autônomas são indevidas na medida em que teriam elas o potencial de desvirtuar os projetos existenciais legitimamente tra-

15 Encontra-se referência à autonomia político-partidária (art. 17, § 1º); à autonomia dos entes federativos (art. 18, *caput*); à autonomia municipal (art. 34, VII, c); à autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da Administração Pública (art. 37, § 8º); à autonomia administrativa e financeira dos órgãos de poder (art. 99, *caput*; art. 103-B, § 4º, I; art. 127, § 2º; art. 130-A, § 2º, I; art. 134, § 2º); à autonomia didático-científica das universidades (art. 207, *caput*); à autonomia dos entes federados e da sociedade civil quanto aos projetos culturais (art. 216-A, § 1º, VIII); à autonomia de organização das entidades desportivas (art. 217, I); e à autonomia tecnológica do País (art. 219).

çados, segundo as preferências e concepções próprias do decisor, num certo sentido eleito.

O traço normativo que se pode atribuir à autonomia com base nas considerações de Santiago Nino decorre de sua natureza de cláusula geral das liberdades. O comando jurídico de proteção da autonomia permeia todos os direitos de liberdade individual. Como já se afirmou no capítulo antecedente, a tutela da autonomia encontra-se vazada em diversos direitos de liberdade, desde o direito à vida, passando a tangenciar tantos outros quantos tenham a vocação de impulsionar os indivíduos à realização de seus objetivos pessoais. Seguindo a classificação tradicional que insere os direitos de liberdade na primeira geração/dimensão, pode-se dizer que todos os direitos desta categoria são direitos de autonomia, protegem as liberdades humanas em seu sentido de livre formação, manifestação e expansão.

Também pinçadas nessa noção de autonomia estão as restrições às liberdades, no exato sentido em que constituem proteção ao exercício da autonomia dos outros, nos termos do quanto já esboçado até aqui.

Outrossim, embora a autonomia esteja mais significativamente reconhecida nos direitos de liberdade, encontra-se também tutelada por meio dos direitos sociais, econômicos e culturais. Estes também estão presentes em numerosos aspectos da vida sobre os quais recaem projetos existenciais, a exemplo, marcadamente, dos direitos trabalhistas.

Enfim, é possível divisar normas jurídicas protetoras da autonomia individual em quaisquer dispositivos normativos de salvaguarda das liberdades humanas, quando voltadas a emantar os projetos de vida dos sujeitos de direito.

Numa outra formulação, os professores Luís Roberto Barroso e Letícia Martel (2012) identificam a autonomia individual com a dignidade da pessoa humana. Entendimento que, segundo afirmam, está subjacente às principais declarações de direitos humanos

do século XX e a inúmeras constituições promulgadas no pós-guerra (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 18). Os autores situam a dignidade como autonomia no sistema constitucional brasileiro e pontuam o contexto histórico de sua positivação:

[...] tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 28).

Os professores consideram que a promoção de uma existência humana digna perpassa, necessariamente, pelo respeito à autonomia individual e afirmam que a dignidade humana compreende uma dimensão de empoderamento (*empowerment*) das pessoas, de modo a oferecer-lhes elementos possibilitadores de decisões e ações ativas com vias a alcançarem seus objetivos existenciais. Para Barroso e Martel (2012, p. 18), a dignidade como autonomia “é a visão que serve de fundamento e justificação para os direitos humanos e fundamentais”.

Além disso, a identificação da dignidade com a autonomia constitui um feixe de variados direitos humanos de valorização do indivíduo e, simultaneamente, de preservação da estrutura social¹⁶. Nesta senda, a autonomia como dignidade satisfaz as perspectivas de consecução dos interesses individuais, com limites na ordenação comunitária.

Os autores, então, citam doutrina nacional que compartilha do posicionamento primacialmente autonomista da dignidade¹⁷ (embora

16 É como dizem os professores: “A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral”. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 21).

17 Entre outros, BORGES (2007, p. 146-147); e CUNHA (2005, *passim*).

advertam que tal posição não é majoritária), colacionando, também, jurisprudência estrangeira nesse mesmo sentido. Pela clareza com que define a dignidade humana como expressão da autonomia individual, convém mencionar trecho de decisão da Corte Constitucional da Colômbia, transcrita por Barroso e Martel (2012, p. 21):

“El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, *como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.* [...] Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”. [grifos no original]

O empoderamento que se promove aos sujeitos de direito por meio da valorização jurídica da autonomia é concretizado em quatro aspectos essenciais. Ei-los: capacidade de autodeterminação, condições para o exercício da autodeterminação, universalidade e inerência da dignidade ao ser humano (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 18).

A capacidade de autodeterminação é a expressão mais pura da autonomia, na medida em que denota o direito de tomar decisões próprias acerca de assuntos particulares, de ter o poder de definir seus projetos de vida e realizá-los de acordo com escolhas próprias. Esse aspecto da autonomia estabelece que os assuntos que digam respeito à esfera pessoal do sujeito sejam resolvidos por ele mesmo, sem interferências coercitivas, desde que não violem direitos de terceiro.

O segundo aspecto, relacionado com as condições para o exercício da autodeterminação, está imbricado com o instrumental necessário às ações autônomas. É dizer, afeta os meios e requisitos de que deve estar munido o indivíduo para que esteja apto a fazer decisões autônomas. Integram tal dimensão a integridade psicofísica, os meios materiais a utilizar, condições econômicas e educacionais etc.

A universalidade e a inerência são, por sua vez, intrínsecas à dignidade humana. Por elas se entende que condições de existência

digna devem ser oferecidas a todos os seres humanos, universalmente, sem distinção, e que todos os homens são credores de um tal tratamento pelo simples fato de serem pessoas. Na dignidade como autonomia, ambas as dimensões redundam em que a todos os seres humanos deve ser assegurado o respeito ao exercício da autonomia individual, também sem qualquer tipo de restrição *a priori*, sob pena de menoscabo à sua dignidade (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 19–20).

Barroso e Martel, no entanto, entendem que não é possível dar tratamento ilimitado e incondicional à autonomia dentro de uma sociedade multicultural, em que interesses e pretensões divergem, direitos entram em colisão e escolhas representam projetos de vida inconciliáveis. Quando é assim, o Estado precisa regular as restrições ao exercício da autonomia, de modo a manter a harmonia social. É preciso impor valores externos aos sujeitos. Contudo, ao contrário do que se poderia pensar, tal imposição não demonstra violação da dignidade humana ou da autonomia, antes, senão, uma forma de proteção de ambos os institutos (2012, p. 21–22). Sempre que possível, porém, deve-se dar preferência, e ao máximo, à autonomia individual.

Dignidade e autonomia andam, assim, num compasso estreito, tutelando-se uma por meio do respeito à outra; promovendo-se aquela com base na máxima afirmação desta.

Nesse mesmo sentido entende o constitucionalista Ingo Sarlet (2009, p. 30), que vê na autonomia e na autodeterminação uma das dimensões da dignidade, na medida em que fornecem condições de o indivíduo tomar decisões sobre os aspectos mais relevantes de sua existência.

O mesmo percurso é trilhado pelo professor Thadeu Weber (2012, p. 15), ao afirmar que autonomia e dignidade humana são conceitos intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados e que a autonomia é o fundamento da liberdade e da dignidade. O

professor extrai do imperativo categórico kantiano a razão de ser da dignidade humana e da autonomia. Nesse caminho, sustenta que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, não por outro motivo senão pelo simples fato de ser possuidor de dignidade. Os homens gozam de dignidade intrínseca e, por isso, devem ser considerados fins em si mesmos. É clara a citação do autor:

[...] somos conduzidos pelo imperativo categórico a nos considerarmos, a nós e aos outros, sempre como fim. Por que não posso usar o homem, na minha pessoa, simplesmente como meio, mas tão somente como fim em si mesmo? A resposta é categórica: porque ele tem dignidade. (WEBER, 2012, p. 20).

O próprio Kant sintetiza esta concepção, ao aduzir: “O fundamento da dignidade é a capacidade de fazer a lei universal e de agir segundo o princípio da autonomia.” (Apud WEBER, 2012, p. 20).

Bem de ver que a aproximação entre dignidade humana e autonomia evidencia a face normativa desta, uma vez que aquela representa o ponto de convergência a que devem estar mirados todos os direitos institucionalizados. Ora, se a dignidade da pessoa humana foi alçada a fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal), e nela está intrinsecamente albergada a autonomia individual, é de se considerar seja esta também um parâmetro normativo fundamental, a que deve reverência o sistema de normas infraconstitucionais e em cujo contexto devem ser analisados os demais preceitos da Constituição.

Logo, a autonomia individual tem indiscutível resguardo jurídico-constitucional, veiculado pelos dispositivos que garantem as liberdades e a dignidade da pessoa humana.

Considerando-se que a autonomia é norma jurídica, insta alocá-la numa das categorias normativas elencadas pela doutrina e já referenciadas no item 2 deste texto. Trilhando o caminho metodológico escolhido para a conclusão da ideia central do artigo, e uma

vez já conhecidas as propriedades caracterizadoras dos princípios jurídicos, passa-se a verificar se a autonomia individual corresponde a tais caracteres, de modo a poder ser classificada como princípio.

A primeira característica anunciada dos princípios vem do escólio de Ronald Dworkin e diz com a dimensão de peso. Reconhecer uma dimensão de peso à autonomia significa atribuir-lhe uma relevância relativa diante dos casos em que pode ser aplicada. Recorrer à autonomia como critério decisório não oferece uma resposta definitiva em torno da questão posta. Antes, imprescindível que a autonomia seja colocada em cotejo com outros fatores também tidos por importantes; que seja ela balanceada, de modo a averiguar se realmente possui peso prevalente frente aos outros parâmetros de decisão.

Tal característica da autonomia é, de fato, inescapável. Talvez nenhum outro valor das sociedades contemporâneas tenha em si tão expressiva dimensão de peso. Aplicar a autonomia individual em um determinado caso concreto – é dizer, usá-la como argumento de decisão – não pode, de modo algum, pressupor um processo definitivo e absoluto. E isso se explica pelo próprio conceito de autonomia que se vem aqui desenhando: a autonomia individual deve ser sopesada quando em confronto com a esfera autônoma de outros sujeitos. Não se pode atribuir à autonomia uma aplicação do tipo tudo-ou-nada, pois as ações autônomas, por sua própria essência, estão limitadas pelo exercício da autonomia dos outros. De acordo com todos os doutrinadores reunidos neste estudo, é inerente à noção de autonomia sua autolimitação em face da autonomia alheia. Logo, estão compreendidas em seu próprio conceito a potencial cedência, a importância relativa e a aplicação gradual. Todas essas características correlacionam-se com a dimensão de peso prescrita por Dworkin.

Nessa mesma linha, pode-se também afirmar que a autonomia não é absoluta. Não se pode conferir prevalência às ações autônomas individuais em todo e qualquer caso. Obviamente, a

autonomia de um sujeito deve ceder quando ponha em risco valores comunitários ou mesmo individuais que se apresentem mais importantes. Resta claro que, em muitos aspectos da vida social, as escolhas autônomas não podem nem devem ser respeitadas sem qualquer tipo de concessão.

Por não ser absoluta, a norma da autonomia individual precisa ser ponderada; deve ser confrontada com os outros critérios de decisão para efeitos da verificação sobre sua preferência. Quer dizer, é preciso submetê-la à ponderação, à máxima da proporcionalidade, para efeitos de se estabelecer, depois de um procedimento racional-argumentativo, seu peso relativo e a possibilidade de ter maior importância no caso sob exame.

Assim é que a autonomia individual satisfaz os critérios de Dworkin quanto à caracterização dos princípios: tem dimensão de peso, é relativa e ponderável.

De acordo com os elementos dos princípios construídos por Robert Alexy, estes são mandamentos de otimização. É possível atribuir à autonomia individual tal caráter. Com efeito, a autonomia estabelece em si um comando voltado a um dever (obrigação de respeito às regras sociais que vazem a autonomia pública, por exemplo), uma proibição (não turbar a órbita da autonomia alheia) ou uma permissão (poder agir autonomamente); é, portanto, um mandamento. Mandamento este que estipula serem respeitadas as ações autônomas o máximo possível diante de dadas circunstâncias fáticas e jurídicas; quando seja possível agir autonomamente, dentro das balizas em que se possa agir assim, a ação deve poder ser o mais autônoma possível.

Outrossim, a autonomia encontra-se inserida em relações de precedência condicionada. Dentro de certas condições, pode ter preferência (precedência) na aplicação e sob condições diversas pode perder tal aplicação preferencial. Isso é muito evidente nas situações em que a autonomia se autorregula de acordo com o

respeito à autonomia alheia e com os objetivos de organização e manutenção da ordem social.

Logo, a autonomia é, sem dúvida, um mandamento de otimização.

Sobre constituir uma razão *prima facie*, no conceito de Alexy, à autonomia deve ser reconhecida uma função de fornecer argumentos racionais para a aplicação de alguma norma concreta específica, ao invés de consistir ela mesma na norma definitiva a ser aplicada. Nisto, também se pode dizer da natureza principiológica da autonomia. Como já mencionado, uma decisão pautada na autonomia não tem (nem pode ter) vieses de definitividade. A autonomia não se aplica por subsunção. As normas jurídicas constitucionais que veiculam mandamentos de autonomia não prescrevem uma consequência imediata que se segue à aplicação da norma.

Ora, não existe um rol rígido e prestabelecido de fazeres específicos que valorizem a autonomia individual. Em muitas ações da vida cotidiana são externalizadas condutas autonômas autorizadas pelo direito, mas cuja autorização não decorre, necessariamente, de um dispositivo especificamente enunciado para aquele dado fim. Tal panorama parece, inclusive, inviável. E mesmo que isso venha a acontecer em alguns casos, a vocação primordial da autonomia individual é, justamente, oferecer razões que orientem a tomada de decisões concretas que satisfaçam suas finalidades antepostas.

Por constituir um mandamento de otimização e uma razão *prima facie* de decisões, também segundo Alexy, a autonomia individual é um princípio.

Tomando por marco as definições de princípio de Humberto Ávila já colocadas, tem-se uma primeira característica: princípios são imediatamente finalísticos. Na tarefa de adequar tal concepção à autonomia, ver-se-á que as normas jurídicas que a enunciam não determinam posturas concretas dos seus destinatários, como,

aliás, já se referiu linhas atrás. Pelo contrário, procuram estabelecer uma finalidade ideal para a sociedade; delineiam um estado ideal segundo o qual as ações autônomas devem ser praticadas.

Deveras, como ficou assentado nos escritos feitos até aqui, a autonomia é um instituto fundante dos estados sociais. Em seu bojo se estruturam o direito, as relações sociais e os principais valores abraçados pela sociedade como imprescindíveis ao seu desenvolvimento – como é o caso, por exemplo, da dignidade humana. Construir quadros em que a autonomia individual se realize é, portanto, um objetivo elementar em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, em que se estatui a dignidade da pessoa humana como fundamento e se garante um extenso rol de liberdades públicas aos sujeitos. Tendo em vista a aproximação axiológica entre a autonomia, liberdades individuais e dignidade, não seria temerário afirmar que a promoção de ações autônomas é um fim do Estado brasileiro. Considera-se ideal traçar situações concretas em que as pessoas possam agir autonomamente.

A autonomia individual, nessa posição, muito antes de ditar comportamentos específicos, define um norte, uma aspiração da sociedade brasileira. E isto é característico dos princípios.

Nesse sentido, também se pode afirmar que a autonomia ventila programas de decisões que poderão ser tomadas em casos futuros, podendo ser taxada de primariamente prospectiva. Com isso se quer dizer, na esteira de Humberto Ávila, que os dispositivos normativos protetores da autonomia não têm um perfil precipuamente subsuntivo, em que se prescrevem todas as situações concretas necessárias à aplicação da norma, senão que os elementos que constituem os tipos normativos da autonomia são descritos de forma tal, que possam ser aplicados a diversas situações ainda não previstas que se projetem no futuro (*future-regarding*).

A complementariedade e a parcialidade são ínsitas ao conceito de autonomia que se vem esboçando até aqui. O uso da autonomia

como substrato normativo não é exclusivo; precisa-se de norma particular para concretizá-la. Uma ação autônoma concreta não se perfaz com lastro, tão somente, nos dispositivos constitucionais pertinentes, mas em conjunto com uma norma singular. São, ambas, complementares entre si. Da mesma maneira, os critérios de decisão fornecidos pelas normas constitucionais da autonomia são parciais. Após sua aplicação, o intérprete precisa lançar mão de outros recursos normativos para definir quais os comportamentos humanos que privilegiam a autonomia individual. Tal qual ocorre com os preceitos sobre liberdades públicas e sobre a dignidade da pessoa humana, não há numa disposição garantidora da autonomia como um resultado prático pronto. Nessa dimensão, é parcial.

É possível também afirmar que a autonomia detém graus de abstração e generalidade acentuados. A abstração diz com as inúmeras situações da vida a que se podem aplicar preceitos normativos respeitantes à autonomia individual, de forma que o enunciado em que se inscreve não prevê quais os fatos particulares da vida que serão regulados por sua disciplina. Por sua vez, quanto à generalidade, os sujeitos de direito sobre os quais recaem os dispositivos da autonomia não podem ser determinados de antemão; todos, em geral, são potenciais destinatários concretos de tal norma.

Por fim, no que concerne à justificação, as normas jurídicas veiculadoras de programas da autonomia individual precisam manter correlação com as normas concretas que estipulem condutas específicas ao atingimento do fim pretendido. É dizer, o uso da autonomia como critério racional de decisão deve conduzir a um enunciado particular onde esteja contido o conteúdo exato da ação autônoma autorizada na espécie. Este predicado parece, realmente, ser distintamente aplicável à autonomia individual, na medida em que o discurso da autonomia na Constituição tem o condão de dirigir a interpretação do decisor a alguma norma de efeitos concretos.

Também, levando em conta as lições de Humberto Ávila, a autonomia é um princípio.

À luz das breves explicações que foram feitas até aqui, cabe afirmar a autonomia individual como verdadeiro princípio jurídico, visto que atribuíveis a ela os caracteres elementares dos princípios em geral. Pode-se, pois, enunciar o princípio da autonomia na Constituição Federal de 1988.

A consideração da autonomia como princípio constitucional não se restringe ao âmbito da retórica ou da teoria; há fortes implicações práticas que se retiram de tal afirmação. A inserção da autonomia individual no plexo da Constituição traz em si consequências para os aplicadores do direito, das quais não podem refugir sem o devido ônus argumentativo. A isso será dedicado o fechamento do estudo.

5 Conclusões

Se é possível estabelecer determinados qualificativos dos princípios jurídicos à luz do que revela a doutrina majoritária que se lança sobre o assunto, um esboço nesse sentido foi feito no item 2 deste texto, em que, com base em levantamentos retirados das principais obras de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila, foram arrolados elementos próprios do conceito de princípio, de maneira a dar respaldo à pretensão de caracterizar, de um modo geral, os princípios jurídicos como tipo normativo.

Munido desse objetivo inicial, o artigo anunciou um perfil geral para os princípios. O passo seguinte foi procurar tal perfil para a autonomia individual. Com base nos escritos de Immanuel Kant, a autonomia foi posicionada na lei moral universal (o imperativo categórico) e, daí, descrita como fundamento das organizações sociais e, notadamente, do Direito, no exato sentido em que constitui o âmbito de ações individuais livres e permite a constru-

ção de limites reguladores de tais ações como fruto de um processo decisório assentido por todos os membros da comunidade.

Ancorada nos estudos de bioética de Tom Beauchamp e James Childress, a autonomia foi desenhada em sua ideia essencial de liberdade de autodeterminação, condução da vida de acordo com decisões próprias, construção das leis individuais pelo próprio sujeito e respeito a tal liberdade, desde que não constitua invasão na esfera da autonomia subjetiva de outrem. Nesse mesmo sentido, as ideias do jurista argentino Carlos Santiago Nino, que manifesta a autonomia dentro desses mesmos parâmetros, acrescentando ser ela expressão de todas as liberdades individuais.

Por último, foi afirmado o caráter normativo-constitucional da autonomia, estando ela vazada em diversos termos inseridos na Constituição Federal, designadamente nos direitos de liberdade e na cláusula da dignidade da pessoa humana.

Com tal *status*, passou-se a averiguar acerca da pertinência entre os caracteres da autonomia individual e aqueles próprios dos princípios jurídicos. Ao final, constatou-se o cabimento da categorização da autonomia individual no rol de tais espécies normativas, porque observados, nos dispositivos constitucionais disciplinadores da autonomia, os predicados atribuíveis aos princípios.

O princípio da autonomia individual – assim já se pode dizê-lo – reveste-se de grande relevo normativo no ordenamento jurídico brasileiro. Reconhecer sua existência e sede constitucional significa atribuir-lhe posição notavelmente preeminente em face das demais normas do sistema. E a conclusão ultrapassa as consequências meramente teóricas. Sendo, como é, norma constitucional principiológica, mister atribuir à autonomia as qualidades de supremacia inerentes a tais preceitos.

Num primeiro plano, os dispositivos constitucionais de proteção da autonomia individual gozam de estatuto hierárquico supe-

rior na compleição do ordenamento jurídico brasileiro, devendo prevalecer sempre que em confronto com o tecido infraconstitucional. A autonomia deriva da constituição e, por isso, não pode ser sacrificada em prol de direitos previstos abaixo desta.

Num segundo aspecto, os padrões jurídicos estipulados pela autonomia devem servir como parâmetro para a aferição da constitucionalidade das demais leis e atos normativos do Poder Público, devendo ser extirpadas do ordenamento aquelas disposições que contrariem a autonomia individual, em suas variadas manifestações. Bem assim, os processos hermenêuticos aplicados para as normas asseguradoras da autonomia devem ser constitucionalmente balizados, buscando-se resultados interpretativos que privilegiem a máxima efetividade das normas de autonomia, a interpretação conforme seus preceitos, a unidade e a concordância prática entre eles etc.

Como fundamental ao sistema jurídico-constitucional brasileiro, a autonomia ainda é acobertada por cláusulas de intangibilidade normativa. Assim é que está protegida dos processos reformadores do constituinte derivado, incluindo-se no núcleo de superrigidez instituído pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. As disposições sobre a autonomia individual são, pois, cláusulas pétreas, jamais revogáveis sob a égide desta mesma ordem estatal.

Há, ainda, muitas outras implicações práticas extraíveis da consideração da autonomia individual no texto da Constituição de 1988 que não cabem aqui referir – a exemplo da aplicabilidade imediata de seus preceitos (art. 5º, § 1º) e da eficácia horizontal a eles atribuível.

O que se pretendia clarificar – e se crê tê-lo feito – era a caracterização dos princípios jurídicos e a categorização da autonomia individual como princípio. Resta ao hermenêuta e ao aplicador do direito utilizar esses dados para conferir concretude à ampla tutela dispensada pela Constituição ao princípio da autonomia.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, n. 4. Salvador: CAJ, 2001.

———. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais* (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COLT, Henri. Autonomía e identidad practica – pilares de la conducta ética de los médicos. *Medicina*. Buenos Aires (Argentina), v. LXVI, 2006.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana – o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Textos selecionados*. São Paulo: Abril, 1994.

———. *Metafísica dos costumes: parte II. Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KOTTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Bogotá (Colômbia): UNESCO. Red latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos; un ensayo de fundamentación*. 2. ed. rev. aum. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

WEBER, Thadeu. Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant. In: UTZ, Konrad; BAVARESCO, Agemir; KOZEN, Paulo Roberto (Org.). *Sujeito e liberdade: investigações a partir do idealismo alemão*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

Uma leitura constitucional do inquérito civil

Ulisses Dias de Carvalho

Procurador do Trabalho. Mestre em Direito pela UNICAP/PE, especialista em Direito Processual Civil pela UNICAP/PE, especialista em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília/DF e especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

Resumo: O presente estudo analisa a teoria criada sobre o inquérito civil com base em um paradigma constitucional, no qual se reconhece uma normatividade forte dos princípios que instrumentalizam direitos fundamentais. Como resultado da análise, observou-se a extrema dificuldade em se defender a manutenção da clássica teoria do inquérito de natureza civil, na medida em que se mostrou inviável sustentar uma atuação legítima do Ministério Público sem a sua abertura aos princípios processuais constitucionais. Com fundamento nessa nova leitura, esse instrumento processual deixa de ser tido como mero procedimento facultativo e inquisitorial, destituído de maiores formalidades, cujo objetivo é apenas o levantamento de dados para o ajuizamento de ação judicial e passa a ser visto como verdadeiro processo administrativo necessário para a solução extrajudicial de conflitos coletivos.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Inquérito civil. Princípios processuais constitucionais.

Riassunto: Il presente studio analizza la teoria creata sull'inchiesta civile a partire di un paradigma costituzionale, nel quale si riconosce una forte normatività dei principi che strumentalizzano i diritti fondamentali. Come risultato dell'analisi, si è osservata la massima difficoltà nel difendere la conservazione della teoria classica dell'inchiesta di natura civile, nella misura in cui si è

mostrato impraticabile sostenere una attuazione legittima del Pubblico Ministero senza la sua apertura ai principi processuali costituzionali. Da tale nuova lettura, questo strumento processuale cessa di essere considerado come semplice procedimento facultativo e inquisitorio, esautorato di grandi formalità, il cui obiettivo è solo la raccolta di dati per la decisione di azioni giudiziali e passa ad essere visto come vero processo amministrativo necessario per la soluzione extragiudiziale dei conflitti collettivi.

Parole chiavi: Costituzionale. Amministrativo. Indagine civile. Principi processuali costituzionali.

Sumário: 1 Introdução. 2 Doutrina e jurisprudência sobre o inquérito civil. 3 O inquérito civil sob o enfoque constitucional-processual. 3.1 Processo e procedimento: uma visão constitucional. 3.2 O conteúdo do princípio do contraditório. 3.3 O formalismo do inquérito civil. 3.4 A facultatividade do inquérito civil e o princípio do promotor natural. 4 Conclusões.

1 Introdução

Faz parte do senso comum teórico dos juristas atribuir ao inquérito civil, instrumento criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP) e alçado ao nível constitucional pelo art. 129, inciso III, da Constituição da República de 1988, a natureza de mero procedimento administrativo, destituído de maiores formalidades, em que não se faz necessária a aplicação do direito fundamental do contraditório, na medida em que não se impõe a quem é investigado nenhum gravame relevante ou sanção jurídica. Nessa perspectiva, ele seria apenas um instrumento extrajudicial para coleta de provas que viabilizaria a propositura de uma demanda judicial coletiva por parte do Ministério Público.

A questão que se discute neste texto é que toda a teoria criada sobre o referido instituto foi produzida antes da edição da Carta de 1988 e não foi reformulada a fim de se adequar aos novos paradigmas constitucionais. Em sua maioria, os autores consultados

limitam-se a repetir um discurso criado antes de 1985, fortemente influenciado pela teoria do inquérito policial, que era marcada pelas limitações de uma legislação editada durante a vigência do Estado Novo, período político caracterizado pela centralização de poder, nacionalismo e autoritarismo.

Assim, com base em uma perspectiva garantista do Direito, que se preocupa com uma interpretação democrática do Direito e com a concretização dos direitos fundamentais e objetiva garantir o respeito à integridade e à coerência do Direito e a possibilidade de que os cidadãos tenham seus conflitos solucionados com fundamento na Constituição, propõe-se o estudo do inquérito civil por meio da construção de um discurso jurídico-político que amplie o tradicional conceito dado ao referido instrumento processual, fazendo uma análise crítica da doutrina e jurisprudência predominantes.

Tentar-se-á demonstrar que o inquérito civil, para além de mero *procedimento investigatório informal e não contraditório*, por meio do qual o Ministério Público angaria elementos de convicção para a celebração de compromisso de ajuste de conduta ou para o ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, constitui-se em um importante instrumento de resolução extrajudicial dos conflitos de natureza coletiva, dando ensejo à proteção e efetivação de eventuais direitos fundamentais que sejam objeto de controvérsia, assim como ferramenta legitimadora da atuação do *Parquet*, na medida em que abre a possibilidade de discussão para tomada da melhor decisão possível em conflitos coletivos e demonstra a inexistência de conflito entre o seu *modus operandi* e o seu mister constitucional, qual seja, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, evitando-se atuação sistemicamente paradoxal.

A hipótese que será desenvolvida é bastante simples, mas absolutamente contrária ao discurso majoritário: em decorrência do reconhecimento de uma normatividade forte da Constituição Republicana de 1988, que tem como consequência o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não é lícito ao intérprete se valer de subterfúgios linguísticos para afastar a incidência

de garantias constitucionais do cidadão, razão pela qual o inquérito civil, a partir da edição da referida Carta Constitucional, não pode mais ser entendido como mero procedimento informal, inquisitorial, cuja finalidade é angariar elementos para o ajuizamento de ação civil pública, tal como faz a doutrina nacional majoritária.

O presente texto apresenta-se subdividido em duas partes: na primeira, é delineado o *estado da arte* teórico do inquérito civil, com a exposição dos principais contornos doutrinários e jurisprudenciais sobre o aludido instrumento processual. Em seguida, são lançados argumentos críticos sobre o instituto, que acabam por demonstrar a insuficiência do modelo teórico dominante.

Desde logo, deixemos claro que não defendemos a aplicação da estrutura dialética do processo judicial (cujos pressupostos e finalidades são absolutamente distintos) ao inquérito civil, apesar de, em determinados momentos, fazermos uso de teses criadas para o processo civil, ramo do direito dentro do qual a teoria do processo foi muito melhor desenvolvida. O que se busca responder neste artigo é se, diante da elevada missão reservada ao Ministério Público pela Carta Constitucional de 1988, e levando em consideração a necessidade de integridade e coerência do direito, ainda é possível defender a qualificação de seu principal instrumento de atuação extrajudicial como procedimento não contraditório e facultativo.

2 Doutrina e jurisprudência sobre o inquérito civil

Luis Alberto Warat (1994, p. 57) afirma que o discurso jurídico, sob o paradigma liberal-individualista, é sustentado por um conjunto de saberes acumulados, apresentados por meio de práticas jurídicas institucionais, que expressam representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, sociais, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares aceitos pelos juristas em suas atividades por meio da dogmática jurídica. Em outras palavras, existiria um conjunto de crenças, valores e justificativas que legitimaria o

discurso adotado em uma determinada comunidade jurídica. É o que ele chama de *sentido comum teórico dos juristas*.

Para Lenio Streck (2009, p. 66), a existência desse sentido comum teórico afasta do aplicador do direito uma faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra espécie. O direito partiria de uma significação dada ou construída pelo sentido comum teórico, que possui um conhecimento axiológico que reproduz valores, mas não os explica. Essa falta de explicação conduziria a uma espécie de *conformismo* dos operadores do direito.

Essa poderosa força da manutenção do *status quo* parece ser a razão por que a doutrina do inquérito civil resiste em qualificá-lo como mero procedimento de natureza administrativa, inquisitorial, unilateral e público (SOUZA, 2011, p. 171). É marcado pelo caráter não contraditório (MAZZILI, 2009, p. 448), pela informalidade e pela facultatividade, servindo apenas para levantar elementos para o futuro ajuizamento da ação civil pública (GARCIA, 2008, p. 289; Mancuso, 1999, p. 111).

Dissertando sobre o princípio do contraditório, Nelson Nery Junior (2000, p. 135-136) defende que o dito princípio não se aplica aos inquéritos policial e civil, pois não são casos de processo administrativo, mas de simples procedimento inquisitório com finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa, eventualmente, promover a ação penal ou civil, não se destinando à aplicação de sanção contra o investigado.

Sintetizando o discurso predominante sobre a matéria, Mazzilli (2007, p. 189-204), que é repetido por praticamente todos os comentaristas do tema, ensina que:

O inquérito civil é procedimento investigatório não contraditório; nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se sua informalidade.

Como as investigações nele produzidas têm caráter inquisitivo, é relativo o valor dos elementos de convicção hauridos no inquérito civil, da mesma forma que no inquérito policial. Assim, pode haver aproveitamento daquilo que seja harmônico com a instrução judicial, não do que seja infirmado por provas colhidas sob o contraditório.

A instauração do inquérito civil sequer é pressuposto processual para que o Ministério Público compareça em juízo: o inquérito pode ser dispensado se já existirem elementos necessários para propor a ação. Recomenda-se, porém, seja desde logo instaurado ao iniciar-se uma investigação, para evitar-se o mau vezo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum.

Os nossos tribunais superiores adotam esse mesmo posicionamento no que se refere ao conceito e aos limites do inquérito civil.

Para o Supremo Tribunal Federal, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, que possui natureza administrativa, de caráter pré-processual, que somente se destina à colheita de informações para propositura da ação civil pública (ED no RE n. 481.955/PR, *DJ* de 26 maio 2011, entre outros).

A estreita vinculação entre o inquérito civil e o inquérito policial, bem como o seu caráter pré-processual, foram objeto de apontamento pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 1285/SP (*DJ* n. 58, de 23 mar. 2001).

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma orientação: para esta Corte, apesar de ser aconselhável a instauração do inquérito civil como forma de controle do Ministério Público, evitando-se, com a investigação prévia, que se dê à demanda civil um cunho individual do representante ministerial que nela atua, ele possui natureza jurídica de procedimento inquisitorial facultativo, cuja repercussão no processo judicial é meramente relativa, pois as provas nele produzidas podem ser contrastadas com contraprova colhida sob as garantias do contraditório, passando a ocupar posição de hie-

rarquia superior (REsp n. 476.660/MG, DJ de 4 ago. 2003; REsp n. 644.994/MG, DJ de 21 mar. 2005). Ademais, a prova coletada inquisitorialmente não pode ser afastada pela mera negativa da parte interessada, cabendo ao magistrado, no seu livre convencimento, sopesá-la (REsp n. 476.660/MG, DJ de 4 ago. 2003).

Para o STJ, o inquérito civil público é procedimento informativo que tem por fim formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva (RMS n. 21.038/MG, DJ de 1º jun. 2009).

A despeito de ter reconhecido a sua natureza informativa, em que não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Primeira Turma do STJ declarou ser direito do advogado do inquirido ter acesso aos autos do inquérito civil, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Assim, é reconhecido ao investigado o direito de *ciência* dos elementos já documentados nos autos e que lhe digam respeito, para fim de estrita defesa do acusado (HC n. 123.343/SP, DJe de 9 dez. 2008 e RMS n. 28.949/PR, DJ de 26 nov. 2009).

O Tribunal Superior do Trabalho, na mesma linha das outras cortes superiores, entende que as provas produzidas em inquérito civil, ante sua natureza e suas características inquisitiva, pública e autoexecutável, possuem valor relativo, em função da não obrigatoriedade do contraditório. Essas provas poderiam ser afastadas por contraprova de valor superior, a saber, aquela produzida em juízo, sob o amparo da referida garantia constitucional (RO n. 2266-62.2011.5.04.0000, DEJT de 8 nov. 2012).

A Corte também declarou a existência da presunção de legitimidade dos documentos produzidos no inquérito civil, à luz do disposto no art. 364 do Código de Processo Civil, não bastando ao réu, para a sua desconstituição, a singela impugnação (RR n. 57600-73.2005.5.06.0105, DEJT de 13 ago. 2009).

De todo o exposto, observa-se que o inquérito civil, como instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, é caracterizado pela doutrina majoritária e jurisprudência de nossos tribunais como uma mera oportunidade, *absolutamente facultativa*, dispensável até, para a coleta unilateral de provas para futura demanda judicial. O contraditório nele é dispensado, apesar de, como documento público que é, presumirem-se legítimos e verdadeiros os fatos apurados na via administrativa. O inquirido possui direito de vista dos autos do inquérito civil, mas não lhe é formalmente concedida oportunidade para se manifestar e influenciar a decisão do membro ministerial.

Essas contradições teóricas serão objeto de análise a seguir, ocasião em que tentar-se-á comprovar a incorreção da teoria dominante acerca do inquérito civil, ante a sua incongruência com os princípios regentes do Estado Democrático de Direito, com os princípios que vinculam o Ministério Público e com uma visão constitucional de processo.

3 O inquérito civil sob o enfoque constitucional-processual

Segundo o discurso dominante, a esse importante instrumento de ação extrajudicial colocado à disposição do Ministério Público, inicialmente, pelo art. 8º da Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/1985) e, posteriormente, alçado ao nível constitucional (art. 129, inciso III, da Constituição Federal), dentro do qual se exerce importante parcela da soberania estatal, a saber, a proteção administrativa de interesses e direitos coletivos (*lato sensu*), não se aplicam determinados direitos e garantias fundamentais. Apesar do indiscutível exercício de poder público (que, contemporaneamente, traz em si ínsitas limitações em prol da cidadania), as imprescindíveis funções institucionais reservadas ao *Parquet*, quando instrumentalizadas no inquérito civil, parecem não tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial, na medida em que o dito instituto constitui-se, conforme visto, em mero proce-

dimento administrativo, do tipo inquisitorial, unilateral, que não está vinculado ao princípio do contraditório, por não se constituir em processo administrativo.

Ocorre que, a despeito de os Estados-Nação não mais se constituírem como fundadores de referências sociais, por conta da ruptura da noção de dois de seus grandes referentes, a saber, a terra, ante o *esfacelamento das fronteiras nacionais*, e o povo, em razão da *multiculturalidade das populações* (DUFOUR, 2005), de sua *fragmentação política* decorrente da chamada Nova Ordem Mundial, em que os Estados são reduzidos a papéis cada vez menos relevantes, em razão da desregulamentação, liberalização, flexibilidade, fluidez e facilitação das transações comerciais, limitando-se a garantir um nível mínimo de ordem necessária para a realização de negócios (BAUMAN, 1999, p. 76), e apesar da *transnacionalidade dos conflitos* que envolvem direitos fundamentais (NEVES, 2009), parece inegável que essa forma de organização do poder *ainda* permanece firme no seu intuito de organizar e dirigir a sociedade. *Ainda* é sob a batuta do poder estatal minimamente centralizado que as sociedades modernas vêm se desenvolvendo. Para tanto, foi criado um projeto de construção da sociedade, no qual foram incorporados compromissos ético-comunitários: a Constituição.

É por meio da Constituição que ocorre a revelação normativa do *consenso fundamental*, que se confere *legitimidade* a uma ordem política e se dá legitimação aos respectivos titulares do poder político, bem como se garantem formalmente direitos e deveres para os indivíduos e são estabelecidas formas de distribuição e limitações ao exercício do poder, fora dos quais o dito exercício se torna ilegítimo (CANOTILHO, 2007, p. 1438-1441). Esses direitos fundamentais passam a constituir os contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivas (NEVES, 2009, p. 57). Assim, Estado de Direito, direitos fundamentais e democracia tornam-se conceitos que *se complementam e se autolegitimam*, a ponto de se afirmar que a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização

dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 37). E tudo isso afeta diretamente a forma como a Administração Pública, por meio de seus órgãos e instituições, forma e manifesta a sua vontade.

É dentro desse contexto que surgem *instituições de controle*, como o Ministério Público, que, no Brasil, tem a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, foram colocados à disposição da instituição diversos instrumentos jurídicos que viabilizam o cumprimento de seu mister, consoante se pode verificar das normas estampadas nos incisos I, III, IV, VI e VIII do art. 129 da Carta Constitucional.

Observe-se que todos esses instrumentos servem para o fiel desempenho daquelas funções superiores previstas no *caput* do art. 127 da Constituição, a saber, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E, como não poderia ser diferente, o MP também deve obediência ao rol de Direitos e Garantias Fundamentais previsto na Constituição, sob pena de ruptura do sistema jurídico: a instituição responsável pela defesa do regime criado pela Constituição não deve atentar contra os seus valores e limites, pois a racionalidade do direito de um país exige uma consistência constitucional do sistema jurídico (NEVES, 2009, p. 64).

Assim, em um paradigma em que se busca a consolidação da democracia como um dos vetores do Estado contemporâneo, não há mais como o Estado impor suas decisões de forma unilateral, sem prévia oportunidade de diálogo, uma vez que os valores democráticos exigem que o Estado não só produza resultados conforme a lei, mas que também obedeça ao caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta ou indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado (SCHIRATO, 2010, p. 10).

Deve-se evitar, portanto, que instituições da relevância social do *Parquet* brasileiro se tornem apenas formalmente democráticas,

em que o processo de legitimação de sua atuação elide motivações generalizadas, ou seja, difunde lealdade das massas (e esta lealdade pode ser comprovada nas manifestações populares ocorridas no Brasil no ano de 2013), mas evita a efetiva participação dos interessados (HABERMAS, 2002, p. 51).

Conforme esse ponto de vista, os influxos democráticos trazidos pela Carta Constitucional de 1988 demandam uma releitura das teses criadas em torno do inquérito civil, de tal forma que se faz necessário analisar a influência da *revolução dos direitos constitucionais* e da reformulação institucional do Ministério Público brasileiro na teoria geral dos processos administrativos, em especial do inquérito civil.

3.1 Processo e procedimento: uma visão constitucional

Um dos primeiros argumentos para afastar a aplicação da garantia prevista no inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988 é o de que o inquérito civil não é processo administrativo, mas procedimento que objetiva tão somente a coleta de provas para o ajuizamento de ação civil pública e não a aplicação de sanção ou penalidade.

Esse posicionamento, contudo, não se enquadra no modelo constitucional adotado em nosso País. Explica-se:

A consolidação da democracia como um dos vetores do Estado brasileiro traz como consequência a alteração da forma de gerenciamento da máquina pública, que deixa de se focar no ato administrativo, imposto unilateralmente com eficácia imediata, e passa a dar prevalência ao processo administrativo, *locus* adequado para o respeito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-administrado. Essa mudança de paradigma impõe ao representante do poder público e àquele que exerce função pública o respeito aos postulados procedimentais e substanciais fixados na Carta Constitucional. O modo de agir da Administração Pública deve ser desenvolvido como atividade aberta à *colaboração dos indivíduos* (MEDAUAR, 1993, p. 211).

A noção de uma *processualidade necessária* para o desempenho de todas as funções estatais torna imprescindível a fixação dos contornos mínimos diferenciadores dos conceitos de processo e procedimento, especialmente quando se verifica que, na seara estritamente administrativa, essa diferenciação ainda não foi definitivamente estabelecida (MELLO, 2002, p. 428). Tal fato decorre da circunstância de que o *processo administrativo*, como elemento norteador da ação estatal, *locus* adequado para a identificação, a ponderação e decisão de conflitos socialmente relevantes, com o devido respeito aos direitos e garantias dos indivíduos, somente pode ser plenamente desenvolvido em um ambiente democrático, o que só ocorreu no Brasil após 1988.

Todavia, não há consenso acerca dos limites conceituais das noções de processo e procedimento. Diniz (2008, p. 850-851, 857-858) conceitua procedimento como a soma de atos processuais que se realizam, ordenada e sucessivamente, para a solução da lide, enquanto o processo é tido como o conjunto de atos necessários, que devem ser praticados numa ordem pré-estabelecida, para esclarecimento da controvérsia, podendo também significar ação de prosseguir, ordem sequencial, ação progressiva.

Por sua vez, Mello (2002, p. 429-430) defende que os dois signos correspondem à sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Nesse modelo, é imprescindível a coexistência de dois elementos: a sucessão de atos conectados entre si e um objetivo final. É dentro do processo ou procedimento que se estrutura, se compõe, se canaliza e se estampa a vontade administrativa.

Há ainda quem defenda que o procedimento administrativo é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei. Pelo fato de o procedimento ser constituído pela prática de vários atos e atividades da Administração e de administrados e terceiros, a sua formalização se consuma, em geral, por meio de um processo administra-

tivo. Sob essa perspectiva, o processo é instrumento de atuação do procedimento administrativo (CARVALHO FILHO, 2008, p. 137-138).

Analisando a questão, Odete Medauar (1993, p. 31-33) elenca um interessante critério de distinção entre as noções de processo e procedimento, que parece ser a base utilizada pela doutrina para classificar o inquérito civil como mero procedimento: pelo *critério do interesse*, os atos do procedimento realizam-se com o objetivo de satisfazer somente o interesse do autor do ato, que é o único interesse para cuja satisfação é conferido o poder. Os atos do processo, por seu turno, são realizados para satisfazer o interesse dos destinatários do ato, mas não do autor do ato final.

Nesse sentido, poder-se-ia argumentar, em prol do afastamento do contraditório do âmbito do inquérito civil, a prevalência do interesse público sobre o privado: em vista das relevantes funções ministeriais, o interesse da coletividade prevaleceria, *a priori*, sobre os interesses ou direitos do investigado, tornando desnecessária a incidência de algumas garantias fundamentais.

Interessante notar que o critério ora em comento tem como pano de fundo a oitocentista diferenciação entre interesse público e interesse privado, que não se sustenta em um ambiente de alargamento da esfera pública dos direitos, em que a separação entre Estado e sociedade perde clareza, ocorrendo progressiva aproximação entre a administração e os cidadãos, onde grupos sociais colaboram na identificação do interesse público. Reforçando esse entendimento, Schirato (2010, p. 9-51) defende que na atualidade não há mais como se falar em bipolaridade e delimitação clara de interesses públicos e privados, na medida em que espaços antes privados tornam-se públicos, em razão de relevante interesse coletivo, e espaços antes públicos passam a ser preenchidos por particulares, em complementação ou rivalidade com o Estado, podendo se falar na publicização do direito privado e na privatização do direito público.

A despeito das discussões acerca da ausência de densidade significativa da expressão “interesse público”, defendemos que não é

possível falar-se na existência de um único interesse público, previsto na Constituição da República e defendido pelo Ministério Público. O que há são interesses públicos legítimos, interesses que ultrapassam a esfera do individual, que devem ser identificados, sopesados e limitados somente na atuação concreta da administração. E tudo isso somente pode ser feito dentro de um processo administrativo.

Ademais, a evolução da teoria do processo, especialmente após a *revolução dos direitos constitucionais* (HIRSCHL, 2004) perpetrada pela Carta Constitucional de 1988, levou à visão publicista do processo, ao reconhecimento de escopos sociais e políticos da jurisdição e ao acolhimento da necessidade de proteção de direitos coletivos, concepções que dificultam a defesa da ideia de um ato final destinado unicamente ao interesse do autor do ato (MEDAUAR, 1993, p. 32-33).

Verifica-se ainda que, do ponto de vista político-filosófico, o processo administrativo cria para os cidadãos a oportunidade de explicitar os valores morais, econômicos, políticos, sociais etc., que devem pautar uma administração democrática constitucional. Nesse sentido, o processo administrativo acaba se tornando uma implicação da democracia deliberativa (RAWLS, 2011, p. 531-532).

A Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, parece seguir essa ideia ao estabelecer, em seu art. 31, a possibilidade da realização de consultas públicas quando o processo envolver assunto de interesse geral. Seguindo a mesma trilha, o CNMP, no exercício de seu poder regulamentar, editou a Resolução n. 82/2012, que dispôs sobre a realização de audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e Estados, determinando competir aos membros ministeriais, nos limites de suas atribuições, a promoção de audiências públicas para auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade e na identificação de demandas sociais.

O resultado das audiências públicas realizadas pelo Ministério Público terá ampla publicidade (art. 4º) e poderá resultar no arqui-

vamento de investigações em andamento, na celebração de compromissos de ajustamento de conduta, na expedição de recomendações, na instauração de novos inquéritos civis ou policiais, no ajuizamento de ações coletivas ou na divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas, em prazo razoável, diante da complexidade da matéria (art. 6º).

Nota-se, portanto, que, apesar de predominante o discurso contrário à aplicação do contraditório, há sim margem jurídica para a intervenção ativa dos cidadãos (investigados ou interessados) na formação de vontade e legitimação do Ministério Público, pois é essencial que o processo de justificação, participação nas deliberações públicas e na decisão pelos cidadãos esteja institucionalmente protegido, sendo reconhecido que todos têm direito de participar.

3.1.1 Processo, procedimento e inquérito civil

Mesmo reconhecendo a inutilidade de qualquer esforço para se tentar retirar das palavras ou dos textos uma essência que lhes qualifique o sentido, na medida em que nenhum enunciado possui apenas um sentido unívoco, mas um *sentido motivado* (STRECK, 2012, p. 62), uma análise atenta de nosso sistema jurídico parece apontar para o fato de que a solução para o problema em comento (diferenciação entre processo e procedimento) é mais simples do que aparenta. Observando a Constituição Federal e os principais sistemas processuais em vigor, a saber, os Códigos de Processo Civil e Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999), é possível verificar a existência de uma *regularidade*¹ no uso da palavra procedimento.

1 *Regularidade* é entendida aqui no sentido proposto por Katharina Sobota (1996, p. 251-273), significando padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Não são estruturas ou regras, pois não dirigem ou controlam a natureza nem fornecem qualquer descrição universal dela. Segundo a referida autora, o processo decisório jurídico não seria governado por normas universais, mas por padrões mutáveis e auto-organizados, que se encontram frequentemente articulados como regras, mas são de fato apenas “regularidades”.

Com efeito, ela é mencionada dez vezes no corpo permanente da Carta Constitucional, com três sentidos distintos:

a) como *processo*, é referida no inciso XXIV do art. 5º, que trata do *processo* de desapropriação; no inciso III do § 1º do art. 41, ao mencionar o *processo* administrativo de avaliação de servidor público; na alínea *d* do inciso II do art. 93, que trata do *processo* administrativo para promoção de magistrados por antiguidade; e no inciso VI do art. 129, que dispõe sobre a possibilidade de expedição de notificações nos *processos* administrativos de competência do MP;

b) com o significado de *rito processual*, aparece no inciso XI do art. 24, que cuida da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e União para legislar sobre *ritos* de natureza processual; no inciso I do art. 98, que trata da necessidade de criação de juizados especiais federais, que respeitarão os *ritos* oral e sumárrissimo; no § 3º do art. 184, que, apesar da terrível redação, cuida do *rito* contraditório especial e sumário para o processo judicial de desapropriação; no inciso I do art. 200, que disciplina a competência do Sistema Único de Saúde de fiscalizar *ritos* (*forma de produção de medicamentos*) de interesse para a saúde; e na alínea *b* do inciso V do art. 235, que trata do *rito* para escolha de promotores e advogados para compor os tribunais de justiça de novos Estados;

c) com o significado de *conduta*, a palavra procedimento aparece no inciso II do art. 55, que disciplina hipótese de perda de mandato parlamentar.

No Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), a palavra *procedimento* aparece predominantemente² com o significado de *rito processual*, conforme se pode verificar dos arts. 394 e 396.

2 No art. 736, a palavra aparece com o sentido de *conduta*: “O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido”.

No Processo Civil, apesar da tradicional doutrina que se criou a respeito, no sentido de o *processo* constituir-se em método ou sistema de compor um determinado conflito, enquanto o *procedimento* seria a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 40), a palavra *procedimento* é utilizada majoritariamente com o sentido de *rito*, conforme se verifica nos arts. 272 e 274 do CPC, mas também aparece com o sentido de *processo*, por exemplo, nos arts. 796, 798 e 809 do mesmo código. Observe-se que, mesmo nos chamados Procedimentos Especiais (Livro IV do CPC), o que há são processos de jurisdição contenciosa ou voluntária com ritos (procedimentos) diferenciados em razão da natureza dos direitos materiais envolvidos.

Por fim, no sistema processual laboral, a palavra *procedimento* é utilizada com o sentido de *processo*, quando disciplina o processo fiscal trabalhista no art. 420, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho; com o sentido de *conduta* na alínea *b* do art. 482 da CLT, quando trata da hipótese de *incontinência de conduta* ou *mau procedimento* como justas causas para rescisão do contrato de trabalho; e com sentido de *rito processual* no art. 852-A, quando disciplina o procedimento sumaríssimo.

Excluindo-se as hipóteses em que o sentido atribuído à palavra está ligado à ideia de conduta, comportamento social, observa-se que o sistema jurídico vincula a noção de procedimento ao processo. Não há processo sem um procedimento, na medida em que este se consubstancia na forma com que se realiza aquele. Não há referência a um procedimento como instituto processual autônomo, possuidor de uma forma e finalidade específicas. Nessa leitura feita do ordenamento, não há como se falar em um procedimento desvinculado de um processo. Nesse sentido, concordamos com Yarshell (2006, p. 181), para quem o processo se constitui em um procedimento, do ponto de vista formal, e em uma relação jurídica, do ponto de vista material.

Além disso, não há nenhuma referência na Constituição a um procedimento (entendido como *processo* ou *rito*) destituído de

contraditório, o que seria minimamente necessário para se afastar a força normativa do princípio do contraditório. O que se verifica, em verdade, é que os conceitos de processo e procedimento estão inter-relacionados: o procedimento é tido como a forma por meio da qual se manifesta o processo, que se dá necessariamente em contraditório.

Não havendo como se falar em processo sem contraditório, inviável defender-se a tomada de decisão administrativa sem a necessária abertura democrática. O processo administrativo é, essencialmente, um processo contraditório.

Ora, se não há de se falar na existência de um procedimento desvinculado de um processo nem de um processo desvinculado da noção de contraditório, como aceitar a defesa da existência de um procedimento autônomo destituído de contraditório?

Por outro lado, devemos ressaltar que a diferenciação de processo e procedimento para efeito de aplicação de garantias fundamentais no inquérito civil pouco importa. Seja o inquérito entendido como processo, seja como procedimento, essas garantias são inafastáveis pela sua própria *fundamentalidade constitucional*.

Ademais, não podemos nos olvidar que o *Parquet* foi construído com base no discurso da necessidade da defesa dos interesses sociais e da democracia, e que a implementação desses valores é absolutamente imprescindível em um país de tradição autoritária como o Brasil, que apenas recentemente concluiu o processo de transição de um regime ditatorial. Assim, admitir a ideia de aplicação da garantia constitucional do contraditório ao inquérito reforça a noção de legitimação do poder estatal por meio do procedimento (LUHMANN, 1980), na medida em que é arbitrário, porque não sujeito a controle, o poder exercido sem a possibilidade de participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo (DINAMARCO, 2002, p. 159).

3.2 O conteúdo do princípio do contraditório

Como limitação ao poder estatal, a Constituição da República determina que será garantido a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV). Essas garantias visam assegurar o efetivo cumprimento do devido processo legal, entendido não apenas como a possibilidade de utilização da via processual para o pleito ou defesa de direitos, mas, em uma compreensão mais ampla, como forma de se viabilizar ao litigante, no processo e por intermédio do processo, a demonstração dos fatos nos quais se fundamentam seus direitos. A utilização do processo sem a garantia absoluta do direito ao contraditório reduz esta ferramenta processual a uma garantia meramente formal, sem quaisquer desdobramentos de cunho material (CREUZ, 2006, p. 22). O princípio cardinal do processo administrativo, e de qualquer procedimento de exercício do poder sobre um indivíduo ou grupo de indivíduos, é o devido processo, o procedimento leal e justo. Ouvir o interessado e o público antes de decidir algo que os afeta não é apenas um princípio de justiça mas também um critério de eficácia política e administrativa, um verdadeiro dever ético (GALVÃO, 2007, p. 122-123).

Como decorrência da personalidade e da dignidade humanas, os indivíduos sujeitos ao poder estatal têm garantida a possibilidade de *trazer aos autos* de processos judiciais e administrativos todos os elementos tendentes a construir uma verdade dos fatos controvertidos. Mas não só isso: é desdobramento natural do princípio do contraditório a *ciência* sobre os fatos discutidos no processo, bem como o *acesso a seus autos* e a possibilidade de *manifestação* antes da decisão.

Para Medauar (1993, p. 96), o contraditório constitui-se em um elemento ínsito à caracterização da processualidade e propicia ao sujeito a ciência dos dados, fatos, argumentos e documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu

lado, outros dados, fatos, argumentos e documentos. Para além de seu conteúdo garantístico, o princípio do contraditório presta-se como critério de eficácia política e de legitimidade do exercício do poder, na medida em que serve para catalisar a participação dos cidadãos na formação da decisão administrativa e parametrizar o exercício do poder (GALVÃO, 2007, p. 122-123).

Nessa direção, o Plenário do STF já se manifestou no sentido de que a ampliação do direito de defesa formulada pela Carta Constitucional de 1988 contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo (STF, MS n. 24268/MG, DJ de 17 set. 2004, p. 53).

Na mencionada demanda, a Corte concedeu a segurança pleiteada, conduzida pelo voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que, partindo da doutrina alemã sobre o tema, destrinchou o conteúdo do princípio do contraditório nos seguintes direitos: a) *direito de informação*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) *direito de manifestação*, que assegura ao defendente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e c) *direito de ver seus argumentos considerados*, o que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Esse direito corresponde ao dever de o julgador tomar conhecimento e considerar séria e detidamente os argumentos apresentados pelos interessados. Desse dever surge a obrigação de fundamentar as decisões judiciais e administrativas.

Em outra ocasião, o STF manifestou-se favoravelmente à aplicação do princípio do contraditório em *relações estritamente privadas*. Nos autos do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, DJ de 27 out. 2006, a Suprema Corte reconheceu que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, na medida em que a autonomia da vontade não

confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição.

Esse posicionamento é defendido pela doutrina de Sarlet (2007, p. 405), para quem existiria uma *eficácia irradiante* dos direitos e garantias fundamentais que obrigaria também os particulares a respeitá-los em suas relações entre si.

Ora, parece atentar contra a *coerência* de um sistema jurídico fundado em um constitucionalismo garantista aceitar a existência de uma relação de exercício de poder (estatal) sem a observância dos direitos fundamentais, especialmente daqueles ligados ao devido processo legal. Ainda mais contraditória se torna essa situação quando esse mesmo sistema determina o respeito a esses direitos nas relações entre particulares, sem a interferência do Estado, em respeito à eficácia horizontal ou objetiva dos direitos fundamentais.

Pode-se argumentar, no entanto, que a investigação realizada por meio do inquérito civil poderia ser inviabilizada se garantido contraditório prévio em todo e qualquer ato nele proferido.

Ocorre que, a despeito de o princípio do contraditório firmar-se como um dos fundamentos básicos de nosso ordenamento processual, a inversão ou a postergação do contraditório não é estranha ao sistema de normas processuais.

Com efeito, há inúmeros exemplos que confirmam a possibilidade de restrição do princípio do contraditório, dentro de uma lógica que privilegia determinadas classes sociais. Assim, impõe-se como “regra geral” da teoria geral do processo o contraditório prévio, ou seja, antes da tomada de qualquer decisão, deve ser garantida a efetivação do dito princípio, em detrimento de outras formas de contraditório, mais eficazes processualmente, como o diferido e o eventual. Todavia, como dito, essas formas não deixam de existir no ordenamento. Elas são destinadas a determinados

tipos de tutela, reservados àqueles que possuem um título executivo extrajudicial, como a ação monitória (CPC, arts. 1102-A a 1102-C) e a execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial (CPC, arts. 646 a 724), em cujo procedimento o princípio do contraditório será observado não de maneira prévia, mas sim de forma diferida ou eventual.

Assim, não convence o argumento de que a produção de provas sem a participação concomitante do inquirido seja comprovação da inaplicabilidade do contraditório no inquérito civil, porque nada impede seja dada oportunidade para o interessado se manifestar após a produção da prova, em analogia ao que ocorre com o procedimento da produção antecipada de provas (CPC, arts. 846 a 851), tendo em vista que, conforme observado, nosso ordenamento não impõe necessariamente o contraditório prévio.

Nesse contexto, parecem absolutamente corretas as palavras de Yarshell (2006, p. 183), no sentido de que o princípio do contraditório, antes de ser um critério de organização do sistema processual, possui uma evidente função ética para o sistema jurídico, que obriga o membro ministerial a aplicá-lo também no âmbito do inquérito civil, ainda que em momento posterior à produção do ato. Por essa razão, o contraditório caracteriza-se como uma forma de respeito à dignidade do sujeito passivo do processo, que não possui modelo único, aprioristicamente definido, de aplicação, desde que, no entanto, sejam resguardados os direitos de seu *núcleo duro*, a saber, os direitos de informação, de manifestação e de consideração dos argumentos pelo julgador.

3.2.1 Manifestações do princípio do contraditório na disciplina normativa do inquérito civil

A análise atenta da disciplina normativa do inquérito civil resulta em uma aparente contradição entre o discurso predominante e o marco legal que o rege. Apesar de ter sido criado sob a regência de um ordenamento jurídico não democrático, a

observação da interação teórica do inquérito civil com as normas produzidas após 1988 resulta na necessidade de se rediscutir os fundamentos da teoria que cerca o instituto.

Como já dito, o inquérito civil foi criado em 1985 pela Lei n. 7.347, que tratou de seus aspectos gerais, como a facultatividade de sua instauração, os poderes atribuídos ao *Parquet* na sua condução e o procedimento de arquivamento.

Observa-se que a norma que primeiramente previu o instituto (LACP, art. 8º, § 1º) é subdivisão da norma que tratava dos documentos que instruiriam a petição inicial da ação civil pública, principal objeto da lei analisada. Em artigo próprio (LACP, art. 9º), o legislador, de forma descontextualizada, estabeleceu o procedimento de arquivamento do inquérito civil.

Foi com base na interpretação dessas normas que se formou a tradicional doutrina do inquérito de natureza civil, caracterizando-o como instrumento pré-processual acessório da ação civil pública, cuja única finalidade é a coleta de provas para a fundamentação da dita demanda.

A Constituição Federal de 1988, porém, alterou os rumos da discussão. Ao elevar à categoria de função ministerial a promoção do inquérito civil, a Carta Magna qualificou o aludido instituto, voltando-o para a proteção direta do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme se verifica do art. 129, inciso III, do aludido texto legal.

A proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos dar-se-á, a partir da edição da Constituição, por meio de dois institutos jurídicos: o inquérito civil, de natureza administrativa, e a ação civil pública, de natureza judicial.

Assim, o inquérito civil não mais se constitui em uma faculdade atribuída ao membro do *Parquet* para instrumentalizar sua

ação civil pública. Ele se torna um instrumento jurídico extrajudicial para a proteção de direitos difusos e coletivos. Ele passa a ter autonomia, não mais se destinando a servir como uma oportunidade para coleta de provas para a ação civil pública.

O erro do legislador infraconstitucional foi manter nas novas leis produzidas posteriormente o disciplinamento do instituto sem adequá-lo ao novo modelo constitucional, em que o inquérito civil deixa de ser elemento acessório da ação civil pública e passa a constituir-se em instrumento de tutela administrativa dos direitos coletivos. Esse equívoco pode ser verificado nas Leis n. 7.853/1989, n. 7.913/1989, n. 8.069/1990, n. 8.078/1990 e n. 10.741/2003, que se limitaram a repetir as regras já previstas na Lei n. 7.347/1985 sobre os poderes ministeriais na condução do inquérito e na forma de seu arquivamento, não fazendo qualquer referência aos avanços conceituais estabelecidos pelo Constituinte.

Com a edição da Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, diversas regras procedimentais foram criadas para regular a tramitação do inquérito civil de uma maneira uniforme para todos os ramos do MP brasileiro. Algumas dessas regras nada mais são do que a efetivação do princípio do contraditório no inquérito civil. Assim, ainda que o discurso dominante prevaleça na doutrina e jurisprudência, promotores e procuradores do MP, sob pena de responsabilidade administrativa (Lei n. 8.625/1993, art. 43 e LC n. 75/1993, art. 236), têm o dever de obedecer as seguintes regras durante a tramitação do inquérito: a) editar portaria *fundamentada* para sua instauração e prorrogação, determinando a afixação da portaria em local de costume, bem como a remessa de cópia para publicação (arts. 4º e 9º do referido ato normativo); b) dar *ciência* pessoal ao representante e ao *representado* da decisão, devidamente fundamentada, que indeferir o pedido de instauração de inquérito (art. 5º), cabendo recurso administrativo da mencionada decisão, como direito à apresentação de contrarrazões (art. 5º, §§ 1º e 3º); c) *documentar*, mediante termo ou auto circunstanciado, todas as diligências realizadas durante a instrução do inquérito

(art. 6º, § 3º); d) aceitar eventuais contribuições, como documentos ou outros subsídios, apresentados por qualquer pessoa, para melhor apuração dos fatos (art. 6º, § 5º); e) *fundamentar* e fazer acompanhar de cópia da portaria que instaurou o processo, ou indicar o endereço eletrônico oficial em que tal peça esteja disponibilizada, todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil (art. 6º, § 10); f) garantir a *ampla publicidade* do inquérito civil, sendo o sigilo medida excepcional que somente pode ser decretado fundamentadamente (art. 7º); g) *fundamentar* o arquivamento do inquérito civil e dar ciência pessoal aos interessados (art. 10).

Observe-se que todas essas regras procedimentais que devem ser adotadas na condução do inquérito civil acabam se amoldando àquilo que se convencionou chamar de *núcleo duro* do princípio do contraditório (STF, MS n. 24.268/MG, DJ 17 set. 2004): o direito de ser informado daquilo que está sendo investigado, a possibilidade de manifestação sobre o objeto do inquérito e a consideração dos argumentos levantados pelo investigado (dever de fundamentação das decisões). Ao determinar que seja garantida a ampla publicidade do inquérito, com a intimação do interessado de determinados atos do processo, a publicação de atos, a expedição de certidões e a concessão de vista dos autos, assim como a determinação de que os atos do inquérito sejam fundamentados, o CNMP acabou por contrariar o discurso dominante de que o inquérito civil é procedimento de natureza unilateral, facultativa e não contraditória.

Contudo, há ainda um aspecto que parece afastar definitivamente o argumento da inaplicação do contraditório no inquérito civil: o de que a Lei n. 11.417/2006, em seu art. 7º, § 1º, determinou que a admissibilidade de reclamação dirigida ao Supremo Tribunal Federal contra ato ou omissão administrativa que contrarie enunciado de súmula vinculante está condicionada ao esgotamento das vias administrativas.

A despeito de possível questionamento acerca da constitucionalidade da referida regra (que parece afrontar a regra da inafastabi-

lidade do controle jurisdicional prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF), é indiscutível que ela acaba por criar um *direito subjetivo ao recurso administrativo*, que encontra bastante similitude com o direito de exceção (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 20), de defesa, do investigado.

Na hipótese, por exemplo, de o promotor presidente do inquérito civil indeferir ao investigado o amplo acesso aos elementos de prova já documentados, surgirá para o inquirido, por força do aludido dispositivo de lei, o direito público subjetivo ao recurso administrativo, como forma de garantir o princípio do contraditório no inquérito. Isso porque, antes de ajuizar a reclamação no STF, por afronta à Súmula Vinculante n. 14 – “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” –, deve o interessado *exaurir as vias administrativas*, interpondo os competentes recursos administrativos. Ora, se o inquirido possui o direito de ter acesso a todos os elementos documentados no inquérito civil (por força da aplicação da dita súmula e das regras constantes da Resolução n. 23/2007 do CNMP, especialmente daquelas constantes de seu art. 7º), assim como o de recorrer administrativamente da decisão que eventualmente lhe negue aquele direito, e até mesmo de ajuizar reclamação na Corte Suprema, parece inquestionável que o sistema prevê a aplicação da garantia do contraditório no inquérito de natureza civil, ainda que de forma diferida.

Destarte, mostra-se em absoluta dissonância com a Constituição Federal qualquer interpretação dos arts. 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública que afaste do inquérito civil a incidência do princípio do contraditório.

3.3 O formalismo do inquérito civil

Todo o apanhado de regras procedimentais acima realizado contraria outra característica atribuída pela tradicional doutrina ao

inquérito: a da sua informalidade. Ainda que não se possa dizer que o inquérito é regido pelo *princípio da sequência legal*, em que a lei estabelece detalhada e previamente toda a dinâmica procedimental, também não se pode afirmar que o inquérito civil é regido pelo princípio oposto, qual seja, o da *sequência discricionária*.

A despeito da existência de uma margem de discricionariedade para o membro do *Parquet* na escolha dos atos de instrução do inquérito, é inconcebível a alegação de sua completa informalidade, especialmente porque as expressões de poder que não consigam reunir um mínimo de formalidade não poderão ser consideradas expressão legítima do poder e, portanto, não poderão fazer surgir nos atingidos por elas um sentimento de adesão ou obediência (CADEMARTORI, 2006, p. 10).

Nesse sentido, a própria lei que criou o instituto (n. 7.347/1985) já previa implicitamente três fases procedimentais: a instauração (art. 8º, § 1º), a instrução (art. 8º, §§ 1º e 2º) e o arquivamento (art. 9º). Por sua vez, a Resolução n. 23/2007 do CNMP também divide o rito procedimental do inquérito em três partes: instauração (capítulo II), instrução (capítulo IV) e arquivamento (capítulo V).

Assim, é de ser reconhecida a existência de um dever de obediência a determinadas *formas*, entendidas aqui como os invólucros dos atos processuais, a maneira como eles devem ser exteriorizados (OLIVEIRA, 2010, p. 26), porque “[t]odas as diligências serão documentadas mediante termo ou auto circunstanciado”, e todas as “declarações e os depoimentos sob compromisso serão tomados por termo pelo membro do Ministério Público, assinado pelos presentes ou, em caso de recusa, na aposição da assinatura por duas testemunhas” (art. 6º, §§ 3º e 4º, da Resolução n. 23/2007, CNMP).

Por outro lado, também deve ser identificada a existência de um formalismo em sentido amplo, caracterizada pela totalidade formal do processo, o que inclui não somente a forma dos atos mas também a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos

processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam alcançadas suas finalidades primordiais (OLIVEIRA, 2010, p. 28), porque, conforme exposto acima, estão estampados ao longo da mencionada resolução inúmeros deveres, poderes e faculdades aos envolvidos no inquérito civil, especialmente ao seu presidente, como prazos para sua prorrogação e conclusão, limites formais e materiais para decretação do sigilo do inquérito ou de parte dele etc.

3.4 A facultatividade do inquérito civil e o princípio do promotor natural

O princípio do promotor natural objetiva expurgar do ordenamento jurídico as designações casuísticas de membros do Ministério Público feitas pela chefia da instituição, com propósitos de natureza metajurídica. Ele consiste na existência de um órgão do Ministério Público previamente estabelecido pela lei para officiar nos casos afetos à instituição (MAZZILI, 2007, p. 74). É garantia da ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do *Parquet*, na medida em que lhe assegura a inamovibilidade e o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, pois veda a figura do acusador de exceção (JATAHY, 2008, p. 22). Decorre das garantias ministeriais de independência funcional e inamovibilidade (CF, arts. 127, § 1º, e 128, § 5º, inciso I, alínea *b*).

Por outro lado, a não obrigatoriedade da instauração de inquérito civil é regra dominante entre processualistas e tribunais nacionais. Segundo este entendimento, a demanda coletiva pode ser ajuizada diretamente pelo membro ministerial que tiver conhecimento do fato ilícito, sem a necessidade da abertura do inquérito se já existirem elementos necessários para propositura da ação. Funda-se esse posicionamento no conteúdo do § 1º, art. 8º, da LACP, que determina que o MP poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias. A circunstância de o inquérito civil não constituir condição de

procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do MP é regra expressamente prevista no parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Entendemos, todavia, que esse entendimento não se coaduna integralmente com o ordenamento jurídico em vigor. Isso ocorre porque, mais do que mera oportunidade para produção de provas que irão fundamentar o ajuizamento de demanda coletiva, o inquérito civil, após a edição da Carta Constitucional de 1988, passou a ser verdadeiro instrumento autônomo de tutela (administrativa) dos direitos e interesses coletivos, visto ser definida como função institucional do MP a promoção do inquérito civil e da ACP, circunstância que exige seja respeitada uma *processualidade administrativa mínima* em respeito aos direitos fundamentais de quem é investigado.

Essa processualidade mínima, prevista na LACP e na Resolução n. 23/2007 do CNMP, exige para cada notícia de fato que chegue ao *Parquet* a abertura de expediente próprio que será submetido à imediata distribuição entre os membros ministeriais com atribuição para atuar no caso (CF, art. 129, § 5º), regra diretamente ligada ao princípio do promotor natural.

Dentro deste contexto, o promotor ou procurador, ao tomar ciência direta de lesão ou ameaça de lesão a direito ou interesse de natureza coletiva, não pode, a princípio, atuar diretamente sem a necessária e prévia distribuição de um feito (obviamente, diante da hipótese de perecimento do direito a ser tutelado, cabe a atuação direta do membro ministerial, com fundamento nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição, condicionada à futura distribuição do processo administrativo ou demanda judicial ajuizada ao membro competente). Esse expediente inicial pode até não receber o nome de inquérito civil (fala-se em *notícia de fato*, *pedido de providências*, *representação*, entre outras denominações), e nesse sentido efetivamente a instauração de inquérito civil não se faz necessária. Todavia, o respeito a uma *processualidade mínima* deve sempre existir, até para que seja garantido o respeito ao princípio do promotor

natural: o processo aberto e previamente distribuído pode ser indeferido de plano (Resolução n. 23/2007, CNMP, art. 5º), pode ser convertido em procedimento preparatório de inquérito civil para “[...] apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto da investigação [...]”, ou pode ser transformado diretamente em inquérito civil (Resolução n. 23/2007, art. 2º, § 4º e art. 4º).

Na doutrina, mesmo antes da edição da dita regulamentação, Raimundo Simão de Melo (2002, p. 68) entendia que o inquérito civil, como moderno instrumento de defesa da sociedade, deve ser sempre instaurado, e o próprio MAZZILLI (2002, p. 68) acaba por recomendar a sua instauração ao iniciar-se uma investigação, “para evitar-se o mau vezo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum”.

Assim, uma leitura constitucionalmente adequada da regra constante do § 1º do art. 8º da LACP exige a mitigação da facultatividade do inquérito civil, seja como medida para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos inquiridos (necessidade de uma processualidade administrativa mínima), seja como forma de dar cumprimento à regra constitucional da distribuição imediata e do princípio do promotor natural. Isso significa, em síntese, que, se efetivamente um inquérito civil não precisa ser instaurado sempre e necessariamente em face da notícia de lesão ou ameaça a direito a ser tutelado pelo MP, algum processo, seja qual for o nome a ele atribuído, precisa ser aberto e distribuído ao promotor competente, dentro do qual devem ser respeitados os direitos fundamentais de quem é investigado. O inquérito civil é facultativo; o respeito a uma processualidade limitadora da atividade administrativa não.

4 Conclusões

Na atualidade, as constituições consubstanciam-se em instrumentos de limitação do poder estatal, que se instrumentalizam por meio da distribuição de competências, da transmissão e exercício da autoridade e da formulação de direitos e garantias individuais e coletivos.

Partindo dessa premissa, concluímos que o inquérito civil, do ponto de vista da máxima efetivação dos direitos fundamentais, é muito mais do que um procedimento não contraditório, facultativo e informal.

Ele é instrumento jurídico que, sob o ponto de vista formal e material, serve para tutelar extrajudicialmente direitos de natureza coletiva dentro de uma visão de respeito aos princípios que vinculam o Ministério Público no exercício de seu dever-poder. A defesa do regime democrático, nesse sentido, assume vital importância em tal processo, na medida em que está vinculada à função precípua da instituição ministerial.

Baseando-se em uma perspectiva principiológica, que reconhece uma normatividade forte nos princípios constitucionais, especialmente naqueles que veiculam direitos fundamentais, não há como afastar a incidência do princípio do contraditório do inquérito civil.

A utilização da clássica distinção entre processo e procedimento não pode servir como alibi argumentativo para se afastar um direito constitucionalmente assegurado do cidadão em suas relações com o *Parquet*. Ademais, conforme se comprovou, dentro do sistema jurídico as noções de processo e procedimento estão umbilicalmente ligadas. Não há processo sem um procedimento, assim como não há um procedimento como instituto processual autônomo, distinto de um processo. Reconhece-se, portanto, ao investigado em inquérito civil a garantia de a) ser informado acerca do objeto da investigação, b) poder se manifestar sobre os elementos do inquérito e c) ter seus argumentos considerados na decisão, o que deve ser explicitado na sua fundamentação.

Uma análise cuidadosa da disciplina normativa que rege o inquérito, por sua vez, corrobora a obrigação de aplicação do contraditório. Em primeiro lugar, em nenhum momento, a LACP afirma ser inaplicável o referido direito constitucional. A Constituição Federal, por sua vez, afirma ser o inquérito civil instrumento de atu-

ação na defesa dos direitos difusos e coletivos, não fazendo qualquer vinculação ao ajuizamento de ação judicial coletiva, como ensina o posicionamento dominante. Por fim, a Resolução n. 23/2007 do CNMP unificou o seu procedimento para todos os ramos do MP e criou diversas regras formais que acabam por vincular membros ministeriais ao conteúdo do princípio do contraditório.

Outro argumento rebatido no presente estudo foi o de cuidar o inquérito civil de procedimento informal. Estipulado o sentido de formalismo como a totalidade formal do processo, que inclui a forma dos atos, mas também a delimitação de poderes, faculdade e deveres dos sujeitos processuais, comprovou-se que a legislação em vigor cria inegáveis formalidades para a tramitação regular do inquérito civil, todas detalhadas na Resolução n. 23/2007 do CNMP.

Também se verificou que a não obrigatoriedade do inquérito civil atenta contra a regra constitucional da distribuição imediata dos processos aos membros do MP, contra o princípio do promotor natural e contra a necessidade de respeito a uma processualidade administrativa mínima necessária para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão investigado.

Enfim, o respeito a uma necessária abertura cognitiva no inquérito civil proporciona o fortalecimento da *integridade* do direito aplicado pelos membros do *Parquet*, legitimando a sua atuação extrajudicial e indo ao encontro das exigências sociais e políticas por mais respeito aos direitos fundamentais.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício; VILLARREAL, Gabriel Hernan Facal. Contraditório, ampla defesa e o direito à prova no processo administrativo. *Revista IOB de direito administrativo*, ano I, n. 9, set. 2006, p. 19-28.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUFOUR, Dany-Robert. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

GALVÃO, Rodrigo. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório no processo administrativo. *Revista IOB de direito administrativo*, ano II, n. 21, set. 2007, p. 121-132.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIRATO, Vítor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 9-51.

SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm! International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, n. 7. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273.

SOUZA, Motauro Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

Gestão Pública

Motivação como estratégia: um estudo de caso com servidores do MPT/RS e do MPF/RS

Morgana Leal Becker

Servidora do Ministério Público da União (MPU). Especialista em gestão do comportamento organizacional pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS).

Resumo: O objetivo geral deste artigo consiste em apresentar estudo de caso que avalia se o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, estão cumprindo as determinações dos seus planejamentos estratégicos quanto às políticas ligadas à valorização e ao desenvolvimento dos recursos humanos, proporcionando aos servidores um ambiente de trabalho motivador, onde seja possível o desenvolvimento de conhecimentos, habilidades e atitudes. Para atingir esse objetivo, realizou-se, inicialmente, revisão bibliográfica acerca dos temas de planejamento estratégico e motivação. Em uma segunda etapa, fez-se uso de pesquisa qualitativa entre servidores de carreira do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho lotados em procuradorias instaladas no Estado do Rio Grande do Sul a fim de se avaliar o nível de motivação desses servidores. Aplicou-se questionário com questões elaboradas com fundamento nas teorias motivacionais de Abraham Maslow, Douglas McGregor, Frederick Herzberg e Victor Vroom. Com base na análise de conteúdo das respostas obtidas, identificou-se o nível de motivação dos servidores. Confrontou-se esse resultado com determinações dos planejamentos estratégicos dos ramos estudados e concluiu-se que, atualmente, essas instituições não conseguem cumprir de forma satisfatória as políticas relacionadas à valorização dos servidores.

Palavras-chave: Planejamento estratégico. Motivação. Satisfação. Gestão pública. Ministério Público da União.

Abstract: The present case study aims at checking the compliance of the Ministério Público Federal (Federal General Prosecution Office) and the Ministério Público do Trabalho (Labor Prosecution Office) in the realm of the State of Rio Grande do Sul with the determinations in their own strategic planning. In this regard, the author of this paper has focused on the policies of human resources development and worth, which should provide the civil servants both with a motivating work environment and the possibility to enhance and improve their knowledge, skills and attitudes. In order to accomplish such analysis, an initial bibliographical review was carried out on the theme of strategic planning and motivation. Such work was followed by a qualitative survey among civil servants on a career ladder plan in the Federal General Prosecution Office and the Labor Prosecution Office who have been allotted to the Attorney General Office in the state of Rio Grande do Sul. Such survey aimed at assessing their level of motivation. They had to answer a questionnaire which questions were based on the motivational theories of Abraham Maslow, Douglas McGregor, Frederick Herzberg as well as Victor Vroom. From the answers thus obtained, the servants' level of motivation has been identified. Finally, this result was assessed against the determinations set by the strategic planning and a conclusion has been drawn that, presently, those institutions do not comply with the policies of development and motivation of civil servants.

Keywords: Strategic planning. Motivation. Satisfaction. Public management. The Union's General Prosecution Office.

Sumário: 1 Introdução. 2 Planejamento estratégico e setor público. 3 Motivação e comportamento organizacional. 3.1 Teorias motivacionais. 4 Métodos e procedimentos. 4.1 Delineamentos da pesquisa. 4.2 Limitações do método. 5 Apresentação e análise dos dados. 5.1 A motivação dos servidores segundo a teoria da hierarquia das necessidades de Maslow. 5.2 A motivação dos servidores segundo as teorias X e Y de MacGregor. 5.3 A motivação dos servidores segundo a teoria dos dois fatores de Herzberg. 5.4 A motivação dos servidores segundo a teoria da expectância de Vroom. 6 Conclusão.

1 Introdução

Uma gestão pública moderna deve ser democrática e eficiente, bem como procurar a afirmação do papel estratégico de seu funcionalismo, pois são os servidores públicos que concretizam o atendimento às necessidades e aos interesses dos cidadãos, objetivo primordial do Estado.

Em resposta às importantes mudanças ocorridas dentro do cenário mundial e nacional nas últimas décadas, como a globalização, as crises econômicas, a redução do papel do Estado e a redemocratização do País, iniciou-se, no setor público brasileiro, um processo de reforma administrativa com o intuito de modernizar e desburocratizar a administração pública (SILVA, 1988).

A fim de atingir esse resultado, os órgãos públicos passaram a elaborar planejamentos estratégicos com o intuito de melhor estabelecer as diretrizes a serem seguidas por seus gestores. O Ministério Público da União (MPU) tomou parte deste movimento e, sob a orientação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), começou a implementar planejamentos estratégicos no âmbito de seus ramos – Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Militar (MPM), Ministério Público do Trabalho (MPT) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) – a fim de estabelecer objetivos estratégicos comuns e programas prioritários de atuação.

Ao se proceder à análise dos documentos que materializam esses planejamentos estratégicos, constata-se a preocupação comum com a valorização dos recursos humanos mediante políticas voltadas para o bem-estar do servidor, sua qualificação e a promoção de um ambiente de trabalho motivador, pois uma organização é composta por seres humanos e são eles que irão cumprir a visão e a missão da instituição a que pertencem.

Entretanto, muitos servidores públicos do MPU ainda demonstram estar insatisfeitos com suas atuais condições de traba-

lho. Esse fato pode ser percebido, por exemplo, por meio da adesão a manifestos e greves organizados pelo sindicato da categoria, o Sinasempu (SINASEMPU, 2012).

Diante desse contexto, surgiram inquietações que levaram ao desenvolvimento do estudo de caso apresentado neste artigo, cuja intenção foi a de verificar de maneira sistematizada o nível de motivação dos servidores de carreira do MPU, com base na observação daqueles lotados no MPF e no MPT, no Rio Grande do Sul, a fim de averiguar se os planejamentos estratégicos adotados pelos diferentes ramos do órgão estão atingindo seus objetivos nesse âmbito.

A fim de contextualizar o assunto de forma epistemológica, foi realizada, inicialmente, pesquisa teórica a respeito do conceito de planejamento estratégico, enfocando-se, em especial, a aplicação deste no setor público. Abordou-se, então, o tema motivação como campo de estudos do comportamento organizacional, analisando-se diferentes teorias motivacionais (Maslow, McGregor, Herzberg e Vroom), suas consequências sociopolíticas e a relação entre motivação e desempenho no trabalho. Por fim, verificou-se o nível de motivação dos servidores do MPF e do MPT, lotados no Rio Grande do Sul, aplicando-se questionários abertos, cujas perguntas procuraram abranger as teorias motivacionais estudadas. O conteúdo das respostas obtidas foi analisado com fundamento nessas teorias, e os resultados foram confrontados com o teor das políticas ligadas à valorização e ao desenvolvimento dos recursos humanos preconizados pelos planejamentos estratégicos dos órgãos.

O principal objetivo desta pesquisa foi o de tentar oferecer aos gestores e servidores dos diferentes ramos do MPU reflexões sobre as estratégias adotadas em relação aos recursos humanos da instituição, em especial sobre o fato de que um servidor público motivado contribuirá efetivamente para o cumprimento do planejamento estratégico do órgão.

2 Planejamento estratégico e setor público

John Bryson (1995, apud SILVA, 1988, p. 34), pioneiro na adaptação do planejamento estratégico para o setor público, conceitua: “Eu defino planejamento estratégico como um esforço disciplinado para produzir ações e decisões fundamentais que moldam e orientam o que uma organização é, o que ela faz e por que faz”.

Com base nessa definição, conclui-se que o planejamento estratégico pode e deve ser aplicado tanto em instituições privadas quanto públicas, contudo é fundamental aos administradores considerar especificidades que diferenciarão o planejamento estratégico aplicado ao setor público daquele aplicado ao setor privado, já que contemplarão realidades muito diversas.

A diferença mais evidente é o fato de que as instituições públicas não estão voltadas para o lucro. Enquanto as empresas do setor privado mensuram seus desempenhos de forma objetiva, em termos de lucratividade, no setor público, os órgãos precisam utilizar índices baseados em conceitos intangíveis, o que dificulta avaliações (CATHCART, 1997 apud COSTA, 2011). Dessa forma, são interesses políticos, tais como eficiência política, interesse público e análise de custo e benefício, que pautam as decisões. Além disso, essas decisões são marcadas por um pluralismo que inexistente no setor privado. Em comparação com uma empresa privada, seria como se o corpo de diretores fosse constituído, por exemplo, pelos empregados, os clientes, os fornecedores e os competidores (STEINER, 2011 apud COSTA, 2011).

Conclui-se do exposto que a elaboração do planejamento estratégico no setor público constitui tarefa mais complexa do que no setor privado, porém as similaridades, especialmente quanto às ferramentas empregadas, permitem sua aplicação. Steiner (2011 apud COSTA, 2011) identifica três razões que justificam a utilização do planejamento estratégico no setor público: identificação de problemas futuros, tornando os gestores aptos a tomar as melho-

res decisões no presente; percepção da importância de se entender melhor as implicações futuras das propostas e ações legislativas atuais; e coordenação entre as atividades organizacionais e o planejamento, visando à efetivação das políticas públicas.

3 Motivação e comportamento organizacional

O senhor... mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra montão. (ROSA, 1956, p. 25).

A personalidade humana é dinâmica. Em situação de equilíbrio está em movimento contínuo; a estagnação, ao contrário, é um sintoma patológico. Além de dinâmica, ela é também complexa. Somos seres plurais com necessidades, carências e aspirações múltiplas (BERGAMINI, 2009).

Um dos fenômenos capazes de impulsionar alguém a se colocar em movimento e, assim, poder viver plenamente, é a motivação. A etimologia do vocábulo já indica essa característica: *movere*, do latim, significa *fazer mudar de lugar*.

Contudo, devido à complexidade da existência humana, a tarefa de motivar alguém nem sempre se dá de forma objetiva: aquilo que motiva um indivíduo pode ser indiferente a outro; motivos relevantes em uma cultura, muitas vezes, não significam nada em outra; o que hoje causa satisfação, amanhã já pode ter perdido o valor.

Desse cenário emerge a importância do estudo da motivação como uma forma de se averiguar e de se nortear o desenvolvimento integral do ser humano. Neste sentido, muitos pesquisadores têm dedicado seus esforços, inclusive, à tentativa de esclarecer o significado da motivação no contexto do trabalho, haja vista a dimensão que a atividade profissional exerce na vida das pessoas tanto no que se refere ao tempo dedicado ao labor quanto ao peso que ele exerce sobre a quali-

dade de vida dos indivíduos. O comportamento organizacional é um dos campos de estudo que possibilita tal esclarecimento, porquanto se dedica a observar o impacto causado por indivíduos, grupos e estruturas sobre o comportamento dentro das organizações (ROBBINS, 2007).

3.1 Teorias motivacionais

3.1.1 Teoria da hierarquia de necessidades de Abraham Maslow

Abraham Maslow elaborou, em 1948, uma das mais destacadas teorias motivacionais contemporâneas, amplamente empregada na tentativa de explicar as motivações para o trabalho. A teoria de Maslow é conhecida como a teoria da hierarquia das necessidades, dado que ela sustenta o surgimento da motivação com base na procura do indivíduo de satisfazer uma gama de necessidades dispostas em uma ordem piramidal de importância, em que as necessidades fisiológicas estão na base, seguidas das necessidades de segurança, de associação e de estima, estando no topo as necessidades de autorrealização. À medida que as pessoas vão satisfazendo cada nível de necessidade, a motivação se direciona, naturalmente, ao nível imediatamente superior a fim de satisfazê-lo também (BERGAMINI, 2009).

Aguiar (1996) observa que, para Maslow, quando estão insatisfeitas todas as necessidades, o organismo é dominado pelas necessidades fisiológicas. Em uma organização, as necessidades fisiológicas se apresentam como desejos de aquecimento adequado, ambiente arejado, salário-base para garantir a sobrevivência (DAFT, 2005 apud SILVA, 2006).

As necessidades de segurança surgem à medida que as necessidades fisiológicas são satisfeitas. No nível organizacional, essas necessidades aparecem como o anseio dos trabalhadores por direitos a assistência médica, a auxílio desemprego e a aposentadoria (SOTO, 2002). Muito apropriadamente, Hampton (2005) chama a atenção para as lutas históricas dos trabalhadores com o fim de

garantir as necessidades de segurança por meio da organização de sindicatos e da aprovação de leis trabalhistas protetoras.

As necessidades de associação serão o próximo patamar a ser atingido. Elas podem ser expressas como desejo de se estar envolvido em bons relacionamentos com os colegas, de participação em um grupo de trabalho e de um relacionamento positivo com os superiores (DAFT, 2005, apud SILVA, 2006). Para Soto (2002), quando uma organização não satisfaz as necessidades de associação, surgem problemas de absentismo e baixa produtividade.

Já as necessidades de estima aparecem em um patamar mais complexo, incluindo fatores intrínsecos e extrínsecos. Entre os primeiros estão respeito próprio, realização e autonomia. No segundo caso, podemos destacar o reconhecimento, a atenção e a reputação. Segundo Hampton (2005), as necessidades de estima podem ser observadas nas organizações por meio dos esforços dos trabalhadores para demonstrar habilidades e receber o reconhecimento por elas.

As necessidades de autorrealização, por seu turno, encontram-se no topo da pirâmide e são aquelas que levam o indivíduo a buscar a plena realização de seu potencial e de seu autodesenvolvimento. Entre elas, estão o sucesso profissional e a total utilização dos talentos individuais. Os gestores promovem um ambiente propício para a satisfação dessas necessidades quando proporcionam tarefas interessantes e desafiadoras e reconhecem os sucessos obtidos (SOTO, 2002).

Por meio da análise dos cinco patamares de necessidades elencados por Maslow, podemos reconhecer os pressupostos básicos de sua teoria: a motivação surge de estados de carência, desta forma necessidades atendidas perdem o componente motivacional, por sua vez aquelas não satisfeitas movimentam o indivíduo no sentido de atingi-las. Isso quer dizer que os funcionários estarão sempre mais fortemente motivados por aquilo que estão buscando do que por aquilo que já atingiram.

3.1.2 Teoria das necessidades de McGregor

Douglas McGregor tomou como fonte inspiradora o trabalho desenvolvido por Maslow e elaborou, na década de 1960, uma teoria motivacional que propõe dois grupos de postulados, Teoria X e Teoria Y, que, consoante observou em seus estudos, estão subjacentes aos modelos administrativos.

Na Teoria X, segundo Robbins (2007), os administradores moldam seus comportamentos em relação aos administrados com base nas seguintes premissas:

- Os funcionários não gostam de trabalhar por sua própria natureza e tentarão evitar o trabalho sempre que possível.
- Já que não gostam de trabalhar, precisam ser coagidos, controlados ou ameaçados com punições para que atinjam as metas.
- Os funcionários evitam responsabilidades e buscam orientação formal sempre que possível.
- A maioria dos trabalhadores coloca a segurança acima de todos os fatores associados ao trabalho e mostra pouca ambição.

Em contraposição a esse ponto de vista extremamente negativo, ainda segundo Robbins (2007), McGregor define outro grupo de premissas, a Teoria Y:

- Os funcionários podem considerar o trabalho como uma fonte de satisfação, algo natural, semelhante ao descanso ou à diversão.
- As pessoas demonstrarão auto-orientação e autocontrole se estiverem comprometidas com os objetivos.
- As pessoas, de forma geral, são capazes de assumir responsabilidades.
- A capacidade de tomar decisões inovadoras pode ser encontrada em qualquer pessoa da organização, não apenas naqueles que estão em posições hierárquicas superiores.

Bergamini (2009), no que se refere à situação de trabalho, aponta para a existência natural de uma evolução dos indivíduos, demonstrada por McGregor, a qual se inicia com o atendimento de necessidades básicas até a conquista da completa maturidade motivacional. Se as organizações colaborarem, esse progresso será certamente atingido.

Para McGregor, quando trabalhamos, naturalmente, procuramos atingir o mais alto nível de maturidade motivacional. Se isso não ocorre, muitas vezes o problema está na própria organização; pois, ao adotar o sistema de valores proposto pela Teoria X, os administradores podem ser incapazes de motivar os funcionários a percorrer o caminho rumo à autorrealização. Contudo, ao assumirem a postura proposta pela Teoria Y, potencializando a motivação mediante, por exemplo, processos decisórios participativos ou tarefas desafiadoras e de responsabilidade, estarão proporcionando a percepção do trabalho como fonte de prazer (BERGAMINI, 2009).

3.1.3 Teoria dos dois fatores de Herzberg

O psicólogo Frederick Herzberg elaborou, durante a década de 1950, o modelo de motivação dos dois fatores, conhecido como a teoria da motivação/higiene. De acordo com Aguiar (1996), esta teoria faz distinção entre satisfação no trabalho e motivação no trabalho.

Fatores higiênicos são aqueles cuja ausência no ambiente de trabalho traz insatisfação aos empregados. Dizem respeito, por exemplo, à supervisão, às relações interpessoais, às condições físicas, aos salários, à política organizacional, aos processos administrativos, ao sistema gerencial, aos benefícios e à segurança no trabalho.

Os fatores motivacionais ou motivadores estão diretamente ligados ao desempenho do trabalho em si e possibilitam satisfação e autorrealização: liberdade, responsabilidade, criatividade, reconhecimento, progresso e possibilidade de inovação.

Chiavenato (1999, apud MORAES, 2001) ressalta que o efeito dos fatores motivacionais sobre o comportamento das pessoas é mais profundo e estável do que o efeito dos fatores higiênicos.

Robbins (2007) e Bergamini (2009) esclarecem que, na teoria de Herzberg, o oposto de satisfação não é insatisfação, mas sim nenhuma satisfação. De forma semelhante, o contrário de insatisfação não pode ser tomado como satisfação, mas como uma situação de nenhuma insatisfação. É por isso que o trabalho não se tornará necessariamente satisfatório mediante eliminação dos fatores de insatisfação. O que Herzberg propõe é a existência de um *continuum* duplo: a existência de fatores motivacionais provoca satisfação nas pessoas, por sua vez a inexistência ou a precariedade desses fatores inibe a satisfação. De forma semelhante, a ausência de fatores higiênicos provoca insatisfação, mas o oferecimento desses fatores, geralmente, traz apenas um sentimento neutro.

No âmbito das organizações, Bergamini (2009) aponta a possibilidade de a teoria permitir reflexão sobre por que os fatores higiênicos são considerados pelos trabalhadores, como simples obrigação da organização e destaca ainda o poder que o método tem de identificar diferentes estilos motivacionais.

3.1.4 Teoria da expectância de Vroom

A teoria da expectância foi desenvolvida na década de 1960 pelo psicólogo Victor Vroom. Segundo Davis e Newstrom (2002), Vroom explica a motivação como um produto de três fatores: valência, expectativa e instrumentalidade.

A valência diz respeito ao valor que o indivíduo imputa ao resultado final de uma ação ou de um objetivo pessoal. A expectativa é formulada em termos da possibilidade de uma conexão entre esforço e desempenho. Por seu turno, a instrumentalidade é a probabilidade de que o desempenho seja recompensado.

Em termos de comportamento organizacional, esses três fatores podem ser, segundo Davis e Newstrom (2002), exemplificados da seguinte forma:

- Valência: um empregado deseja fortemente uma promoção, então essa promoção possui alta valência para ele; outro, no entanto, encontra valência intrínseca no trabalho em si, não estando sujeito ao sistema de recompensas organizado pela administração;
- Expectativa: o empregado acredita – ou não – que o esforço despendido na execução de seu trabalho resultará na conclusão da tarefa;
- Instrumentalidade: o empregado espera uma recompensa que tanto pode estar sob seu controle, como no caso dos trabalhadores motivados pela competência pessoal, quanto depender dos programas adotados pela organização.

Segundo Robbins (2007), a teoria da expectância admite que as pessoas tenderão a agir conforme suas expectativas em relação aos resultados de suas ações e conforme a atração que esses resultados exercem sobre elas. Como resoluções desse tipo são extremamente particulares, a teoria ajuda a explicar por que, em um mesmo ambiente, enquanto alguns trabalhadores são extremamente motivados, outros fazem apenas o mínimo necessário para manter seus empregos. Para Hampton (2005), a teoria da expectância, diferentemente das teorias da necessidade, focaliza o processo da motivação e não o conteúdo dela, pois considera toda a cadeia de eventos necessária para que um resultado desejado seja atingido.

Dessa forma, ao tomar como modelo motivacional a teoria da expectância, os gestores deverão estar cientes do quanto serão exigidos, porquanto não se trata simplesmente da adoção de programas de incentivos. Eles precisarão levar em consideração as especificidades e incertezas que envolvem a realidade de cada caso concreto.

4 Métodos e procedimentos

Utilizou-se como método de pesquisa o estudo de caso, que, no contexto organizacional, é capaz de explorar processos sociais à medida que estes ocorrem nas empresas, permitindo uma análise profunda das atitudes das pessoas que compõem a organização e dos seus significados (HARTLEY, 1994). Segundo Gil (1991), esse método apresenta vantagens em relação a outros porque permite o estudo em profundidade de um número reduzido de objetos, porém de forma ampla e específica.

Quanto à abordagem do problema, caracteriza-se por ser qualitativa, pois é formulada com base em dados subjetivos, crenças, valores, opiniões, fenômenos e hábitos das pessoas consultadas (LAKATOS; MARCONI, 2001).

Os dados obtidos foram trabalhados sob a ótica da análise de conteúdo, um método de análise de texto baseado na inferência o qual permite reconstruir cosmovisões – elaboradas com fundamento em valores, opiniões e preconceitos – comparando-as entre comunidades (BAUER; GASKELL, 2008).

Com relação à unidade de análise, ela foi definida entre servidores do MPU (técnicos e analistas) lotados em procuradorias do MPF e do MPT instaladas no Rio Grande do Sul tanto na capital quanto no interior, abrangendo uma grande variedade de servidores em relação à faixa etária, ao tempo de serviço e às funções desempenhadas.

Utilizaram-se, para a obtenção dos dados, questionários com perguntas abertas. Dois formulários idênticos foram encaminhados, um deles aos endereços eletrônicos de todos os servidores do MPT lotados no Estado do Rio Grande do Sul e outro aos dos servidores do MPF, também no âmbito deste estado. O procedimento facilitou a participação e permitiu anonimato às respostas, pois elas retornavam, via *online*, sem que os endereços eletrônicos dos remetentes fossem identificados. Os questionários foram respondidos por 36 servidores, sendo 12 do MPT e 24 do MPF.

A interpretação dos dados foi feita após a coleta dos resultados dos questionários. Em um primeiro momento, as respostas a uma mesma pergunta foram comparadas dentro de cada um dos ramos, buscando-se, sob as luzes das teorias motivacionais, o consenso entre elas. Em seguida, as posições tomadas pelos servidores de um dos ramos foram contrastadas ao do outro ramo, para se inferir as diferenças e as semelhanças dos contextos analisados.

4.1 Limitações do método

As limitações do método utilizado encontram-se, em especial, na dificuldade de generalização dos resultados obtidos, visto que ficam restritos ao ambiente delimitado pela pesquisadora, não sendo possível concluir se o planejamento estratégico do MPT e do MPF, no que tange às políticas de valorização dos servidores, de forma geral, é eficaz. Para tanto, esta pesquisa deveria ser aplicada nos demais estados da federação. Contudo, não se pretendia atingir tal amplitude. Além disso, ressalta-se a dificuldade em se encontrar material bibliográfico sobre os assuntos abordados – planejamento estratégico e motivação – direcionado ao setor público.

Entretanto, esses riscos foram assumidos por se acreditar que as vantagens em se pesquisar o assunto sobrepujam as dificuldades apresentadas.

5 Análise da impressão dos servidores

Com base na revisão bibliográfica realizada, foi possível se proceder à análise das respostas aos questionários, conforme cada um dos estudiosos.

5.1 A motivação dos servidores segundo a teoria da hierarquia das necessidades de Maslow

Tomando como base Maslow e sua hierarquia de necessidades, os servidores do MPT lotados no Rio Grande do Sul demonstram,

por meio das respostas coletadas, insatisfações em relação a todos os níveis da pirâmide projetada pelo estudioso. Por sua vez, os servidores do MPF, lotados no mesmo estado da federação, têm suas necessidades atendidas de forma mais satisfatória, devido à melhor estrutura apresentada pela instituição; contudo, demonstram algumas insatisfações semelhantes aos colegas do outro ramo. Essa realidade foi averiguada com base em questionamentos acerca de cada um dos patamares da pirâmide de necessidades.

Quanto às necessidades fisiológicas, perguntou-se a respeito de meio ambiente de trabalho e salário. Constatou-se que a maior parte dos servidores do MPT reclama da falta de espaço físico e da precariedade das instalações. Os servidores do MPF, de modo geral, mostram-se satisfeitos quanto a esses aspectos. No entanto, ao serem questionados sobre o valor do salário recebido, os servidores de ambos os ramos demonstram insatisfação quanto à perda do poder aquisitivo e quanto ao valor salarial se comparado ao de outras instituições públicas. No entanto, reconhecem ser bem remunerados em relação à iniciativa privada. Muitos relatam insatisfação com a falta de recompensa salarial por meritocracia.

Em relação às necessidades de segurança, os servidores foram questionados sobre a qualidade do mobiliário, dos materiais, dos equipamentos e da Internet; responderam ainda acerca do quadro de pessoal, do plano de assistência médica, do nível de exigência por parte dos superiores e do nível de estresse percebido; por fim, enfocou-se a aposentadoria, o plano de carreira, e a estabilidade do setor público. A maioria das respostas obtidas demonstra insatisfação no que diz respeito a questões de segurança e a proteção de danos físicos e emocionais; tanto os servidores do MPT quanto do MPF apontam a falta de ergonomia dos móveis, a baixa qualidade do material de escritório utilizado e a lentidão da Internet como inibidores do desenvolvimento das atividades, pois causam desconforto físico e psíquico. No que se refere à área de recursos humanos, a totalidade dos servidores do MPT reclama do reduzido quadro de pessoal, o que, segundo eles, acarreta sobrecarga de trabalho. Por seu turno,

os servidores do MPF consideram o quadro suficiente, entretanto, também fazem referência à sobrecarga, cuja causa atribuem à falta de coleguismo e ao despreparo dos gestores. A pergunta relativa ao plano de saúde foi o item com maior número de respostas positivas, pois os servidores consideram o plano bastante satisfatório, embora alguns reclamem do custo e apontem certa dificuldade para encontrar médicos credenciados, especialmente no interior do estado. De forma geral, o nível de estresse no ambiente de trabalho no MPT é classificado como alto e no MPF como baixo e médio. No quesito aposentadoria, há consenso nas respostas, uma vez que os servidores mais antigos, de ambos os ramos, estão satisfeitos, contudo temem ser atingidos por mudanças na legislação; os servidores mais modernos não estão satisfeitos com a Lei n. 12.618/2012 (BRASIL), que cria a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público da União; e alguns, por julgarem a aposentadoria um evento ainda muito distante, não se preocupam com o assunto. Já o plano de carreira, que poderia ser encarado como um fator motivacional, acaba sendo causa de insatisfação, devido a problemas de planejamento. Quanto à estabilidade assegurada aos trabalhadores do setor público, todos os servidores consideram este direito muito importante para a segurança no desempenho das atividades institucionais, proporcionando, nesse sentido, grande satisfação; apontam, porém, o fato de que ela possa representar motivo de acomodação entre alguns.

As necessidades de associação, segundo apontam as respostas dos servidores dos dois ramos, não estão sendo satisfeitas. A sensação de pertença é dificultada pelo nível insatisfatório de relacionamento existente entre os servidores bem como entre servidores e procuradores. Muitas vezes, não há ambiente propício para a cooperação e para o trabalho em equipe. Foram feitas perguntas sobre a qualidade dos relacionamentos interpessoais, trabalho em equipe e cooperação.

As necessidades de estima, por seu turno, somente conseguem ser satisfeitas quando fatores internos são valorizados. Quando essas necessidades dependem de fatores externos, há grande dificuldade de serem atingidas. Averiguou-se essa realidade com base em ques-

tionamentos que permitiram aos servidores expressarem-se sobre respeito próprio e profissional, realização pessoal e profissional, autonomia e reconhecimento. O respeito e a realização, tanto pessoal quanto profissional, dividem as opiniões dos servidores: parte se sente satisfeita porque busca este sentimento intrinsecamente; parte insatisfeita, porque se foca em fatores que são de responsabilidade da instituição. Por sua vez, a autonomia, de uma forma geral, é encarada como um problema, pois a tomada de decisões é dificultada pela rígida hierarquia existente na instituição. Por fim, quanto ao reconhecimento, os servidores de ambos os ramos sentem-se pouco valorizados pelos superiores e pela sociedade em geral. Algumas vezes, alcançam reconhecimento pontual por meio de seus pares ou de cidadãos aos quais prestam atendimento. Pensam que o sistema de avaliação também não é capaz de valorizá-los, pois, segundo eles próprios, não é corretamente utilizado. Contudo, servidores mais jovens e com menor tempo de carreira demonstram maior nível de satisfação com relação a esse grupo de necessidades.

As necessidades de autorrealização abrangem crescimento pessoal e alcance do próprio potencial. Segundo Maslow, elas surgem e são atingidas à medida que as demais necessidades são satisfeitas. Por meio das respostas coletadas e da análise apresentada a respeito dos primeiros quatro patamares da pirâmide, cujos resultados demonstram insatisfação, não se pode dizer que os servidores tenham atingido o grau de realização. Corroborando esta constatação o fato de que um grande número de servidores expressa desejo de trocar de ramo, prestar concurso para outro órgão, deixar o serviço público, ou realizar atividades mais criativas e empreendedoras concomitantemente ao atual trabalho.

5.2 A motivação dos servidores segundo as teorias X e Y de Macgregor

Da análise das respostas aos questionários, emerge a ideia de que tanto o MPF quanto o MPT no Estado do Rio Grande do Sul não oferecem as condições adequadas, sob a ótica de McGregor,

para que os servidores atinjam a realização profissional. Não há dúvida de que eles buscam maturidade motivacional, mas são desestimulados por fatores extrínsecos, cuja responsabilidade é da própria organização. Problemas referentes ao meio ambiente de trabalho, ao tipo de tarefas executadas, à qualidade de relacionamentos, à sobrecarga de trabalho, ao assédio moral e ao despreparo da chefia são motivos de insatisfação. O problema fica ainda mais evidente quando eles são questionados sobre a possibilidade de expressão criativa no desempenho profissional.

5.3 A motivação dos servidores segundo a teoria dos dois fatores de Herzberg

Segundo Herzberg (1959 apud ROBBINS, 2007), se as organizações tiverem como meta a motivação das pessoas para o trabalho, deverão proporcionar condições favoráveis associadas ao trabalho em si, tais como reconhecimento, possibilidade de promoções, delegação de responsabilidades e oportunidades de crescimento. Como se verifica, com base nas afirmações dos servidores, essas condições não são contempladas em nenhum dos dois ramos do MPU em foco nesta pesquisa.

A teoria afirma ainda que os fatores propulsores de satisfação no trabalho são diferentes daqueles causadores de insatisfação. Quando as organizações procuram eliminar estes últimos, não estarão necessariamente motivando os trabalhadores. Esse fato fica claro ao se proceder à análise das respostas dos servidores do MPF, que, apesar de estarem cercados por melhores condições de fatores higiênicos em comparação às condições oferecidas pelo MPT, não se sentem motivados. Eles reconhecem aquilo que é favorável e que os satisfaz, mas almejam realizações mais complexas. Alguns demonstram estar tão insatisfeitos que manifestam vontade de trocar de ramo, mas não o fazem porque sabem que encontrarão ainda maiores dificuldades.

5.4 A motivação dos servidores segundo a teoria da expectância de Vroom

Os servidores do MPF e do MPT, lotados no Rio Grande do Sul, baseando-se nas respostas coletadas, demonstram que as relações entre esforço e desempenho, desempenho e recompensa e entre recompensa e alcance das metas pessoais, em seus locais de trabalho, não estão claras.

Ao se tomar o questionamento a respeito da possibilidade de ser criativo no ambiente de trabalho, percebe-se que os servidores esperam poder exercer suas atividades de forma criativa, esforçam-se para que isso ocorra, mas são tolhidos por fatores externos. Quando a criatividade é exercida, não há recompensa por isso; ao contrário, muitas vezes, essa atitude até mesmo os prejudica. Quando questionados sobre a compatibilidade entre o grau de exigência dos gestores e as condições de trabalho oferecidas, os servidores do MPT consideram as exigências desproporcionais, mostrando insatisfação por não serem recompensados pelo esforço que julgam penoso. Relacionam as melhorias desse quesito à qualificação dos gestores, ao aumento do quadro de recursos humanos e à maior valorização da atividade-meio. Todavia, não têm expectativas de que tal mudança ocorra a curto ou a médio prazo. Nota-se também que a qualificação profissional é almejada pela totalidade dos servidores, porém há dificuldades para participação em cursos, especialmente entre os servidores do MPT. A recompensa pela qualificação é considerada, de forma geral, insatisfatória e não há expectativa de que a situação venha a melhorar a curto ou a médio prazo. No tocante à possibilidade de tomadas de decisões, eles demonstram preferir não atingir esta realização porque a recompensa será negativa. Os servidores demonstram, ainda, que, devido ao modelo administrativo adotado, não há como fazer distinção entre os servidores produtivos e os acomodados.

6 Conclusões

O principal objetivo deste estudo foi avaliar se o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, estão cumprindo as determinações dos seus planejamentos estratégicos quanto às políticas ligadas à valorização e ao desenvolvimento dos recursos humanos, proporcionando aos servidores um ambiente de trabalho motivador, onde seja possível o desenvolvimento de conhecimentos, habilidades e atitudes.

Por meio de pesquisa com os servidores de carreira do Ministério Público da União que atuam em diversas procuradorias dos ramos em foco, identificou-se, mediante análise qualitativa, o nível de motivação desses profissionais, segundo as teorias de Abraham Maslow, Douglas McGregor, Frederick Herzberg e Victor Vroom. Os resultados obtidos foram contrastados aos planejamentos estratégicos do MPT e do MPF a fim de se verificar a aplicação destes documentos no que se refere à valorização dos recursos humanos.

Verificou-se que a maior parte das respostas mostra que a realidade vivenciada pelos servidores vai de encontro ao que é preconizado pelas teorias motivacionais utilizadas nesta pesquisa, no tocante a fatores de motivação, de satisfação e de realização.

Tomando-se como referência a teoria da hierarquia de necessidades de Maslow, percebe-se que os servidores, de um modo geral, sentem-se desmotivados, pois consideram que suas necessidades, desde as mais básicas até as mais complexas, não estão sendo atendidas.

Paralelamente, pode-se afirmar que, diante da teoria dos dois fatores de Herzberg, não há, de um modo geral, realização de fatores motivacionais tampouco de fatores higiênicos. Constatou-se, ainda em sintonia com o estudioso, que a ausência de fatores de insatisfação não foi capaz de proporcionar satisfação, como no caso das opiniões expressadas pelos servidores do MPF, que, mesmo reconhecendo as

boas condições de infraestrutura apresentadas pela instituição, manifestaram estar tão insatisfeitos quanto os colegas do outro ramo, sabidamente submetidos a condições básicas desfavoráveis.

Por sua vez, em relação às ideias de McGregor, percebe-se que os servidores, em sua maioria, se sentem submetidos a um sistema de administração que adota valores propostos pela Teoria X. Suas falas fazem referência a altos níveis de estresse no ambiente de trabalho e a gestores despreparados, injustos e incapazes de reconhecer e de valorizar o trabalho realizado.

Com base na teoria da expectativa de Vroom, evidenciou-se, por exemplo, que os servidores preferem não atingir certas conquistas, como a autonomia para decisões, porque, segundo eles, atitudes desta natureza trazem problemas em vez de satisfação; que, muitas vezes, não há qualquer diferença entre ser produtivo ou ser acomodado; que não esperam mudanças favoráveis a curto ou a médio prazo, pois não percebem interesse e apoio dos gestores nessa direção, realidade prejudicada ainda pelo modelo burocrático de administração adotado pelo serviço público, de uma forma geral.

Esse conjunto de insatisfações pode explicar porque grande parte dos servidores manifestou já haver pensado na possibilidade de abandonar o serviço público, trocando-o por atividade mais criativa e menos desgastante. Entretanto, importa destacar, também, que muitos destes mesmos servidores expressaram sentir respeito próprio por desempenharem uma atividade que está voltada ao benefício da sociedade, e este fator intrínseco os motiva a seguir trabalhando com dedicação.

Importante relatar, ainda, com relação especificamente às opiniões expressadas pelos servidores do MPT, que o fato de a instituição, perante a sociedade, ter por missão a defesa de interesses no âmbito das relações de trabalho, e, internamente, estar descuidando dos interesses do seu próprio quadro de pessoal, reforça o sentimento de desvalorização.

Diante dessas evidências, pode-se afirmar que existem muitos fatores que dificultam a concretização das políticas voltadas para a valorização dos recursos humanos preconizadas pelos planejamentos estratégicos do MPT e do MPF, concluindo-se que, no âmbito do Rio Grande do Sul, essas duas instituições não estão conseguindo cumpri-las de forma adequada.

É preciso mencionar, ainda, as limitações deste estudo: somente uma pequena parcela dos servidores do MPT e do MPF respondeu aos questionários, o que impede a generalização dos resultados, embora não os invalide. Dentro do universo pesquisado, o número de participantes lotados no MPF foi praticamente o dobro do número de participantes lotados no MPT.

Essa participação expressiva dos servidores lotados no MPF pode ser explicada pelo fato de a instituição possuir quadro de recursos humanos maior, todavia pode revelar também que esses servidores se sentiram mais animados a colaborar, haja vista a celeridade com que as respostas deles foram encaminhadas à pesquisadora. Em contrapartida, o menor número de questionários vindos do MPT, aliado à demora na devolução, pode demonstrar tanto escassez de recursos humanos quanto falta de motivação em participar da pesquisa. Esses eventos ganham significado quando se leva em consideração que a pesquisadora, quando da aplicação dos questionários, fazia parte do quadro do MPT, sendo conhecida pessoalmente por muitos servidores deste ramo, e que ela, inicialmente, havia conclamado a participação dos colegas.

Mesmo diante de tais limitações, considera-se que os resultados obtidos poderão beneficiar procuradores e servidores dos diferentes ramos do MPU; aqueles, porque terão oportunidade de refletir a respeito de suas práticas como gestores, e estes, porque poderão reconhecer atitudes e os motivos que os levaram a tomá-las. Reflexão e reconhecimento permitirão a busca por condições favoráveis para transformar a realidade atual.

Por fim, com base nas constatações e limitações apresentadas, sugere-se que um estudo semelhante seja aplicado entre servidores do MPM no Estado do Rio Grande do Sul, e que os resultados obtidos sejam comparados aos resultados desta pesquisa. Sugere-se, ainda, um estudo mais amplo que abranja os demais estados da federação e o Distrito Federal, representando, assim, a totalidade de ramos do MPU.

Referências

AGUIAR, Maria Aparecida Ferreira de. *Psicologia aplicada à administração: teoria crítica e a questão ética nas organizações*. São Paulo: Excellus, 1992.

BAUER, Martin, W.; GASKELL, George. *Pesquisa Qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BERGAMINI, Cecília Whitaker. *Psicologia aplicada à administração de empresas: psicologia do comportamento organizacional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Marli Arado. *Planejamento orçamentário: uma ferramenta para concretização dos objetivos do planejamento estratégico*. Brasília, 2011. 91 f. Monografia (Especialização em Gestão Pública Legislativa). Câmara dos Deputados, Cefor, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6664/planejamento_%20orcamentario_costa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 dez. 2012.

DAVIS, Keith; NEWSTROM, John W. *Comportamento humano no trabalho*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. v. 1.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1991.

HARTLEY, Jean F. Case studies in organizational research. In: CASSELL, Catherine & SYMON, Gillian (Ed.). *Qualitative methods in organizational research: a practical guide*. London: Sage, 1994. p. 208-229. Disponível em: <http://www.reocities.com/claudiaad/case_study.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2012.

HAMPTON, David. *Administração Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Pearson Education, 2005.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Marcus Luiz Santana. *Motivação para o trabalho como fator de criatividade e incremento de produção em empresas de médio porte – o caso ACEPLAC*. Rio de Janeiro, 2001. 165 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). 2001. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3656/000333014.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ROBBINS, Stephen. *Comportamento organizacional*. 11. ed. São Paulo: Pearson Hall, 2007.

ROSA, João Guimarães. *Ficção completa*. Nova Aguiar, 1994. v. 2. Disponível em: <<http://stoa.usp.br/carloshgn/files/-1/20292/GrandeSertoVeredasGuimaresRosa.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

SILVA, Daniel José da. *Uma abordagem cognitiva ao planejamento estratégico do desenvolvimento sustentável*. Florianópolis, 1988. Tese (Doutoramento em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 1988. Disponível em: <http://www.gthidro.ufsc.br/arquivos/tese_daniel_jose_da_silva.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2012.

SILVA, Washington Carlos Maciel da. *Motivação nas organizações: um estudo em organização pública do poder legislativo*. Brasília, 2006. Monografia (Especialização em Gestão de Pessoas) – Fundação Getúlio Vargas, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/4403/motivacao_organizacoes_washington.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2012.

SINASEMPU. *MPU faz manifestação*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.sinasempu.org.br/index.php/noticias/servidores_mpufazemmanifestacao.html 01-12>. Acesso em: 1º dez. 2012.

SOTO, Eduardo. *Comportamento organizacional: o impacto das emoções*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

Direito dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais

A possibilidade de ampliação dos limites de terras indígenas demarcadas antes do advento da Constituição Federal de 1988

Bruno Gontijo Rocha

Analista do MPU e Assessor de Procurador Regional da República. Especialista em Direito Público.

Resumo: A demarcação de terras indígenas é tema dotado de peculiar importância no âmbito dos direitos dos povos indígenas. O presente estudo tem por escopo demonstrar a viabilidade jurídica da ampliação dos limites territoriais de terras indígenas demarcadas antes da nova ordem constitucional. Nesse contexto, faz-se uma abordagem inicial das normas constitucionais que fundamentam os direitos dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, bem como da alteração de paradigma operada pela Constituição Federal de 1988. Em seguida, analisa-se o tratamento conferido às terras indígenas pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como a demarcação de terras indígenas e o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à demarcação de terras fixado no julgamento da PET n. 3388/RR, principalmente em virtude da “salvaguarda institucional” XVII (é vedada a ampliação de terra indígena já demarcada), demonstrando-se que tal condicionante é inaplicável quando a demarcação tiver se operado antes da CF/1988. Pôde-se concluir que a instauração de uma nova ordem jurídica, por meio da Constituição Federal de 1988, trouxe novos parâmetros para a demarcação de terras indígenas, possibilitando que, sob o influxo deles, haja a ampliação dos limites territoriais de demarcação feita antes do seu advento, sendo incabível a aplicação da “salvaguarda institucional” XVII para impedir tal procedimento.

Palavras-chave: Terras indígenas. Nova ordem constitucional. Ampliação de demarcação.

Abstract: The demarcation of Indian lands is an important theme in indigenous rights. This study aims to show the legal ability of increasing the bounds of Indian lands demarcated before the Brazilian Constitution of 1988. In this context, it approaches the constitutional rules that bases the indigenous rights to use traditionally occupied lands and also the, paradigm change caused by the Brazilian Constitution of 1988. Then, it analyzes the treatment given by the Convention 169 of International Labour Organization (ILO) to the demarcation of Indian lands and the understanding of Supreme Federal Court in the sentence of PET 3388/RR, mostly due to the “institutional safeguard” XVII (it is prohibited to increase Indian lands already demarcated), demonstrating that the “institutional safeguard” is not applicable when the demarcation was done before Brazilian Federal Constitution of 1988. It can be concluded that the establishment of the new constitutional order brought new parameters for Indian lands demarcation, therefore enabling the increase of demarcation of indigenous lands occurred before the Brazilian Constitution of 1988 and that the the “institutional safeguard” XVII can not be used for this purpose.

Keywords: Indigenous lands. New constitutional order. Amplified demarcation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Regime jurídico-constitucional das terras indígenas. 3 O tratamento conferido às terras indígenas pela Convenção 169 da OIT. 4 Demarcação de terras indígenas. 4.1 Os marcos constitucionais a serem observados. 4.2 Procedimento administrativo de demarcação. 4.3 Natureza jurídica do ato de demarcação. 5 A proibição de ampliar a demarcação de terras indígenas como “salvaguarda institucional” e sua inaplicabilidade a demarcações anteriores à CF/1988. 6 Considerações finais.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao instaurar uma nova ordem jurídica, conferiu especial atenção aos povos indígenas ao destinar capítulo próprio e exclusivo para o tratamento da matéria (Título VIII, Capítulo VIII), além de conter outras previsões esparsas em seu texto. Quando comparada com as Constituições pretéritas,

promove uma alteração significativa no modelo até então adotado em relação ao tratamento conferido à cultura indígena.

No âmbito infraconstitucional, por sua vez, a adesão do Brasil à Convenção n. 169 da OIT e sua inserção no ordenamento jurídico doméstico, por meio do Decreto n. 5.051/2004, representou, também, avanço na proteção dos direitos desses povos, em sintonia com o projeto constitucional.

O ponto fundamental dos direitos indígenas reside no tema afeto às suas terras, espaço destinado constitucionalmente para sua reprodução física e cultural.

O Ministério Público, que foi erigido pela Constituição Federal de 1988 como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais disponíveis (art. 127, *caput*), além da função genérica de “defensor do povo” – como já abordado pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do consignado no voto do min. Celso de Mello no âmbito do AI 759.543/RJ –, tem a atribuição específica de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, V, CF/1988).

Tal função ministerial é crucial para a eficácia social dos direitos constitucionalmente garantidos, considerando-se que as questões concernentes às terras indígenas, normalmente, têm como participantes, de um lado, agentes privados dotados de grande poder econômico ou mesmo os próprios entes federativos – movidos, às vezes, por interesses econômicos ou políticos de seus dirigentes – e, de outro, povos indígenas que não dispõem de um poder de reação proporcional à ação que pode ser exercida por aqueles.

Abordando especificamente os aspectos que envolvem as terras indígenas, o objetivo central do presente estudo é demonstrar a viabilidade jurídica da ampliação dos limites territoriais de demarcação de terra indígena operada antes do advento da CF/1988, afastando, no caso, a vedação que consta na condicionante XVII,

erigida pelo Supremo Tribunal Federal (é vedada a ampliação de terra indígena já demarcada).

Desse modo, a abordagem ficará restrita às terras indígenas e à respectiva demarcação, não sendo a pretensão esgotar o tema afeto aos direitos indígenas consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção n. 169 da OIT, do qual são extraídos diversos aspectos.

Busca-se, assim, apenas contribuir para a reflexão sobre os direitos dos povos indígenas, especialmente no que implica a delimitação de seus territórios, de forma a propiciar, cada vez mais, um avanço no debate do tema.

2 Regime jurídico-constitucional das terras indígenas

A Constituição Federal de 1988 conferiu notável destaque aos direitos dos povos indígenas, quando comparada às constituições pretéritas, pois destina capítulo próprio para o seu tratamento dentro do âmbito do título que trata da ordem social (Capítulo VIII, inserto no Título VIII), além de diversas outras disposições constitucionais esparsas relacionadas a tais direitos (art. 20, IX, art. 22, XIV; art. 49, XVI; art. 109, XI; art. 129, V; art. 176, § 1º; art. 210, § 2º; art. 215, § 1º, todos do texto permanente; e art. 67 do ADCT)¹.

Nesse sentido, o Capítulo VIII do Título VIII da CF/1988 constitui a base dos direitos dos índios, revelando o propósito do constituinte originário de erigir normas que dessem eficácia social a esses direitos (SILVA, 2009).

Nota-se, da leitura das normas constitucionais, que o constituinte conferiu uma atenção especial ao aspecto territorial, considerando, além do significado inerente à terra para o povo indígena,

1 Em razão do avanço significativo no tratamento dos direitos dos índios, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada “uma espécie de marco divisor para a avaliação da situação dos índios no Brasil de hoje” (ARAÚJO, 2006, p. 38).

a predominância de dispositivos constitucionais a ela relacionados quando comparados com outros direitos (art. 20, IX; art. 49, XVI; art. 176, § 1º; art. 231, todos da parte permanente do texto constitucional; e art. 67 do ADCT).

Não é outro o magistério de José Afonso da Silva (2008), que, fundado no valor das terras para o povo indígena, aponta que a questão da terra se transformou no ponto central dos direitos constitucionais dos índios.

A CF/1988 reconhece aos índios, de forma expressa, a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições bem como os direitos originários sobre as terras que são ocupadas de forma tradicional, considerando como tradicionais os territórios habitados em caráter permanente, os utilizados para suas atividades produtivas, os imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários à garantia do bem-estar e à reprodução física e cultural (art. 231, *caput*, e § 1º).

Tais terras têm um significado diferenciado quando comparadas com o instituto comum da propriedade, de forma que se exige um tratamento diverso.

Enquanto o direito à propriedade, que é instituto tipicamente inserido no âmbito do Direito Civil, está relacionado principalmente ao proveito econômico que seu titular pode ter sobre a coisa, a terra indígena é típico instituto de Direito Constitucional, que se relaciona ao próprio modo de ser e viver dos povos indígenas, sendo o espaço territorialmente definido para a sua reprodução física e cultural².

A doutrina destaca tal aspecto, como se depreende das lições de José Afonso da Silva (2008), o qual afirma que a terra tem um

2 Deborah Duprat (s.d.), ao abordar o aspecto multicultural e pluriétnico do Estado brasileiro, afirma que a Constituição Federal consagra espaços de pertencimento, em territórios, com moldura diversa da propriedade privada, uma vez que, enquanto esta estaria relacionada à apropriação econômica, aqueles estariam relacionados a um espaço étnico e cultural.

valor de sobrevivência física e cultural para esses povos. Deborah Duprat (s.d.), por sua vez, defende que os territórios dos índios, segundo a CF/1988, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de seus direitos identitários, refletindo uma noção de acolhimento, enquanto a propriedade privada seria marcada pela individualidade e por ser espaço excludente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação popular relativa à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), consignou o sentido da terra para esses povos:

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. [...] Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil (STF, PET 3388/RR, rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009).

A constatação de que a terra indígena tem uma nítida vinculação com a garantia da reprodução cultural desse povo, somada com o compromisso estatal de resguardar a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o dever de proteger as manifestações da cultura indígena (art. 215, *caput*, e seu § 1º), denota a adoção de uma concepção constitucional baseada no multiculturalismo, que respeita o direito dos povos indígenas de ser diferente³.

3 Conforme leciona Deborah Duprat (s.d., p. 1), a República Federativa do Brasil é pluriétnica e multicultural, de forma que devem ser assegurados aos grupos dotados de identidades específicas “o controle de suas próprias instituições e forma de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. A autora ainda pondera que a

Tem-se, nesse contexto, uma alteração significativa de paradigma. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, predominava uma concepção que defendia a necessidade de integração dos povos indígenas à comunidade nacional, como se a cultura dos não-índios fosse superior⁴. Com a nova ordem constitucional, não se pode mais interpretar os direitos dos índios com base em uma noção assimilacionista, que tem a pretensão de “transformar índios em não-índios”⁵, mas sim sob a influência de uma visão que respeite o direito à diferença⁶.

Apesar de os direitos dos índios às terras que ocupam não ter surgido com a Constituição Federal de 1988⁷, a adoção do respeito à

Constituição brasileira afasta a noção de um mundo preexistente, consagrando que “fazer, criar e viver dão-se de forma diferente em cada cultura, e que a compreensão de mundo depende da linguagem do grupo” (DUPRAT, s.d., p. 5).

- 4 Essa noção de integração pode ser constatada tanto ao se analisar as Constituições pretéritas quanto a legislação infraconstitucional. A Constituição Federal de 1934, apesar de assegurar, em seu art. 129, a posse dos índios sobre as terras em que se achassem permanentemente localizados, atribuiu à União a competência para legislar sobre a integração dos índios à comunidade nacional (art. 5º, XIX, *m*). O viés de assimilação dos indígenas foi mantido nas Constituições posteriores (art. 5º, XV, *r*, da CF/1946; art. 8º, XVII, *o*, da CF/1967; e, por fim, art. 8º, XVII, *o*, da CF/1967 com redação dada pela EC/1969). No âmbito infraconstitucional, pode-se destacar a Lei n. 6.001/1973, que, entre outras previsões, elenca graus de integração dos indígenas à comunidade nacional (art. 4º).
- 5 Expressão utilizada pelo desembargador federal Souza Prudente do TRF 1 no voto proferido no julgamento dos embargos de declaração na apelação 2006.39.03.000711-8/PA.
- 6 Nesse ponto, cabe destacar que eventual convivência dos índios com não índios, com a adoção de instrumentos ou práticas própria a estes, não ocasiona a perda da cultura indígena. O min. Carlos Britto, na PET 3388/RR, apontou que a cultura indígena não se dilui na convivência com não índios, visto que “a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos”.
- 7 Conforme informa José Afonso da Silva (2008), o Alvará de 1º de abril de 1680 foi a primeira norma legal que previu o direito dos índios às terras ocupadas de forma tradicional. Tal previsão também constou na Lei de 6.6.1775 (SILVA, 2008) bem como

diferença em detrimento do viés de integração repercute na demarcação de suas terras, de modo a evidenciar a formação, como abordou o STF na PET 3388/RR, de um “espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural”.

Com base no exposto até o momento, pode-se perceber que o caráter tradicional a que se refere a Constituição Federal de 1988, para fins de delimitação das terras das populações indígenas, alude, em essência, à análise da extensão dos traços próprios dessas comunidades na interação entre eles e a terra, segundo os parâmetros elencados no art. 231, § 1º, da CF/1988. Não está atrelado, como aponta José Afonso da Silva (2008), a uma circunstância temporal.

Dessa forma, não se exige que o caráter tradicional que permeia a ocupação indígena sobre um determinado espaço territorial seja imemorial (SILVA, 2008).

Exigir que a comprovação desse requisito fosse imemorial, remontando às primeiras ocupações das terras na época da colonização, acabaria por inviabilizar a efetividade dos direitos assegurados à comunidade específica que a Constituição visou proteger. Dificilmente haveria elementos suficientes para compor o laudo antropológico.

Deborah Duprat (s.d.) elenca três fatores para o abandono do requisito da imemorialidade: a) não há possibilidade lógica de se exigir uma análise pautada nesse critério, considerando-se a descharacterização dos territórios originais em razão do avanço do processo de colonização; b) o processo de colonização ocasionou redefinições desses territórios; c) não se pode atrelar os direitos assegurados a uma comunidade que existe no presente, com perspectiva voltada para o futuro, a um imobilismo do passado.

em diplomas posteriores, como a Lei de Terras (Lei 601, de 1850), responsável por conferir tratamento normativo que visou reorganizar o regime de terras após a extinção do regime das sesmarias, assim como na Constituição Federal de 1934 e seguintes.

Nesse diapasão, utilizando o caráter tradicional da ocupação, competirá exclusivamente à União a demarcação das terras, seguindo o procedimento traçado no Decreto n. 1.775/1996, bem como o dever de protegê-las e fazer com que as respeitem (art. 231, *caput*, CF/1988)⁸.

Não se deve confundir, no entanto, o significado das terras para o povo indígena com a propriedade dela. De fato, as terras indígenas não têm como proprietários os próprios índios, constituindo bem da União, nos termos do art. 20, XI, da CF/1988.

Consustanciam, no entanto, bens públicos de uso especial, visto que são destinados a garantir um indiscutível interesse público, direcionado à garantia da sobrevivência física e cultural das populações indígenas⁹. O Supremo Tribunal Federal já abordou especificamente esse aspecto, conforme se extrai de trecho da ementa do RE n. 183.188/MS:

A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. As terras

8 O min. Carlos Britto, no julgamento da PET 3388/RR, asseverou que compete somente à União, por atos praticados no âmbito do Poder Executivo, iniciar, sequenciar e concluir formalmente o procedimento de demarcação, bem como efetivá-lo materialmente. Fixou, ademais, que o dever de proteção dessas terras, a cargo da União, não se volta somente contra os não índios, devendo ser exercido, inclusive, em face de outros entes federados, a saber, estados-membros e municípios.

9 José dos Santos Carvalho Filho (2010) enquadra as terras indígenas como bens de uso especial da União por serem destinadas à proteção de uma categoria social específica.

tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (STF, RE n. 183.188/MS, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgamento em 10.12.1996).

Desse modo, essas terras destinam-se, como se extrai da própria dicção utilizada na Constituição Federal, à posse permanente desse povo, de forma a lhes assegurar o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos (art. 231, § 2º)¹⁰. Significa, então, que os índios manterão a posse dessas terras por período indefinido (DALLARI, 1991), enquanto perdurar o viés tradicional que marca essa relação entre eles e a terra.

Trata-se, como bem colocou José Afonso da Silva (2009), de uma garantia para o futuro e não de mero pressuposto do passado, de forma que a eles fica assegurada a manutenção de seu *habitat*, como emanção própria de um direito originário.

O fato de as terras serem consideradas bens públicos da União confere, ademais, como ocorre com outros bens públicos, um regime jurídico diferenciado, de forma que elas passam a ser inalienáveis, indisponíveis e marcadas pela imprescritibilidade (art. 231, § 4º, da CF/1988). No entanto, diversamente do que ocorre em relação a outros bens públicos de uso especial que, por meio da desafetação, podem perder a finalidade pública à qual estavam ligados segundo a lei e ser alienados pelo ente proprietário, as terras indígenas, como bens públicos de uso especial da União, têm des-

¹⁰ José Afonso da Silva (2009) pontua que os índios figuram na condição de usufrutuários exclusivos dessas riquezas, sendo que tal usufruto seria intransferível.

tinção constitucionalmente definida, de forma que não poderia haver desafetação, conforme prevê a legislação infraconstitucional – a posse permanente garantida pela Constituição aos povos indígenas impediria qualquer tentativa nesse sentido¹¹.

Como decorrência lógica da posse permanente e do usufruto sobre as riquezas naturais das terras que os índios tradicionalmente ocupam, a própria Constituição Federal determina a nulidade e a extinção de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e dos lagos nela existentes, salvo relevante interesse público da União. Isso porque os direitos dos índios reconhecidos pela Constituição são originários, decorrentes de uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, que consubstancia fonte primária e congênita da sua posse territorial (SILVA, 2009).

Eventuais títulos que caracterizem propriedade privada sobre as terras reconhecidas como indígenas são nulos, sendo garantido aos particulares tão somente a indenização por benfeitorias advindas de ocupação de boa-fé, as quais só podem ser exigidas, consoante adverte José Afonso da Silva (2009), da União e não dos povos indígenas.

Como consequência dessa garantia para o futuro, marcada pelo caráter tradicional da ocupação, a Constituição não permite a remoção dos grupos indígenas de suas terras, ressalvadas as hipóteses em que seja estritamente necessária para a própria garantia da integridade desse povo ou por interesse nacional, após deliberação do Congresso Nacional (art. 231, § 5º). Em qualquer caso, no

11 Pode-se considerar que as terras indígenas, segundo o regime constitucional, encaixam-se no que Marçal Justen Filho (2014) considera como bens intrinsecamente públicos. Segundo o autor, os bens públicos que integram a identidade da nação e do Estado brasileiro seriam intrinsecamente públicos, o que faz com que sejam inalienáveis de forma incondicional. Não há como negar, com base em uma visão multicultural e pluriétnica adotada pelo Estado brasileiro, que as terras indígenas como espaços territoriais constitucionalmente destinados à efetivação da cultura indígena e de sua reprodução física, integram uma das várias faces da identidade da nação.

entanto, a Constituição assegura o retorno imediato após a cessação da causa que ensejou o deslocamento.

Essas características, que marcam a relação entre o povo indígena e sua terra, garantem, ainda, conjuntamente com o direito à autodeterminação¹², que o aproveitamento dos recursos hídricos – incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra de riquezas minerais nesse espaço territorial – só possa ocorrer após autorização do Congresso Nacional (art. 231, § 3º), materializada mediante decreto legislativo (art. 49, XVI), desde que haja oitiva da respectiva população indígena¹³.

Importante, nesse ponto, destacar que a oitiva dos povos indígenas é obrigatória, *intuitu personae* – a manifestação dos índios deve ser colhida e não meramente substituída por eventual manifestação da FUNAI – e deve ser prévia à autorização que seria expedida pelo Congresso Nacional, de forma que a inobservância desses requisitos ocasiona vício material no processo legislativo atinente ao decreto legislativo que materializa a autorização. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento dos embargos de declaração

12 O direito à autodeterminação é reconhecido aos povos indígenas. Com efeito, de acordo com Robério Filho, o direito à autodeterminação não estaria limitado a um certo povo, sendo titularizado por todos os povos; e os índios, por constituírem uma subdivisão étnica no Estado, em razão da sua inserção na categoria de grupos diferenciados por suas características étnicas, integram um dos sentidos que pode ser atribuído a “povos” conforme lição de Vernon Van Dyke. Tal direito, segundo se pode depreender da lição daquele autor, possibilita que os índios escolham o que é melhor para o próprio desenvolvimento da comunidade que integram, sob os pontos de vista político, econômico, social e cultural. Como derivação desse direito, tem-se a necessidade de o Estado oferecer a oitiva dos índios em relação a empreendimentos que afetem o seu desenvolvimento.

13 Não se permite, no entanto, o exercício da atividade garimpeira nas terras indígenas (art. 231, § 7º, CF/1988), seja por meio de cooperativa ou não, salvo a que é feita pelos próprios indígenas (SILVA, 2009). O min. Carlos Britto justifica a proibição de garimpo em terras indígenas com base em dois fundamentos. Primeiro, por se tratar de atividade significativamente degradante ao meio ambiente. Segundo, por a história demonstrar que o convívio de índios com os garimpeiros ocasionou o repasse de várias doenças graves à reprodução física e cultural daqueles (nota de rodapé 1, p. 11, do voto proferido na PET 3388/RR).

interpostos pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região na apelação 2006.39.03.000711-8/PA, atribuindo efeitos modificativos aos embargos, decidiu, à luz do que dispõem a Constituição Federal e a Convenção n. 169 da OIT¹⁴, declarar a invalidade dos atos administrativos praticados no bojo do procedimento de licenciamento ambiental do aproveitamento hidroelétrico Belo Monte, elencando como uma das razões a falta de oitiva prévia das comunidades indígenas que seriam afetadas com sua implantação.

Essas são as linhas gerais do regime constitucional das terras indígenas, que veio a ser reforçado, em certa medida, com a ratificação da Convenção 169 da OIT pelo Brasil e a sua incorporação ao ordenamento jurídico doméstico.

3 O tratamento conferido às terras indígenas pela Convenção n. 169 da OIT

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho decorreu das conclusões da reunião na 76ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, realizada em junho de 1989, por meio da qual, diante de diversas propostas de revisão da Convenção n. 107 da OIT – que versava sobre populações indígenas e tribais e remontava a 1957 – e considerando constatações vinculadas à insuficiência na concretização e respeito dos direitos dos povos indígenas e tribais¹⁵, foram estabelecidas novas regras para proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais.

14 A Convenção n. 169 da OIT, adotada no ordenamento jurídico doméstico por meio da promulgação do Decreto n. 5.051/2004, prevê, em seu artigo 15, 2, que, nos casos em que a propriedade dos minérios, recursos do subsolo ou direitos sobre outros recursos existentes na terra pertencer ao Estado, os governos devem estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração desses recursos.

15 Entre outras motivações, podem ser mencionadas as seguintes: reconhecimento das aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades,

Nesse contexto, a convenção assegurou uma proteção diferenciada de acordo com a condição concreta desses sujeitos de direitos, foi ratificada pelo Brasil em julho de 2002 e entrou em vigor no âmbito internacional em julho de 2003 (artigo 38 da convenção), tendo sido incorporada ao ordenamento jurídico interno por meio da promulgação do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

Sobre as inovações trazidas pela Convenção n. 169 da OIT, Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 318) comenta:

A nova Convenção representa evidente aperfeiçoamento das normas fixadas na anterior, incorporando preceitos constantes dos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU em 1966, bem como as novas concepções resultantes das intensas pesquisas antropológicas e das profundas transformações das sociedades humanas, que valorizaram extraordinariamente a dimensão humana do índio e, paradoxalmente, aumentaram as pressões das sociedades circundantes sobre as comunidades indígenas.

Ela consagra, assim, junto com a Constituição Federal, um verdadeiro sistema de proteção com base nas peculiaridades culturais desse povo e no reflexo destas nos mais diversos aspectos sociais que circundam o seu desenvolvimento como sujeito de direito especificamente considerado.

As disposições constantes na Convenção n. 169 da OIT, no que tange ao direito dos povos indígenas relacionados a terra (artigos 13 a 19), vão, em regra, ao encontro do sentido atribuído pelo constituinte originário, de forma que as disposições constitucionais são, em sua maioria, reforçadas pelo contido na referida convenção. Não obstante, dois pontos devem ser necessariamente abordados.

línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram; e constatação de que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente.

Primeiro, a Convenção n. 169 da OIT, diversamente da opção constitucional, dispõe que a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é deles e não de algum ente federativo (artigo 14, 1)¹⁶. Nesse ponto, entende-se que a convenção não deva ter aplicabilidade no âmbito interno, pois, apesar de veicular normas sobre direitos humanos, estas não têm *status* de norma constitucional por não terem sido aprovadas segundo o rito próprio das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF/1988), de forma que se enquadram, no contexto da hierarquia das normas, em posição de supralegalidade¹⁷. A Constituição Federal, como norma parâmetro, que serve de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico, também irradia seus efeitos sobre a Convenção n. 169 da OIT, e eventual incompatibilidade é resolvida em favor daquela e em detrimento desta. Edson Ferreira de Carvalho (2006) defende que essa incompatibilidade é resolvida em favor da Constituição Federal, aduzindo que o artigo 14 dessa convenção não tem vigor no Brasil.

A segunda observação concerne ao artigo 15, 2, da Convenção n. 169/OIT, que prevê a necessidade de consulta prévia dos povos indígenas, a fim de se determinar se os interesses deles seriam prejudicados e em que medida, em casos de empreendimentos ou autorizações de programas voltados à exploração dos recursos minerais, do subsolo ou outros, quando a propriedade destes for do Estado. Apesar de essa previsão não ser a única que garante a efetiva participação dos povos indígenas em procedimentos que possam impactar direta ou indiretamente sobre seus direitos, havendo outros dis-

16 É interessante assinalar que essa discrepância, como aponta Dallari (1991), não foi inaugurada pela Convenção n. 169 da OIT. Em verdade, a Convenção 107 da OIT já dispunha, em seu artigo 11, que a propriedade das terras ocupadas pelos índios era atribuída a eles, e a Constituição Federal de 1967 já consignava que se tratava de bens da União.

17 Apesar de haver autorizado pensamento em sentido contrário, prevalece no STF (RE n. 466.343) o entendimento de que os tratados que versem sobre direitos humanos e que não sejam aprovados pelo rito das emendas constitucionais figuram em posição intermediária entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, ostentando caráter supralegal.

positivos da convenção nesse sentido (a exemplo dos artigos 2º, 1; 4º, 2; 5º, c; 6º; e 7º), esse se relaciona especificamente à questão das terras tradicionalmente ocupadas por eles.

Como já abordado no tópico anterior do presente artigo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, § 3º, garante a oitiva da comunidade indígena no contexto da autorização a ser concedida pelo Congresso Nacional para fins de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas.

Apesar de a Constituição não estabelecer expressamente qual o momento da oitiva, uma interpretação que levasse a sério os direitos desses povos, fundada nos valores em que se baseia a Constituição, já poderia levar à conclusão de que a oitiva deveria ser prévia. A oitiva posterior à autorização expedida pelo Congresso Nacional é medida sem efetividade, que visaria apenas, sob o ponto de vista formal, garantir a participação da comunidade indígena, não assegurando o direito que deriva da autodeterminação de que são titulares.

No entanto, ainda que se pudesse argumentar que a oitiva dos povos indígenas poderia ser póstuma, baseada em uma interpretação do texto fora do contexto, tal vertente interpretativa não subsiste diante da expressa determinação que emana do artigo 15, 2, da Convenção n. 169 da OIT. Tal dispositivo tem a importante função de afastar qualquer dúvida que pudesse haver em relação ao momento da oitiva, complementando, nesse ponto, a norma constitucional.

A observância dessa convenção pelo Congresso Nacional, quando da edição de decretos legislativos voltados a autorizar tais empreendimentos (art. 49, XVI, CF/1988), é medida que se impõe em razão da sua posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico nacional.

Foi com base na interpretação principalmente desse dispositivo da Convenção n. 169 da OIT, que o Tribunal Regional Federal, no

juízo de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região em face do acórdão prolatado pela Quinta Turma no âmbito da apelação 2006.39.03.000711-8/PA, fixou que a autorização concedida pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 788/2005, era inválida.

A autorização em tela permitiu ao Poder Executivo implantar o aproveitamento hidroelétrico em Belo Monte, no trecho do rio Xingu no Pará, postergando a oitiva das comunidades indígenas que seriam afetadas.

Os votos dos desembargadores federais Selene Maria de Almeida – voto vencido no julgamento da apelação interposta pelo *Parquet* – e Souza Prudente – proferido no âmbito do julgamento dos embargos de declaração e seguido por unanimidade pela Quinta Turma do TRF da 1ª Região – trataram com propriedade dos direitos dos povos indígenas. Em razão da importância do julgamento, transcreve-se trecho da ementa do acórdão dos referidos embargos:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ITEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ITEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ITEM 1; 14, ITEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

[...]

VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemorais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso.

VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. A Constituição do Brasil não consagrou um estudo póstumo de impacto ambiental; ela consagrou um estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, § 1º, IV), e o governo federal quer implantar um estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, assim, anulando os direitos fundamentais dessas comunidades indígenas.

[...]

XI - Embargos de declaração parcialmente providos, com modificação do resultado do julgamento.

XII - Apelação provida, em parte. Sentença reformada. Ação procedente, para coibir o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, em decorrência da invalidade material do Decreto Legislativo nº. 788/2005, por violação à norma do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1

e 2, 6º, item 1, alíneas a, b, e c, e 2; 7º, itens 1, 2 e 4; 13, item 1; 14, item 1; e 15, itens 1 e 2 da Convenção nº. 169/OIT, ordenando às empresas executoras do empreendimento hidrelétrico Belo Monte, em referência, a imediata paralisação das atividades de sua implementação, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º) (EDAC 0000709-88.2006.4.01.3903/PA, rel. desembargador federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-*DJF1*, p. 316, de 27 ago. 2012).

4 Demarcação de terras indígenas

Conforme já se abordou, os atos inerentes ao procedimento de demarcação de terras indígenas competem exclusivamente à União, a teor do art. 231, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Antes de adentrar especificamente no procedimento administrativo, é interessante apontar os marcos decorrentes da Constituição que informam a demarcação, conforme exposição constante no voto do min. Carlos Britto na PET 3388/RR, que os enquadrrou como integrantes do conteúdo positivo do ato de demarcação.

4.1 Os marcos constitucionais a serem observados

Com base na lição do min. Carlos Britto e no quanto já foi exposto até o momento, cabe apontar os marcos que servem de norte para a demarcação.

O primeiro refere-se ao marco temporal a ser considerado para fins de aferição da ocupação tradicional da terra pelos índios. Com efeito, conforme abordado pelo relator da PET 3388/RR, a Constituição trabalhou com data certa, de forma que se deve aferir se a ocupação tradicional de determinado espaço territorial pelos índios mantinha-se à época da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988). Como apontou o min. Carlos

Britto, a data da promulgação da CF/1988 serve como “chapa radiográfica” da questão das terras indígenas.

Em segundo lugar, está o marco da tradicionalidade da ocupação, que designa a íntima relação entre a terra e os índios, caracterizada por um vínculo anímico e psíquico que deriva da necessária influência dessa zona de pertencimento para a sobrevivência cultural e física, a evidenciar uma qualificada perdurabilidade da ocupação.

É justamente esse caráter tradicional que, conjugado com o marco temporal, impede que se afaste a caracterização de determinado espaço territorial como terra indígena quando se constata que a ausência dos índios decorre de força externa. Equivale a dizer que a ocupação indígena que não se verifique em 5 de outubro de 1988 não obsta a demarcação do espaço como terra indígena se os nativos foram expulsos antes desse marco temporal (esse é o caso, aliás, da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol), a despeito da manutenção da tradicionalidade que marca a relação entre o índio e a terra – constatada pelo laudo antropológico.

Em terceiro lugar, o min. Carlos Britto elenca o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Em relação a esta, tem-se que a delimitação das fronteiras territoriais deve observar as coordenadas constitucionais contidas no art. 231, § 1º, da CF/1988, analisadas conforme a extensão dos usos, costumes e tradições dos índios. Ou seja, o perímetro será definido analisando-se até que ponto se estendem os usos, costumes e tradições referentes à definição das áreas habitadas permanentemente, necessárias às atividades produtivas, à preservação dos recursos ambientais essenciais ao bem-estar e à reprodução física e cultural.

Por fim, em relação aos marcos, há o conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. Nesse ponto, temos que a proporcionalidade a ser utilizada para delimitação da extensão da terra indígena não deve ser pensada segundo a concepção de não índios, que tende a ser inevitavelmente mais restrita, pois visa a garantir apenas a sobrevivência física.

Com efeito, a proporcionalidade deve ser vista segundo a concepção aborígene, que tem abrangência territorial garantidora de todo um sistema cultural, conforme a nova concepção constitucional, que alberga o direito à diferença e não mais a necessidade de integração. Não por outro motivo, deve ser afastada a adoção de uma demarcação baseada na proporcionalidade habitante/hectare, como expressamente refutada pelo min. Carlos Britto na PET 3388/R.R.

4.2 Procedimento administrativo de demarcação

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), em seu art. 19, dispõe que o procedimento de demarcação de terras indígenas será disciplinado por decreto.

Atualmente, a disciplina encontra-se no Decreto n. 1.775/1996, que elenca os órgãos e entidades da Administração Pública que atuam nesse procedimento.

Segundo exposição feita por Ana Valéria Araújo (2006), esse procedimento administrativo pode ser subdividido nas seguintes etapas: identificação, contraditório, declaração de limites, demarcação física, homologação e registro.

De início, cabe ressaltar que a comunidade indígena envolvida participará do procedimento em todas as suas fases (art. 2º, § 3º, do Decreto n. 1.775/1996). Trata-se, de certa forma, de uma materialização do direito de autodeterminação, permitindo-se que os índios possam influenciar em procedimento conduzido pela União por força de determinação constitucional, que impacta diretamente na sua sobrevivência física e cultural. Trata-se de propiciar que os próprios índios participem ativamente do procedimento que culmina no reconhecimento do direito originário às terras que tradicionalmente ocupam.

A primeira etapa desenvolve-se no âmbito da FUNAI, que nomeará um antropólogo responsável por proceder à análise de

identificação da terra indígena, segundo as coordenadas delineadas no art. 231, § 1º, da Constituição Federal. Tal estudo inicial servirá de base para que sejam feitos estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e fundiária, por grupo de profissionais técnicos constituído preferencialmente por servidores da FUNAI. Após a finalização dos estudos, o grupo, coordenado pelo antropólogo, apresentará relatório com a caracterização da terra a ser objeto de demarcação, que será encaminhado ao presidente da FUNAI para aprovação e publicação no *Diário Oficial da União*, no *Diário Oficial* da respectiva unidade federada e afixação na sede da Prefeitura da situação do imóvel.

A segunda etapa constitui a oportunidade conferida a qualquer interessado, o que inclui os municípios e Estados-membros, de apresentar razões, acompanhadas de elementos probatórios, para impugnar os estudos realizados, o procedimento ou mesmo pleitear indenização. A apresentação poderá ocorrer desde a instauração do procedimento até noventa dias após a publicação do relatório do grupo técnico. A FUNAI dispõe de sessenta dias, a contar do término daquele prazo, para se manifestar e encaminhar o processo ao ministro de Estado da Justiça.

A terceira etapa envolve a declaração dos limites da área indígena. Com efeito, o ministro de Estado da Justiça, ao apreciar o processo, principalmente as razões apresentadas pelos interessados, e os pareceres da FUNAI, poderá tomar três atitudes: a) expedir, no prazo de trinta dias, portaria que declara os limites da área e determina sua demarcação física; b) prescrever diligências a serem cumpridas em noventa dias; c) desaprovar a identificação da área, por meio de decisão fundamentada que demonstre que não foram atendidos os critérios expostos no art. 231, § 1º, da CF/1988.

A quarta etapa, a cargo da FUNAI, diz respeito à demarcação física, corolário da decisão do ministro de Estado da Justiça, que declara os limites da área e determina tal demarcação. Trata-se da

fase em que serão colocados os marcos no chão e as placas de sinalização para delimitação física da área.

A quinta etapa refere-se à homologação do procedimento, a ser feita pela promulgação de um decreto pelo presidente da República.

Por fim, temos a etapa do registro, por meio da qual a terra indígena demarcada e homologada será inscrita no cartório de registro de imóveis da localidade em que se encontre e na Secretaria de Patrimônio da União, no prazo de trinta dias contados da publicação do decreto.

O procedimento administrativo deve ser finalizado em prazo razoável, podendo haver, se não respeitada tal garantia – que, inclusive, advém do próprio art. 5º, LXXVIII, da CF/1988 –, a busca do Judiciário para que determine a conclusão dentro de um prazo aceitável. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já tem decisão em que aceitou a fixação de prazo razoável pelo Judiciário para que fosse finalizado o procedimento administrativo de demarcação (REsp n. 1.114.012/SC, rel. min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 10.11.2009, *DJe* de 1º dez. 2009).

Cabe ressaltar, finalmente, que o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou o prazo de 5 anos, contados da promulgação da Constituição, para que a União finalizasse as demarcações. Tal prazo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RMS 26.212, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 3.5.2011), é meramente programático e não decadencial, de forma que sua inobservância não pode acarretar a perda do direito à demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

4.3 Natureza jurídica do ato de demarcação

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, *reconhece* os “direitos originários” dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Baseando-se nessa norma, Raimundo Leitão (1993) afirma que os direitos dos índios à terra independem de qualquer ato constitutivo, considerando a sua natureza originária, de modo que o ato de demarcação possui viés meramente declaratório, tendo por objeto somente a delimitação da real extensão da posse¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 3388/RR, também entendeu que o ato de demarcação tem natureza meramente declaratória e não constitutiva. Segundo o min. Carlos Britto, “os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva”.

5 A proibição de ampliar a demarcação de terras indígenas como “salvaguarda institucional” e sua inaplicabilidade a demarcações anteriores à CF/1988

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação popular relativa à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), fixou determinadas condicionantes a serem observadas – também denominadas de “salvaguardas institucionais”. Tais condicionantes foram trazidas no voto do ministro Menezes Direito, sendo incorporadas ao dispositivo da decisão, para conferir mais operacionalidade à demarcação.

Uma dessas “salvaguardas institucionais” foi a XVII, que dispõe: “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”.

Segundo o min. Menezes Direito, a impossibilidade de ampliação decorreria da necessidade de se respeitar a segurança jurídica, vedando-se que uma demarcação feita com base na verificação do

18 Esse entendimento também é defendido por José Afonso da Silva (2008).

fato indígena, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, seja revista para fins de ampliação. Do seu voto, podem ser extraídos os seguintes fundamentos:

Ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato, com base no qual terá sido homologada a área da terra indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se aqui de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de procedimento instaurado regularmente, com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, assim como outros interesses públicos ou particulares relacionados à área não abrangida pela terra indígena.

A existência desses interesses, direitos de natureza individual consolidados com a não-abrangência na terra indígena, impede uma aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, como bem reflete o disposto no art. 53 da Lei nº 9.784/99 e na Súmula nº 473 deste Supremo Tribunal Federal (STF, PET 3388/RR, rel. min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 19.3.2009).

As próprias razões utilizadas pelo ministro Menezes Direito, de pronto, afastam qualquer argumento no sentido de que demarcações de terras indígenas operadas antes do advento da Constituição Federal de 1988 não poderiam ser revistas, em virtude da incidência da salvaguarda institucional XVII. Ainda que se possa criticar a substituição do indigenato por meio da adoção, pelo ministro, da teoria do fato indígena, a escolha dessa concepção não afasta a possibilidade de ampliação de terras demarcadas antes da nova ordem constitucional.

Essa situação é possível porque, mesmo na teoria do fato indígena, a delimitação territorial da área indígena deve ser pautada pelas coordenadas constitucionais expostas no art. 231, § 1º, da

CF/1988, que constituem, nas palavras do ministro Carlos Britto, o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.

Isso evidencia que a condicionante XVII tem aplicabilidade restrita a revisões de demarcações que já se pautaram pelos critérios constitucionais, sendo inaplicável a demarcações anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988. Não poderia ser outra a interpretação a ser conferida a essa salvaguarda institucional.

Como se abordou anteriormente, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova forma de tratamento para os direitos indígenas, a qual assegura uma proteção avançada, que respeita o índio enquanto sujeito de direito concreto, considerando o seu especial modo de ser e de viver dentro de padrões próprios, que não podem ser suprimidos por serem diversos de outros adotados no Estado brasileiro.

A perspectiva de integração, institucionalizada nas ordens jurídicas pretéritas, cedeu espaço à adoção do direito à diferença. Não se defende mais uma necessidade de integrar os índios à comunidade nacional, como se o seu modo de ver o mundo fosse inferior e precisasse ser assimilado pela cultura dominante. Essa visão distorcida foi expressamente afastada pela Constituição Federal de 1988, que reflete um Estado multicultural e pluriétnico.

Desse modo, o caráter inicial que informa o poder constituinte originário instaura uma nova ordem jurídica que não mais se compadece com uma “invisibilidade institucionalizada das diferenças culturais”¹⁹.

A nova perspectiva constitucional do direito à diferença e a constatação de que a proporcionalidade na definição da extensão da

¹⁹ Expressão utilizada por Ricardo Henriques na apresentação da obra *Povos indígenas e a lei dos “brancos”*: o direito à diferença.

demarcação deve se pautar na garantia, também, da reprodução cultural das comunidades indígenas influenciam nos limites demarcatórios, possibilitando que haja um aumento dos limites de terras indígenas demarcadas no contexto das constituições federais pretéritas. A concepção de que os índios precisavam ser integrados à comunidade nacional conduzia a uma interpretação restritiva desse critério de proporcionalidade na definição dos limites da demarcação.

A história demonstra que a visão anterior à Constituição Federal 1988 em relação aos direitos dos povos indígenas ocasionou demarcações aquém das reais necessidades desses sujeitos de direito. Conforme relata Ana Valéria de Araújo, ao iniciar a abordagem das demarcações sob a égide da Constituição Federal de 1891 (2006, p. 27):

[...] O governo federal só demarcava terras indígenas após entendimentos com os governos estaduais e municipais. Tal situação continuou praticamente inalterada até os anos 60, em que pesem as Constituições de 34, 37 e 46 terem trazido dispositivos reconhecendo a posse dos índios sobre as terras por eles ocupadas.

A prática de discutir as demarcações de terras indígenas com os governos de estados e de municípios agravou a política de confinamento anteriormente mencionada. As terras indígenas eram geralmente demarcadas em extensão diminuta, liberando-se o que estava em volta para que os governos pudessem titular.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento convergente com o que está sendo defendido. No âmbito do MS 14.987/DF, a 1ª Seção da Corte Superior – ao se deparar com mandado de segurança impetrado por determinados municípios do Estado do Maranhão, por meio do qual questionavam a revisão de demarcação de terra indígena operada antes do advento da nova Constituição –, mediante o voto da ministra Eliana Calmon, assim entendeu:

Superados esses pontos, passo ao exame da alegação dos impetrantes de que a identificação da terra indígena Porquinhos dos Canela – Apãnjekra configuraria ampliação de terra indígena já demarcada,

providência vedada nos termos do decidido pelo STF no julgamento da Pet 3.388/RR.

[...]

A orientação existente antes da Constituição da República de 1988 era no sentido de proceder à demarcação de terras indígenas em limite inferior àquele correspondente à ocupação tradicional, já que o intuito era de integrar o índio à coletividade majoritária.

[...]

Dos trechos transcritos, constata-se que a promulgação da Constituição da República de 1988 representou uma revisão do enfoque atribuído à questão indígena no Brasil.

Até então a visão predominante era de que os índios encontravam-se em um estágio inferior de desenvolvimento e de que deveriam ser integrados à comunhão nacional.

Sob a égide da ordem constitucional anterior direitos eram assegurados aos índios com o fim de assegurar-lhes a existência até que houvesse a sua paulatina inserção na população dita civilizada.

[...]

Tem-se, portanto, que a revisão de terra indígena demarcada em data anterior à promulgação da Constituição de 1988 não encontra óbice, já que tal procedimento foi realizado sob a égide de regime normativo-constitucional incompatível com a ordem vigente.

Interpretando-se sistemática e teleologicamente os ditames da ordem constitucional instaurada com a Carta de 1988, verifica-se, pois, que a diretriz proposta pelo Min. Direito veda tão-somente que se amplie reserva indígena que tenha sido demarcada em data posterior ao marco temporal eleito pela Constituição Cidadã, qual seja, 05/10/1988, já que, nesses casos, o processo de demarcação terá observado a diretriz traçada pelo Poder Constituinte de 1988 de respeito à preservação da cultura e das tradições dos povos indígenas.

Conforme já ressaltado ao longo deste voto, o processo administrativo homologado pelo Decreto nº 88.599 de 09/08/1983, que

tratou primeiramente da demarcação da terra indígena Porquinhos, tramitou na década de 1970, período em que vigia a Constituição de 1969 (para alguns Constituição de 1967 com Emenda de 1969) e a doutrina que pregava a inserção dos índios na comunidade majoritária tida por civilizada, assegurando aos aborígenes apenas o mínimo necessário à sua existência, posição esta que foi totalmente alterada pela Constituição de 1988 e que, por via de consequência, acarretará, no mais das vezes, a ampliação da terra indígena inicialmente demarcada (STJ, MS 14.987/DF, Primeira Seção, rel. min. Eliana Calmon, julgamento em 28.4.2010).

Além desses argumentos, sob o ponto de vista processual, a condicionante XVII estabelecida no julgamento da PET 3388/RR, apesar de contida em dispositivo de decisão proferida em sede de ação popular, só se aplica ao caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, não podendo ser invocada como elemento de observância obrigatória em outros processos. Equivale a dizer que as condicionantes estabelecidas pelo STF nesse julgamento não vinculam outros órgãos do Poder Judiciário, como já decidiu a Corte Suprema no julgamento dos embargos de declaração na PET 3388/RR (Rel. min. Luis Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.10.2013).

Nesse sentido, também não cabe a invocação, por parte de agentes privados ou entes federativos, da “salvaguarda institucional” XVII estabelecida na PET 3388/RR para impedir a ampliação de demarcação de terras indígenas cujos limites foram estabelecidos antes da Constituição Federal de 1988, seja sob a ótica material, seja processual.

6 Considerações finais

A nova ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988 trouxe significativos avanços no que tange aos direitos dos povos indígenas, destacando-se, no âmbito das normas que os prevêm, aquelas voltadas ao tratamento da relação entre

eles e as terras que tradicionalmente ocupam, considerando o próprio significado dessa zona de pertencimento para sua sobrevivência física e cultural.

No plano infraconstitucional, a Convenção n. 169 da OIT também conferiu proteção avançada aos povos indígenas, indo ao encontro da intenção do constituinte originário no que toca ao tratamento voltado às terras indígenas, salvo no que tange à propriedade delas, hipótese em que prevalecem as disposições constitucionais em razão da inferioridade hierárquica da convenção – é norma supralegal.

A alteração de paradigma operada pela Constituição Federal de 1988 em relação ao tratamento conferido aos direitos dos povos indígenas, adotando uma concepção que respeita sua diversidade cultural, em detrimento da noção assimilacionista presente nas constituições anteriores, impacta nos critérios para a delimitação territorial das áreas ocupadas de forma tradicional pelos índios.

Esse novo modo de conceber os direitos indígenas é apto a propiciar a ampliação dos limites de terras indígenas demarcadas antes do advento da Constituição Federal de 1988, considerando-se a influência exercida principalmente a respeito do que o ministro Carlos Britto denominou de marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado *princípio da proporcionalidade*.

Diante dessa opção constitucional, a condicionante XVII estabelecida no julgamento da PET 3388/RR (demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol), segundo a qual seria vedada a ampliação de terras já demarcadas, é inaplicável a demarcações que precedem a nova ordem constitucional, o que se pode extrair, inclusive, do próprio voto do ministro Menezes Direito, que a trata no âmbito de revisão de demarcações originárias que já teriam sido feitas sob o influxo das normas da CF/1988.

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 588-620.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas no Brasil: breve relato de sua evolução histórica. In: Ana Valéria Araújo (coord.). *Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação e LACED/Museu Nacional, 2006, p. 23-43.

ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos indígenas: estado da arte. In: Ana Valéria Araújo (coord.). *Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença*. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação e LACED/Museu Nacional, 2006, p. 45-79.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *A tutela jurídica das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDUU, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37936>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 28, n. 111, p. 315-320, jul./set. 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena: a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 65-80.

PEREIRA, Deborah Macedo D. de Brito. *Demarcação de Terras Indígenas: o papel do Judiciário*. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/autores/deborah-m-duprat-de-britto-pereira>>. Acesso em: 27 maio 2014.

_____. *O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_pluriétnicidade_multiculturalidade.pdf>. Acesso em: 9 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Demarcação de terra indígena*. Interesse Público IP. Belo Horizonte, ano 10, n. 52, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56164>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

As discussões em torno da regulamentação do art. 68 do ADCT e a ineficiência da regularização fundiária no Brasil

Manoel Ricardo Monteiro

Coordenador Administrativo do Ministério Público Federal em Montes Claros/MG. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), especialista em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça pela Universidade de Brasília (UnB) e bacharel em Direito pela Universidade de Montes Claros.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 inclui, no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias (ADCT), norma estabelecida de que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. Essa norma foi regulamentada pelo Decreto n. 4.887/2003, que revogou o Decreto n. 3.912/2001. A partir de então, diversas normas foram criadas com vistas a dar efetividade ao referido decreto. Entre elas destacam-se a Portaria n. 98/2007 da Fundação Palmares (FCP) e a Instrução Normativa n. 57/2009, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Todavia, em junho de 2004, o Partido da Frente Liberal (PFL) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.239, questionando a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 e alegando, entre outras coisas, a impossibilidade deste de regulamentar, diretamente, um dispositivo constitucional. Além dos impasses legais, a efetivação do direito dos remanescentes de quilombos se vê prejudicada por problemas de ordem política e em razão da deficiente estrutura do INCRA.

Palavras-chave: Art. 68 do ADCT. Quilombolas. Regularização fundiária. Regulamentação. ADI n. 3.239. Decreto n. 4.887/2003.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 establishes in article 68 of the Temporary Constitutional Provisions Act that “Final ownership shall be recognized for the remaining members of the ancient runaway slave communities who are occupying their lands and the State shall grant them the respective title deeds”. This standard was regulated by Decree 4.887/2003, which repealed Decree 3.912/2001. Since then, various standards have been created in order to give effect to that decree, among them Ordinance 98/2007 of the Palmares Foundation (FCP) and Normative Instruction 57/2009 of the National Institute of Colonization and Agrarian Reform (INCRA). However, in June 2004, the Liberal Front Party (PFL) brought the Direct Action of Unconstitutionality 3.239, which questioned the constitutionality of Decree 4.887/2003, claiming, among other things, that the decree can not regulate directly a constitutional device. However, beyond the legal impasses, the assurance of the right of the ancient slave communities is also hampered by political problems and because of the poor infrastructure of the Incra.

Keywords: Article 68 of ADCT. Runaway slaves. Land regularization. Regulation. ADI 3.239. Decree 4.887/2003.

Sumário: 1 Introdução. 2 Art. 68 do ADCT. 3 Decreto n. 4.887/2003. 4 ADI n. 3.239. 4.1 Ação de inconstitucionalidade semelhante julgada pelo TRF da 4ª Região. 5 Conclusões.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe vários avanços para o nosso ordenamento jurídico, fazendo com que as leis criadas a partir de então tivessem que seguir pelo mesmo caminho. Tamanhas foram as inovações na área social que ela ficou conhecida como *Constituição Cidadã*.

Uma das inovações trazidas pela Constituição de 1988 foi a inserção do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que diz: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

A introdução desse artigo na Constituição Federal consistia em uma das principais demandas da comunidade negra naquele momento, uma vez que, reconhecidas as suas terras, também poderiam ver preservados sua cultura, seus costumes, religião, danças, crenças etc.

No entanto, não bastava a mera inclusão desse dispositivo na Constituição Federal. Era preciso ainda regulamentar esse direito, o que envolvia outros procedimentos de ordem legal e prática, até que se pudesse chegar à emissão dos títulos para as respectivas comunidades.

Na ordem internacional, foi adotada, em junho de 1989, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre povos indígenas e tribais, com vistas à necessidade de reconhecer as aspirações das minorias, levando em conta que em diversos países do mundo essas minorias não usufruíam de direitos fundamentais, quando comparados com o restante da população, de modo que elas pudessem assumir suas formas de vida e desenvolvimento e fortalecer suas identidades, línguas e crenças.

Na ordem nacional, a primeira ação com vistas a tornar concreta a decisão dos constituintes só ocorreu 13 anos depois, quando foi publicado o Decreto n. 3.912/2001, revogado pelo Decreto n. 4.887/2003, que regulamentou o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

Após a entrada em vigor da Convenção n. 169 da OIT e do Decreto n. 4.887/2003, várias outras normas foram editadas e passaram a vigorar no País, com destaque especial para a Portaria n. 98/2007, para a Instrução Normativa n. 57/2009 e para o Estatuto da Igualdade Racial, Lei n. 12.288/2010.

A Portaria n. 98/2007 foi instituída em 26 de novembro de 2007 pela Fundação Cultural Palmares com a finalidade de criar o Cadastro Geral de Remanescentes das Comunidades dos Quilombos e elencar os procedimentos para a emissão da certidão de autodefinição.

Por sua vez, a Instrução Normativa n. 57/2009 estabeleceu os procedimentos do processo administrativo para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas.

E, por fim, o Estatuto da Igualdade Racial tem como objetivo principal “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”.

Entretanto, mesmo depois de decorridos 26 anos da promulgação da Constituição Federal e 13 anos da publicação do Decreto n. 3.912/2001, e de vários outros avanços registrados no campo das políticas públicas para as comunidades remanescentes de quilombos, a questão da dificuldade de regulamentação fundiária continua assombrando e inquietando esses povos tão sofridos, conforme veremos no decorrer deste artigo.

2 Art. 68 do ADCT

Tudo que temos hoje em termos de legislação quilombola advém do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, insculpido na Constituição Federal de 1988, que determinou que “[a]os remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Todavia, antes de se chegar a tal ponto, houve um intenso trabalho na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), que envolveu diversos atores sociais e parlamentares e que, por estar na origem do processo legal quilombola, merece o nosso destaque. Para cumprimento de tal mister, utilizaremos dados e citações do brilhante trabalho de Souza (2013), constantes de sua dissertação de mestrado, cujo tema foi “[l]uta por reconhecimento e processo legisla-

tivo: a participação das comunidades remanescentes de quilombos na formação do art. 68 do ADCT”.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte iniciaram-se em 1º de fevereiro de 1987 e, em abril e maio desse mesmo ano, receberam as duas primeiras sugestões.

A primeira, de n. 2.886, foi apresentada pelo então diretor do Centro de Estudos Afrobrasileiros, Carlos Alves Moura, e traz reivindicações resultantes da Convenção “O Negro e a Constituinte”, realizada em Brasília, em agosto de 1986. A segunda sugestão, n. 9.015, apresentada pela parlamentar Benedita da Silva, sugeriu a inclusão de dispositivo com a seguinte redação: “será garantido o título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes dos quilombos” (SOUZA, 2013). Na justificativa, a parlamentar mencionou a existência de diversas comunidades negras que viviam, além de isoladas, ameaçadas de expulsão de terras que ocupavam há muito tempo. Atentou, ainda, para o fato de que essas populações, além de destituídas de terras, concentram-se nas regiões mais pobres do País.

Nas palavras do constituinte Assis Canuto, ex-executor do INCRA em Rondônia e responsável pela ocupação das terras da União nos Territórios do Acre e Rondônia, fica evidente que garantir o título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes dos quilombos não era apenas uma vontade dele ou de uns poucos, mas, ao contrário, esse intento era vontade da ampla maioria, conforme se depreende do texto a seguir:

[...] não é – e isso podemos afirmar sem sobra de dúvidas – o nosso anteprojeto e o nosso relatório fruto da vontade pessoal ou da opinião pública e exclusiva do Relator, mas fruto do consenso dos Constituintes membros desta Subcomissão, dos Constituintes de outras comissões que aqui enviaram suas sugestões e das lideranças das comunidades interessadas que aqui se manifestaram de uma forma democrática, livre, com acentuada participação (SOUZA, 2013, p. 58).

Apoiado preliminarmente por diversas frentes, o anteprojeto recebeu a inclusão do tombamento das terras e dos documentos referentes à história dos quilombos, conforme seu art. 107, com aspirações de que compusesse o texto constitucional, tendo o texto ficado da seguinte forma:

Art. 107 – Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como todos os documentos referentes à história dos quilombos no Brasil. (SOUZA, 2013).

Em seguida, foi novamente renumerado, passando a figurar, desta feita, já como o futuro art. 490 da Constituição Federal. Apesar disso, após um grande revés promovido pelos opositores, foram apresentadas duas emendas supressivas ao referido artigo, a primeira de autoria do constituinte Eliel Rodrigues. (1987 apud SOUZA, 2013, p. 60):

[...] a proposta de emenda consignava que o importante, no país, é a integração das diferentes etnias que compõem seu povo, sem discriminação da raça, cor, religião, posição social e tudo o mais que caracteriza os direitos e garantias individuais. Portanto, “dividir o país em terra dos índios, terra dos negros, terra dos brancos, etc., é fragmentar os aspectos políticos e físicos da nacionalidade brasileira”.

A segunda emenda, do deputado Acival Gomes, abordou o hipotético surgimento de conflitos entre os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e, segundo ele, “violado ficará de forma flagrante o direito de propriedade”. Os relatos acima deixam claro que, novamente, as elites dominantes não mediram esforços para fazer prevalecer os seus interesses.

Ocorre que, depois de muitas batalhas nos bastidores, marcadas principalmente pela luta estratégica, o constituinte Carlos Alberto Caó apresentou uma emenda popular e incluiu no seu corpo a restauração da redação do então art. 490. Entretanto, a

Comissão acolheu a proposta para discuti-la apenas no âmbito do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e fez constar em seu parecer: “a declaração de propriedade definitiva de terras ocupadas por remanescentes de quilombos será considerada com vistas às Disposições Transitórias do Substitutivo” (CAÓ, 1987 apud SOUZA, 2013, p. 61).

Ao que parece, as forças que escravizavam e oprimiam os negros no Brasil mais uma vez vieram à tona para tentar impedir que a garantia do direito à terra fosse estabelecida na Constituição Federal. Entretanto, os simpatizantes do movimento quilombola, temendo a perda do embate, estrategicamente, hospedaram suas pretensões no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tido como algo de menor valor, passageiro.

Após essa fase, muitos outros episódios de tentativa de supressão da emenda se sucederam no âmbito do projeto do ADCT, porém, sem sucesso. Em síntese, essa é uma pequena parte da história que está por trás do art. 68 do ADCT, cujo

[...] principal objetivo [...] é o de assegurar a possibilidade de sobrevivência e florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, ligadas a um passado de resistência à opressão, os quais, privados do território em que estão assentados, tenderiam a desaparecer, absorvidos pela sociedade envolvente. Para os quilombolas, a terra habitada, muito mais do que um bem patrimonial, constitui elemento integrante da sua própria identidade coletiva, pois ela é vital para manter os membros do grupo unidos, vivendo de acordo com os seus costumes e tradições (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2008).

3 Decreto n. 4.887/2003

Publicado em 20 de novembro de 2003, regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades

dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT e revoga o Decreto n. 3.912, de 10 de setembro de 2001, que tratava da mesma matéria.

As principais finalidades desse decreto são: conceituar os remanescentes das comunidades de quilombo; definir o que são as terras ocupadas, os critérios da territorialidade, a competência da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), o tratamento especial que deve ser dispensado aos quilombolas para a realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura; e dispor sobre a gratuidade dos registros dos títulos.

Nos termos do art. 2º do Decreto n. 4.887/2003:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, [...] os grupos étnico-raciais segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Como se pode perceber pelo termo *autoatribuição*, a lei deixou a critério da comunidade a possibilidade de autoatribuir-se ou não a qualidade de remanescente de quilombo. Dessa forma, evidencia-se a opção pela *autoatribuição*, refutando-se a noção de pertencimento obtida por meio de laudos e estudos antropológicos, visto que: “[...] a identidade da comunidade ocorre pelo sentimento de se pertencer àquele grupo a que se olha. A questão aqui levantada é: só quem pode afirmar para quem se olha é quem efetivamente está olhando!” (LIMA, 2011, p. 82).

Como dissemos, a lei não optou pelos meios científicos, como laudos e/ou relatórios antropológicos, por exemplo, uma vez que somente a comunidade que se sentir remanescente de quilombo poderá autoatribuir-se a qualidade de quilombola; no entanto, é preciso possuir trajetória histórica própria e ser dotada de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. Essa ideia é reforçada pela tese de que:

A identidade particular de alguém, segundo R. Ledrut (D'ADESKY, 2009) é criada ao se olhar para o outro, pois não se pode olhar para si mesmo, pois o olho tudo observa menos ele mesmo. Esta idéia será chamada aqui de teoria da casa dos espelhos, onde para se criar uma identidade se deve olhar para os outros e assim criar uma identidade própria, assim sendo, as imagens dos demais geram a nossa própria imagem (LIMA, 2011, p. 82).

4 ADI n. 3.239

Proposta em 25 de junho de 2004 pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), alega, entre outras coisas, “o uso indevido da via regulamentar”; que “a demarcação das áreas, antes de levar em conta critérios histórico-antropológicos, será realizada mediante a indicação dos próprios interessados [...]”; “o decreto determina indevidamente a realização de desapropriação pelo Incra das áreas que supostamente estejam em domínio particular para transferi-las aos remanescentes das comunidades dos quilombos”; e que “[...] a desapropriação é inconstitucional” (PFL, 2004).

Nos pedidos, a ADI n. 3.239 requer medida cautelar *in alidita altera pars*, (não julgada ainda pelo Supremo Tribunal Federal – STF); o julgamento da ação como procedente e a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 (PFL, 2004).

A referida ação entrou na pauta do Plenário do STF no dia 18 de abril de 2012, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, que proferiu seu voto pela procedência da causa, nos termos em que fora pedido pelo autor. Entretanto, optou pela modulação dos efeitos de decisão para “declarar bons, firmes e válidos” os títulos emitidos na vigência do Decreto n. 4.887/2003, assim como “em respeito ao princípio da segurança jurídica e aos cidadãos que, de boa-fé, confiaram na legislação posta e percorreram o longo caminho para obter a titulação de suas terras desde 1988” (STF, 2012).

Como argumento para o seu voto, o ministro Peluso sustentou que “o Decreto n. 4.887 somente poderia regulamentar uma lei, jamais um dispositivo constitucional”, violando assim, segundo o ministro, o princípio da reserva legal. Ademais, defende que “a desapropriação de terras públicas é vedada pelos artigos 183, parágrafo 2º, e 193, parágrafo único, da CF” (STF, 2012).

Entretanto, o entendimento da vice-procuradora-geral da República, Deborah Duprat, é contrário ao do ministro Cezar Peluso, uma vez que se manifestou pela improcedência da ADI n. 3.239, arguindo “a relação transcendental [dos quilombolas] com a terra, que se torna um elemento fundamental de identidade desses grupos” (STF, 2012). Outra circunstância apontada por Deborah Duprat foi o uso coletivo da terra, e também que

Os quilombos eram comunidades que tinham modos de vida, história, memória, mitos e formas de expressão próprias, que os distinguiam das sociedades de grande formato e de outros grupos existentes no Brasil. Além disso, tinham também um passado e uma memória ligados à opressão e à escravidão (STF, 2012).

Duprat ressaltou ainda que a Constituição Federal de 1988 preza pelo reconhecimento das diferenças, por isso é considerada “a Constituição das mulheres, dos negros, dos homossexuais, dos índios e das pessoas com deficiência” (STF, 2012).

Por fim, observou que esse reconhecimento nada mais é do que a efetivação da Convenção n. 169 da OIT e defendeu que as indenizações aos proprietários sejam justas, dado que

O reconhecimento dessas áreas é um ônus e um bônus de toda a sociedade brasileira. Interessa a todos que tenhamos esses grupos, formando parte dessa diversidade cultural e étnica que nos caracteriza. Portanto, não é razoável que uma única pessoa, o proprietário, pague pelos ônus dessa afirmação. É preciso uma indenização justa e ampla, nos moldes em que se dá uma desapropriação indireta (STF, 2012).

Todavia, o pedido de vista feito pela ministra Rosa Weber, em 18 de abril de 2012, interrompeu o julgamento da ADI n. 3.239 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Desde então, os autos se encontram no Gabinete da ministra, tendo sido juntadas aos mesmos diversas petições e concedidos vários pedidos de vistas. Ocorre que, enquanto isso, as comunidades quilombolas de todo o Brasil continuam apreensivas com relação ao desfecho da questão.

4.1 Ação de inconstitucionalidade semelhante julgada pelo TRF da 4ª Região

Na mesma linha da ADI 3.239, foi julgada, no dia 19 de dezembro de 2013, pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rio Grande do Sul, ação de inconstitucionalidade movida em 2007 pela Cooperativa Agrária Agroindustrial, contra a comunidade da localidade Paiol de Telha, também conhecida como Fundão, no Município de Reserva do Iguaçu, no Paraná.

A ação questionava a constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 e a titulação de terras em favor das comunidades de Paiol de Telha e de quilombolas das comunidades Batuva, Guaraqueçaba e outras do litoral do Paraná. Todavia, os desembargadores do TRF da 4ª Região, por doze votos a três, votaram pela constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003.

Essa decisão, além de ser uma vitória para as comunidades beneficiadas diretamente pela ação, favorece também todas as comunidades quilombolas do Brasil, pois pode influenciar positivamente não apenas os tribunais de outras regiões brasileiras mas também o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n. 3.239, haja vista, especialmente, que boa parte das inovações jurídicas nacionais advém dos tribunais do Sul do País (ARRUDA, 2014).

Dentro de todo o enredo jurídico que permeia a questão quilombola, a ADI n. 3.239 é a ação de maior espectro a questionar

a suposta ilegalidade de medidas tendentes a promover reconhecimento e retribuição aos remanescentes de quilombo. E, pelo que se pode observar, o intento de obstar a demarcação e a titulação das terras dos quilombolas vem sendo atingido, já que são mínimas as titulações, uma vez que, no período de 2002 a 2010, foram expedidos apenas 12 títulos de posse.

5 Conclusões

No nosso entender, a primeira parte do art. 68 do ADCT não deixa dúvida quanto ao reconhecimento da propriedade definitiva das terras às comunidades quilombolas que as estejam ocupando. Na segunda parte, o legislador constituinte faz uso dos termos “devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”, procurando deixar claro que não está pedindo ou solicitando, mas impondo um dever ao próprio Estado, uma espécie de “cumpra-se” ou “faça-se”.

Como estamos falando da Carta Magna, com poderes supremos no ordenamento jurídico pátrio, e, neste caso específico, por tratar-se do Poder Constituinte Originário (PCO), é, em nosso entender, como se o Poder Legislativo, dotado de poderes especiais (de PCO), estivesse ordenando ao Poder Executivo o dever de emitir os títulos respectivos. Em nossa análise, é como se fosse uma ordem direta, sem intermediações, dispensando-se a necessidade de elaboração de projeto de lei e a tramitação deste no Congresso Nacional, razão pela qual entendemos que a expedição do Decreto n. 4.887/2003, para emissão dos títulos de propriedade dos quilombolas, não violou o princípio da reserva legal, conforme asseverado pelo ministro Peluso, e que não houve o uso indevido da via regulamentar, como manifestado pelo Partido da Frente Liberal.

Assim sendo, a nosso ver, o Decreto n. 4.887/2003 é constitucional, assim como o é para Sarmiento (2008), procurador regional da República, que, em parecer elaborado para a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, alerta para o fato de não constar da petição inicial do PFL pedido de invalidação

do Decreto n. 3.912/2001, fazendo com que, caso fosse declarado inconstitucional o Decreto n. 4.887/2003, por repristinação, passasse a vigorar o decreto anterior, que padecia do mesmo suposto vício.

Não obstante toda essa celeuma que envolve a (in)constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, fato é que ele continua válido, em vigor e produzindo efeitos no meio jurídico, até que decisão final do Supremo Tribunal Federal encerre a questão.

No entanto, poucos têm sido os seus efeitos no que tange à regularização fundiária, conforme dados apresentados pela Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPISP), segundo a qual apenas 16 títulos foram expedidos pelo governo federal entre 2003 e setembro de 2013, enquanto nesse mesmo período o INCRA abriu 1.253 processos para regularização de terras quilombolas.

Enquanto isso, o governo do Estado do Pará emitiu 31 títulos; o do Maranhão, 19; o Piauí outorgou 5 títulos; o de São Paulo, 3; e o de Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro, 1 título cada (PRÓ-ÍNDIO, 2012).

Além da morosidade que existe no processo de titulação, haja vista o pequeno número de títulos expedidos pelo INCRA, há um retrocesso no campo da normatização dentro desse mesmo instituto, uma vez que a Instrução Normativa n. 56/2009, considerada mais avançada pela comunidade quilombola, foi revogada, e, posteriormente, editada a de n. 57/2009, nos mesmos moldes da de n. 49/2009, mais retrógrada.

Outros fatores que afetam sobremaneira a eficiência da política de regularização fundiária sob responsabilidade do INCRA são a carência de servidores em seu quadro funcional, o grande número de terceirizados e a falta de equiparação remunerativa com os órgãos assemelhados, conforme se constatou na plenária que definiu as reivindicações dos servidores do INCRA e do MDA, ocorrida em 2014 (CNASI, 2014).

O conjunto de fatores apontados neste artigo constitui alguns dos motivos para a ineficiência do processo de regularização fundiária do INCRA, fatores estes que causam insegurança jurídica, aumentam a possibilidade de conflitos e não colaboram para o atingimento de dois preceitos fundamentais do art. 68 do ADCT: o reconhecimento dessas comunidades e a retribuição a elas pelas centenas de anos de exploração, como descrito nas sábias palavras do procurador Daniel Sarmiento (2008).

Infelizmente, a realidade tem demonstrado como a aplicação desta sistemática se revela nefasta para os quilombolas. [...] E, enquanto perdura esta inércia estatal, muitas comunidades enfrentam problemas fundiários gravíssimos, sujeitando-se a reintegrações de posse, a expulsões e até à violência física, com risco, em muitos casos, para a própria sobrevivência do grupo e da identidade étnica dos seus componentes.

Portanto, não assegurar aos remanescentes de quilombos, até o implemento da desapropriação, o direito de propriedade sobre as terras que ocupam, significa negar o próprio objetivo central do art. 68 do ADCT, que é preservar as comunidades quilombolas, protegendo a identidade étnica dos seus membros, bem como o patrimônio cultural do país (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2008).

Referências

ARRUDA, Roldão. *Vitória quilombola na Justiça Federal pode repercutir no STF*. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/tag/adi-3239/>>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Notícias do STF. Quarta-feira, 18 de abril de 2012. *PGR se manifesta pela improcedência da ADI 3239*. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205293&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

BRASIL. Notícias do STF. Quarta-feira, 18 de abril de 2012. *Quilombolas*: relator vota pela inconstitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>>. Acesso em: 20 maio 2014.

CNASI – Confederação Nacional das Associações dos Servidores do INCRA. *Plenária define reivindicações dos servidores do INCRA e MDA a ser apresentada ao governo em 2014*. Disponível em: <http://www.cnasi.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=553:plenaria-define-reivindicacoes-dos-servidores-do-incra-e-mda-a-ser-apresentada-ao-governo-em-2014&catid=38:slider&Itemid=18>. Acesso em: 13 jun. 2014.

LIMA, Felipe Fadul; SILVA, Renã Margalho; e MARTINS, Tiago Fernando Ramos de Oliveira. *Comunidades quilombolas, autoatribuição, território e sobrevivência cultural*: aspectos relevantes do território ocupado por comunidades remanescentes de quilombos no Brasil. *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n. 11, p. 79-94, out. 2011. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000277>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios quilombolas e Constituição*: a ADI 3.239 e a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003. 2008. Parecista: Daniel Sarmiento. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

PFL, Petição Inicial. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>>

ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>.
Acesso em: 13 jun. 2014.

PRO-ÍNDIO, Comissão. *Por que as titulações não acontecem?* 2012.
Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/terras/html/por_que_as_titulacoes_nao_acontecem.aspx>. Acesso em: 13 jun. 2014.

SOUZA, Rodrigo Gonçalves de. *Luta por reconhecimento e processo legislativo: a participação das comunidades remanescentes de quilombos na formação do art. 68 do ADCT*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10482/14474>>. Acesso em: 20 maio 2014.

Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática

Natália Albuquerque Dino

Analista Técnico-administrativo da Advocacia-Geral da União e Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília e pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direitos Étnicos da Universidade de Brasília – Moitará.

Vocês podem achar que é repetitivo vir aqui toda vez falar as mesmas coisas, fazer as mesmas denúncias e reivindicações, mas sabe por que a gente vem? Porque quem não é visto, não é lembrado. Quando a gente está aqui, vocês lembram que a gente é de carne e osso, e que a gente existe. Mesmo que vocês não possam nos receber, mesmo que não nos recebam, vocês veem que a gente existe. E isso já é alguma coisa.

(Lindomar Terena, durante audiência no Ministério da Justiça realizada em 28 de fevereiro de 2014).

Resumo: O presente artigo realiza uma análise dos direitos fundamentais dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia, estabelecidos na Constituição de 1988 e na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. A metodologia consistiu principalmente em revisão bibliográfica e análise documental bem como na colheita de experiências práticas por meio do acompanhamento do processo de regulamentação da Convenção n. 169 no Brasil. Buscou-se demonstrar que os direitos indígenas à participação social e à consulta prévia sobre as medidas administrativas e legislativas que lhes afetam decorrem diretamente do regime do Estado Democrático de Direito, possuindo natureza materialmente constitucional, independentemente do disposto na Convenção

n. 169 da OIT. Com base nas teorias de Dussel e Habermas, sustenta-se que a participação ativa desses povos nos processos decisórios que lhes afetem constitui condição para a legitimidade do exercício do poder político, sendo necessário o estabelecimento de um procedimento que permita o exercício adequado de sua autonomia argumentativa. Além disso, discorre-se sobre a gênese democrática do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira, demonstrando-se como esse processo esteve relacionado também com as conquistas desses povos no plano internacional. Assim, propõe-se uma interpretação sistemática do direito à participação social indígena, com base nos parâmetros principiológicos da Convenção n. 169 da OIT, ressaltando-se a aplicabilidade imediata desse direito fundamental, de modo que o processo de regulamentação não é requisito para sua efetividade, mas é importante para conferir uniformidade e segurança jurídica. Por fim, são tecidos comentários e propostas ao processo de regulamentação em curso.

Palavras-chave: Povos indígenas. Participação social. Consulta prévia. Constituição brasileira de 1988. Convenção n. 169. Democracia. Direitos fundamentais.

Abstract: This paper conducts an analysis of the fundamental rights of indigenous social participation and consultation provided by the Brazilian Constitution (1988) and the International Labor Organization Convention 169 (1989), concerning indigenous and tribal peoples in independent countries. The methodology consisted mainly in literature review and document analysis as well as in practical experiences from monitoring the process of regulation of Convention 169 in Brazil. We attempted to demonstrate that indigenous social participation and consultation on legislative or administrative measures affecting their rights derive directly from the democratic rule of law regime, consisting in constitutional matter, regardless of the provisions of ILO Convention 169. From the theories of Habermas and Dussel, it is argued that the active participation of these people in decision-making processes affecting them are conditions for the legitimacy of the exercise of political power. It's also argued that is necessary the establishment of an adequate procedure to allow the proper exercise of their autonomy. Moreover, it discusses about the democratic process of recognition of the indigenous peoples rights in the Brazilian Constitution, demonstrating how this process was also related

to the achievements of these peoples internationally. Thus, we propose a systematic interpretation of the right of indigenous social participation, based on the principles of ILO Convention 169, emphasizing the immediate applicability of this fundamental right, so that the regulatory process is not required for its effectiveness but it is important to provide uniformity and legal certainty. Finally, it makes comments and proposals concerning the implementation of these rights in Brazil.

Keywords: Indigenous people. Participation in policy. Consultation. Brazilian Constitution. ILO Convention 169. Democracy. Fundamental rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 Participação é legitimidade: os fundamentos teóricos da participação social como exigência democrática. 3 A gênese democrática do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira de 1988 e no âmbito internacional. 4 A Convenção n. 169 da OIT como norma interpretativa: por uma interpretação sistemática do direito à participação social indígena. 4.1 Da aplicabilidade imediata dos direitos à participação social indígena e à consulta prévia. 4.2 Comentários e propostas ao processo de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no Brasil. 5 Conclusões.

1 Introdução

O direito dos povos indígenas à participação social na construção de políticas públicas, no processo decisório sobre a realização de intervenções em seus territórios tradicionais, ou na elaboração de medidas administrativas ou legislativas capazes de afetá-los diretamente, vem sendo usualmente analisado por meio de sua relação com o princípio constitucional da soberania nacional ou da supremacia do interesse público.

Nesse sentido, observa-se que são frequentemente apresentados questionamentos sobre a abrangência desse direito à manifestação de vontade frente ao “interesse público” e social, bem como

sobre os limites do usufruto exclusivo das riquezas das terras indígenas, de titularidade dominial da União, em oposição ao “relevante interesse público” deste ente, conforme a ressalva prevista no § 6º do art. 231 da CR/1988¹⁻².

Há, ainda, muita reflexão e intenso debate travados em torno da existência ou não de um poder de veto ou da exigência de consentimento prévio dos indígenas para a realização de intervenções em seus territórios tradicionais, nos termos do disposto na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e internalizada no ordenamento jurídico pátrio³.

- 1 São exemplos relevantes do debate em torno do suposto conflito entre soberania nacional e povos indígenas as discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do conhecido “Caso Raposa Serra do Sol” (PET 3388/RR), em especial no estabelecimento das 19 condicionantes propostas pelo Ministro Menezes Direito. Essas condicionantes foram replicadas na Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012, da Advocacia-Geral da União. O interesse estratégico nacional também é apontado como elemento central nas ações que discutem o aproveitamento do potencial hidrelétrico na região Amazônica, em especial as relativas à Usina Hidrelétrica de Belo Monte (v. decisões monocráticas no âmbito do STF na SL 125/PA, DJ de 29 mar. 2007, proferida pela min. Ellen Gracie, e na RCL 14404/DF, DJe-171 div. 29.8.2012 e pub. 30.8.2012, proferida pelo min. Ayres Britto). No Poder Legislativo, há inúmeros projetos em tramitação que dispõem sobre limites ao usufruto exclusivo indígena, destacando-se o PL 1610/1996, que regulamenta a exploração mineral em terras indígenas, e o PLP 227/2012, que regulamenta o relevante interesse público da União disposto no § 6º do art. 231 da CR/1988. (BRASIL. Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388/RR. *Diário Oficial da União*, n. 137 de 17 jul. 2012, p. 27).
- 2 Dispõe o § 6º do art. 231 da CR/1988 que “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.
- 3 No recente julgamento dos Embargos de Declaração na PET 3388/RR, o relator, min. Luis Roberto Barroso, asseverou em seu voto: “Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas ‘não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade’ (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente

Contudo, é importante questionar: a vontade e os interesses dos povos indígenas não são também de interesse público e social? Os povos indígenas não constituem também a sociedade brasileira?

Diante dessa problemática, pretende-se demonstrar que a restrição do debate a um dilema de soberania nacional é equivocada e perniciosa. O mesmo dispositivo que enuncia a soberania como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CR/1988) também consagra, entre esses fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Não fosse isso, convém ressaltar que, antes até de indicar os fundamentos, o *caput* do art. 1º da Constituição brasileira afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Portanto, o valor soberania aqui deve ser concebido na perspectiva consignada por Paulo Bonavides (2003), em que o povo deixa simplesmente de adjetivar a soberania para passar a ser o substantivo e a própria encarnação da soberania em sua essência e eficácia, assim como em sua titularidade e exercício, compondo a sua materialidade e conteúdo, de modo intangível e inalienável⁴.

Assim, no presente artigo, busca-se evidenciar que, em verdade, o direito dos povos indígenas a participarem dos processos políticos deliberatórios acerca das medidas que podem lhes afetar diretamente, conforme esmiuçado em instrumentos internacionais dos quais o

considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3388/RR*. relator: min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Brasília, 23.10.2013, acórdão eletrônico DJE-023 divulg. 3.2.2014 public. 4.2.2014).

4 Esclarece Bonavides (2003, p. 44) que “na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na sua designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização”.

Brasil é signatário, está mais relacionado ao postulado constitucional fundamental da *democracia*, e assim é que deverá ser compreendido.

Com efeito, a ascensão do paradigma do Estado Democrático de Direito implica uma nova hermenêutica constitucional, em que a participação popular assume papel central para a legitimidade da ordem jurídica e, ao mesmo tempo, o direito assume ou deve assumir uma função transformadora da realidade social. Nesse contexto, os conceitos de democracia e de igualdade são também ressignificados para adquirirem materialidade.

Defende-se a tese de que, ainda que o Brasil não houvesse ratificado a Convenção n. 169 da OIT ou, eventualmente, optasse por denunciá-la, persistiria o dever de o Poder Público consultar os povos indígenas quando previstas medidas capazes de afetar diretamente as suas vidas, suas organizações sociais, em síntese, o livre exercício do seu modo de vida tradicional. Essa compreensão deriva do fato de que o direito de todo cidadão de exercer o poder diretamente constitui elemento fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro e possui natureza constitucional, independentemente do disposto na já mencionada convenção.

O direito à participação adquire, assim, uma conotação de direito fundamental em si, estritamente relacionado à preservação de outros direitos fundamentais desses povos, cláusulas pétreas do texto constitucional previstas não apenas em dispositivos específicos direcionados aos povos indígenas (arts. 231 e 232), mas fundamentadas em princípios e regras constitucionais que albergam todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º e outros).

Optou-se por tratar do direito à participação e não apenas à consulta, tendo em vista que a participação é mais ampla que a consulta prévia sobre as medidas que afetam diretamente esses povos, englobando-a. Essa participação vai além do direito de assumir uma posição passiva de mero oferecimento de consentimento ou veto, quando provocados por um ente externo e “todo poderoso”.

Compreende, sim, os direitos de participar ativamente do processo de elaboração das medidas capazes de afetá-los, de proposição, de ampla manifestação de vontade e de expressão de razões.

Cumprir fazer a ressalva de que, devido ao recorte metodológico adotado na presente pesquisa, não serão analisados os direitos das comunidades quilombolas, sendo necessário frisar que estes também se encontram albergados pela Convenção n. 169 da OIT e possuem semelhante fundamento constitucional⁵.

Adota-se como premissa metodológica do trabalho uma concepção multicultural de direitos humanos, conforme defendida por Boaventura de Sousa Santos (1997), que compreende o reconhecimento em igual patamar de relevância dos direitos à igualdade e à diferença. Outrossim, parte-se da distinção conceitual perfilhada por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 28), que diferencia direitos humanos e direitos fundamentais de acordo com o seu plano de reconhecimento normativo, sendo a primeira expressão referente ao reconhecimento em normas internacionais e a última relativa aos direitos positivados em determinada ordem constitucional.

Propõe-se, com fundamento nas concepções de Enrique Dussel (2011), a compreensão do direito à consulta e à participação social desses povos como condição de legitimidade, e, com base em Jürgen Habermas (2011), apontar-se-á a necessidade de um procedimento que assegure condições para o exercício das autonomias

5 Sobre a interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988, recomenda-se a leitura do parecer paradigmático da Advocacia-Geral da União, AGU/MC-1/2006, da lavra de Manoel Lauro Volkmer de Castilho (2006), no qual a AGU reconheceu os quilombolas como sujeitos de direito da Convenção n. 169 da OIT. Além disso, o parecer demonstra de forma fundamentada que a CR/1988 não consagrou apenas o direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades de quilombos (art. 68 do ADCT) mas também ao “universo das características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades”. (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer AGU/MC-1/2006*. Brasília, 28.12.2006. p. 6-7. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/Parecer_AGU_01_2006.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014).

argumentativas individuais – e coletivas – que tornarão possível atingir um consenso válido.

Em um segundo momento, o direito à participação social indígena será analisado como decorrência do postulado constitucional democrático, com natureza materialmente constitucional. Trata-se de conquista advinda do processo de mobilização indígena durante a constituinte, que garantiu o *reconhecimento* de seus direitos (e não a *atribuição* de direitos) pelo novo Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição de 1988, conforme será demonstrado no decorrer do texto.

O estudo abordará, também, como a mobilização política dos povos indígenas ensejou semelhante reconhecimento no plano internacional, especialmente com a adoção em 1989, pela Organização Internacional do Trabalho, da Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais, a qual foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Com base na doutrina de Flávia Piovesan (2013), discorrer-se-á sobre sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, com *status* materialmente constitucional, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, que assegura igual hierarquia entre os direitos fundamentais decorrentes do texto constitucional e os previstos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Com base no entendimento que será sustentado ao longo do presente artigo, no sentido de que o direito à participação social dos povos indígenas possui natureza materialmente constitucional, pois é decorrente dos princípios previstos na Constituição de 1988 e se constitui em fundamento do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, será proposta a compreensão da Convenção n. 169 da OIT como norma interpretativa que reforça a obrigatoriedade de observância desses direitos e delinea parâmetros para a sua efetivação.

Embora os direitos dos povos indígenas à participação e à consulta sejam autoaplicáveis e independam de regulamentação, são

tecidos comentários acerca do processo atual em curso no âmbito do Poder Executivo federal para a uniformização dos procedimentos, assim como sobre a importância tanto da previsão de normas e princípios garantidores mínimos quanto da observância destes princípios durante o próprio processo de regulamentação. Por fim, serão oferecidos subsídios para que a norma regulamentadora a ser editada se aproxime do ideal democrático defendido neste artigo e consagrado constitucionalmente.

2 Participação é legitimidade: os fundamentos teóricos da participação social como exigência democrática

Vivemos em uma sociedade global, plural e complexa. Às custas de genocídios; de escravidão; de dilapidação dos recursos naturais, do patrimônio humano e cultural das sociedades latino-americanas e africanas; de guerras, fascismo e holocausto; e de um imperialismo econômico – que ainda persiste –, foi possível explicitar o grande absurdo que é a tese da superioridade de um povo, uma religião ou um modo de vida sobre os demais. Estruturou-se um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, estabeleceu-se um consenso multinacional em torno da democracia como a forma de governo que melhor assegura o exercício desses direitos. Mas, na medida em que foram-se consolidando democracias representativas nos países ocidentais, restaram subdesenvolvidas as ideias de participação e de soberania popular como corolários da verdadeira democracia, e reduzida a cidadania ao exercício do sufrágio e de um controle distanciado dos representantes.

Representar é fazer-se presente. Mas fazer presente não é a mesma coisa que fazer parte. Só quem participa faz parte:

la vida humana se vive comunitariamente (y sin ese accionar comunitariamente no habría vida, porque el viviente es el fruto de una inmensa cantidad de funciones cumplidas que hace que se imposible vivir solitariamente). El “ser comunitario” es la participación misma; es decir, es el ser actualmente parte del todo que la parte

siempre presupone y sin el cual no puede vivir. Repitiendo: ser parte efectiva del todo es participar, momento sustantivo del ser humano como humano, como comunitario e histórico, cultural, político (DUSSEL, 2011, p. 117).

A passagem acima é de autoria de Enrique Dussel, um dos maiores expoentes contemporâneos da teoria política latino-americana e um dos fundadores da Filosofia da Libertação. Para Dussel, dialogando com a perspectiva heideggeriana sobre o *ser-no-mundo*, o ser humano é definido como um ser comunitário, cuja própria subjetividade é construída com base nas relações intersubjetivas que trava ao longo de sua existência, relações estas que constituem e pressupõem uma vida em comunidade. Porque a vida humana pressupõe tecer relações interpessoais em uma comunidade, Dussel coloca a participação comunitária – ou o ato de fazer parte efetiva de um todo – como premissa constitutiva da própria existência humana.

Por outro lado, a participação também é pressuposto da comunidade. O referido autor concebe a participação como o exercício concreto da *potentia* – o poder político em si, faculdade da comunidade política –, como a atividade de projeção das subjetividades particulares de cada um junto aos demais membros da comunidade, em que cada indivíduo (partícipe) se situa corresponsável pela própria existência da comunidade política (DUSSEL, 2011, p. 116). Em outras palavras, sem participação, não há comunidade, na medida em que o todo é a conjunção das partes, e a reunião das partes só é possível por meio do ato de participar.

Não havendo esta existência comunitária, o exercício do poder direcionado aos indivíduos carece de legitimidade, haja vista que não houve a oportunidade para a realização de um efetivo *acordo* ou *consenso* embasado na manifestação das razões dos afetados, da exteriorização de suas respectivas subjetividades, como forma de defesa de seus direitos e assunção de responsabilidade pelas consequências do exercício do poder. Assim, conclui Dussel (2011, p. 119) que na essência da legitimidade no exercício do poder estaria a participação.

Esta compreensão de legitimidade é congruente com a teoria proposta por Habermas, para quem, na gênese de uma ordem jurídica legítima e, apenas porque legítima, válida, estão os arranjos comunicativos, que devem se desenvolver de acordo com um procedimento que assegure condições para o exercício das autonomias argumentativas individuais. Nesse diapasão,

a referência às condições comunicacionais, das quais emerge o poder político, bem como a referência às formas de comunicação, das quais depende a produção de direito legítimo e através das quais ele se reproduz, voltam-se para as estruturas abstratas de reconhecimento mútuo, as quais formam uma espécie de pele que recobre, através do direito legítimo, a sociedade em geral. Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso (HABERMAS, 2011, p. 147).

Conforme esclarecem Menelick de Carvalho Neto e Guilherme Scotti (2012, p. 110-111), o que Habermas propõe é decorrência de uma compreensão discursiva da Democracia, que vem se estabelecer em oposição ao positivismo da modernidade que concebia a coercitividade do Direito e a legitimidade do exercício do poder político apenas sob o paradigma da legalidade. Em outras palavras,

a teoria discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da legalidade precisa, para ser legítimo, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não

depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão interna entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito.⁶

O Estado de Direito, grande conquista evolutiva da modernidade, preconizava o governo das leis, a submissão do exercício do poder a normas preestabelecidas, limitadoras do arbítrio do governante e garantidoras de um espectro de liberdade individual aos governados. Como dilemas teóricos do estágio atual, momento em que se vive o aperfeiçoamento do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, são levantadas questões, como: que normas são essas, como são feitas, quem as elaborou, qual a sua motivação, qual o grau de consenso público refletido em sua substância, qual o grau de participação democrática na sua elaboração, entre outras.

Nas sociedades complexas e plurais de hoje, em que várias culturas coexistem e se relacionam entre si, sem que se possa cogitar uma relação de superioridade ou imposição de uma sobre as outras – ou sem que disso resultem, no mínimo, questionamentos, críticas e mobilização, e, em último caso, até a interferência dos sistemas protetivos internacionais visando a resguardar o direito à autodeterminação de um povo –, é preciso construir uma normatividade que seja válida para todos e torne essa coexistência viável. Para construir essa normatividade, é preciso obter um consenso. A obtenção de um consenso quando falta um fundamento metafísico universal (como por muito tempo foram os dogmas do cristianismo e do eurocentrismo) requer que se voltem os olhos para os aspectos formais e procedimentais que tornem possível a definição desse consenso, uma vez que ele não mais se travará em torno da imposição e da aceitação de um conteúdo pré-definido.

6 Para uma reflexão mais aprofundada sobre a gênese democrática do Direito, que seja “*eficaz porque legítimo e legítimo porque participativo*”, v. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. *A travessia do Direito: a gênese democrática do discurso jurídico e o Amicus Curiae como manifestação da transição paradigmática do direito*. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014 (no prelo).

É nesse contexto que, na esteira dos pensamentos de Habermas e Dussel, propõe-se a instituição de um modelo democrático dinâmico e plural que tenha, na base dos processos políticos decisórios, a participação social como solução para o impasse da legitimidade de uma ordem jurídica que afete subjetividades tão diversas, como no caso da sociedade pluriétnica brasileira⁷. Conforme observa o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro:

O Brasil ostenta uma das populações histórica e culturalmente mais diversificadas do mundo: 220 povos indígenas, uma imensidão de descendentes de africanos, de imigrantes europeus e asiáticos, de árabes, de judeus; gentes rurais e urbanas das mais diferentes origens étnicas e culturais, habitando uma variedade de formações naturais que, por sua vez, abrigam a mais rica biodiversidade do planeta. Sociodiversidade e biodiversidade deveriam ser nossos principais trunfos em um mundo em acelerado processo de globalização. Mas eis-nos aqui, ainda e sempre, teimando em serrar o galho em que estamos sentados, com uma política de comércio exterior que vem aplicando um modelo de desenvolvimento ambientalmente suicida, economicamente retrógrado, socialmente empobrecedor e culturalmente alienante (CASTRO, 2011, p. 7).

Para que a sociodiversidade e “o experimento social de ser o país mais mestiço do mundo” possam ser utilizados efetivamente como trunfos pelo Brasil, é preciso concretizar o projeto de Estado Democrático de Direito enunciado na Constituição de 1988, a qual considerou, pela primeira vez na história brasileira, os povos indígenas como sujeitos partícipes da comunhão nacional, em igualdade de direitos com os demais e, em especial, com sua autonomia reconhecida e assegurada. Reconhecer a autonomia de um povo é, tautologicamente, admitir que este possui uma normatividade própria, de acordo com a qual se projeta no mundo como

7 Pepe Mujica (2014), presidente uruguaio, importante liderança política da esquerda latino-americana, recentemente afirmou, em entrevista concedida para O GLOBO, que o Brasil deveria apreciar o que tem de melhor, que “*não é a Amazônia, não é o petróleo, é o experimento social de ser o país mais mestiço do mundo*”.

uma comunidade política que compartilha consensos. E, em 1988, o Estado brasileiro foi refundado com o compromisso político de garantir aos povos indígenas o direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

3 A gênese democrática do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na Constituição brasileira de 1988 e no âmbito internacional

É sabido o histórico de intensa mobilização popular que envolveu a elaboração da Constituição de 1988. É, também, de amplo conhecimento a participação ativa dos povos indígenas ao longo de todo o processo. Como que guiados pelas mesmas inspirações de Dussel, ao tomarem parte nesse processo, os povos indígenas, ao mesmo tempo em que passaram a fazer parte inequívoca da comunidade política brasileira que se refundava, transpuseram as suas próprias subjetividades como elementos constituintes desse corpo comunitário. Tornaram-se, por sua própria ação, sujeitos da comunidade política nacional, fazendo com que as suas manifestações de vontade fossem requisitos imprescindíveis para a legitimidade do exercício do poder. Ao se fazerem parte, os povos indígenas também moldaram a comunidade política brasileira como ela é hoje: necessariamente plural, porque a pluralidade foi exatamente o que a constituiu. Sobre esse processo, sintetiza Rosane Lacerda (2007, p. 181):

A participação indígena no cenário constituinte e o texto constitucional aprovado marcaram, então, o fim de uma era e o início de um novo capítulo na trajetória histórica de cinco Séculos de contato da sociedade não-indígena com tais povos. E assim os índios, cuja humanidade havia sido questionada pelos conquistadores, que povoavam o imaginário europeu ora como monstros físicos, ora como monstros morais, ora como seres intelectualmente incapazes e culturalmente inferiores, passaram pela experiência de desempenhar importante papel como protagonistas de um dos momentos

políticos mais importantes da história do país – a elaboração da “Constituição Cidadã” –, e contribuindo para com o avanço do Estado no sentido de se reconhecer multicultural e pluriétnico.

Nesse sentido é que importa enfatizar que, no seu art. 231, a Constituição de 1988 não atribuiu aos indígenas qualquer direito e não lhes outorgou autonomia alguma, apenas reconheceu o que já era originário e consistia em fundamento da própria ordem constitucional, democrática, soberana, pluralista e comprometida com a dignidade humana, que se estabelecia naquele momento. Assim dispõe expressamente:

Art. 231. São *reconhecidos* aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários* sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [grifo nosso]

Nesse ato de reconhecimento, reside a superação do paradigma integracionista que vigorava até então, segundo o qual os indígenas pertenciam a um patamar civilizatório inferior e, por estarem supostamente em um estágio evolutivo anterior, eram incapazes de participar (fazer parte) da mesma comunidade política que os seus colonizadores. Sob o viés etnocêntrico da tutela e do assimilacionismo, não eram sequer povos distintos entre si, detentores de uma gama de múltiplas subjetividades, culturas, cosmovisões e idiomas; eram todos parte de uma mesma massa amorfa, transitória e não civilizada: “os índios”. E esses “índios” somente fariam parte da mesma comunidade política nacional que os “homens brancos esclarecidos” quando fossem “aculturados”, ou seja, precisavam, antes, deixar de ser “índios”. Uma vez que, na qualidade de povos indígenas, não faziam *parte* da comunidade maior, não poderiam *participar* das decisões políticas dessa comunidade, cabendo-lhes tão somente suportá-las. Não eram sujeitos, apenas objetos.

O processo de empoderamento dos povos indígenas no Brasil, que resultou no *reconhecimento* da sua condição de sujeitos, coletivos e de direitos, na Constituição de 1988, esteve em sintonia com

a trajetória de lutas desenvolvidas no contexto internacional, em especial o latino-americano.

Em junho de 1989, apenas oito meses depois da promulgação do novo texto constitucional brasileiro, devido a pressões do movimento indígena no plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho alterou a Convenção n. 107, de 5 de junho de 1957, “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto n. 58.824, de 1966. Embora tenha sido um dos primeiros instrumentos normativos internacionais a dispor sobre direitos dos povos indígenas, a Convenção n. 107 incorria nos mesmos equívocos do paradigma integracionista, conforme exposto por Jandira Keppi (2001, p. 4):

Em 26 de junho de 1957, através de sua 40ª Sessão da Conferência Geral, a OIT aprovou a Convenção 107, que trata da proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi tribais de países independentes. Ela praticamente incorpora no seu texto as convenções acima citadas, referentes aos povos indígenas e tribais. Basicamente esta Convenção trata de dois blocos: proteção e integração. Refere-se à proteção das instituições, das pessoas, dos bens e do trabalho dos povos indígenas; da propriedade individual e coletiva das terras tradicionais; da proibição dos trabalhos forçados, da indenização nos casos de perdas ou prejuízos causados pelo trabalho; da proteção dos trabalhadores indígenas em relação ao recrutamento e às condições de trabalho e proibição de discriminação; ao direito de formação profissional, da seguridade social e saúde; da alfabetização em línguas indígenas.

Contudo, essa Convenção sempre foi criticada, por conter disposições ultrapassadas, principalmente no que se refere à integração desses povos à coletividade nacional. Essas populações, segundo esta Convenção, são consideradas como partes de um processo transitório no contexto nacional, onde desaparecerão, à medida de sua integração à comunhão nacional, como mão-de-obra dos países nacionais. O pressuposto da proteção era que seus problemas desapareceriam, à

medida que se integrassem à coletividade nacional. Sua cultura podia ser mantida, desde que não fosse incompatível com o ordenamento jurídico nacional e com o programa de integração (art. 7).

Em seu lugar, foi aprovada a Convenção n. 169, que foi denominada “Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais”. No próprio título, já se percebem os elementos norteadores do novo regramento: a superação das teses de proteção e integração e, com isso, da existência de uma condição temporária de “semi-indígena” ou “semi-tribal”, bem como a concepção de “povos” no lugar de populações.

A OIT apresentou como motivos para a revisão: (I) os “termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação”; (II) a “evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo”, sendo necessário “eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores”; (III) o reconhecimento das “aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”; (IV) a constatação de que “em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente”; e (V) o reconhecimento da “particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”.

Diante da guinada paradigmática, a Convenção n. 169 passou a ter como principais parâmetros o respeito aos povos indígenas na qualidade de comunidades de sujeitos políticos, a promoção de seus direitos em igualdade aos demais membros da população de

um determinado Estado e a garantia da integridade de suas práticas culturais tradicionais, introduzindo como princípios a garantia de sua participação na formulação de políticas públicas e o direito a serem consultados previamente à tomada de decisões com potencial de afetá-los diretamente.

A opção política pela substituição do termo “populações” por “povos” está em estreita consonância com as reflexões tecidas no presente estudo acerca da natureza constitutiva e constituinte da participação. Apesar disso, foi feita ressalva visando a restringir interpretações que conferissem a esses povos eventuais direitos de secessão, advertindo-se que a expressão “povos” “não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional” (art. 1.3).

Observa-se que, para a teoria geral do Estado, enquanto população é uma designação genérica para os habitantes de um dado território, povo é o elemento substantivo do Estado; enquanto população é objeto, contido em algum lugar, povo é sujeito, constitutivo de um lugar e detentor de direitos e deveres de participação e exercício do poder político soberano. Assim leciona Dalmo Dallari (1981, p. 84 e 88):

É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma. Há, todavia, quem designe como população esse elemento pessoal. Ora, população é mera expressão numérica, demográfica ou econômica, segundo Marcello Caetano, que abrange o conjunto das pessoas que vivam no território de um Estado ou mesmo se achem nele temporariamente. Mas o fato de alguém se incluir na população de um Estado nada revela quanto ao vínculo jurídico entre a pessoa e o Estado, não sendo também necessária a constituição de uma vinculação jurídica especial para que alguém se inclua numa população.

[...]

Desenvolvendo-se os princípios fixados por Jellinek, e tendo em vista o relacionamento dos indivíduos com o Estado, podem-se fixar alguns pontos fundamentais relativos à disciplina jurídica do povo. Em primeiro lugar, verifica-se que o povo, elemento essencial do Estado, continua a ser componente ativo mesmo depois que o Estado foi constituído. O povo é o elemento que dá condições ao Estado para formar e externar uma vontade.

Deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

Nesse ponto, nota-se que a Constituição de 1988 não logrou avançar tanto no reconhecimento dos indígenas como povos, o que foi conquistado, porém, nas novas Constituições boliviana e equatoriana, que instituíram Estados plurinacionais (AFONSO; QUADROS DE MAGALHÃES, 2012, p. 455-473). Entende-se que a não utilização expressa do termo *povos indígenas* deve-se muito mais a um temor de ensejar movimentos separatistas⁸ e à exaltação, naquele momento histórico, da nação brasileira como uma unidade, do que a um não reconhecimento da condição material dos indígenas como povos, haja vista que foram expressamente assegurados os direitos à sua organização social e à manutenção de suas práticas culturais, bem como à impossibilidade de remoção forçada de suas terras.

É dizer, na leitura que propomos do texto constitucional, os “índios” são também povos, com direito à autonomia e à autodeterminação, ainda que não estejam assim denominados; e são parte do povo brasileiro, o que lhes assegura duplamente o direito de participarem das tomadas de decisão acerca das medidas que

8 Sobre o direito à autodeterminação dos povos indígenas e a sua não vinculação direta à possibilidade de secessão, vide ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013. (p. 588-620).

possam produzir impactos diretos sobre suas vidas e, em especial, sobre os seus modos de vida tradicionais.

Os indígenas devem participar do processo democrático em condição de igualdade com os demais cidadãos brasileiros, na medida em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*) e “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único). E devem participar em condição diferenciada, considerando-se a sua natureza de povo indígena autônomo e que possui a sua própria organização social.

Para que as decisões políticas que lhes afetam e o sistema jurídico que a elas correspondem possuam legitimidade, é necessário, no mínimo, o estabelecimento de um arranjo procedimental que lhes permita exercer a sua autonomia e comunicar as suas razões, o que propomos ser, exatamente, a institucionalização de espaços qualificados e permanentes de participação social indígena e a previsão de procedimentos de consulta adequados e vinculantes.

Sem esse arranjo procedimental, que possibilite um verdadeiro diálogo intercultural, não há possibilidade de consenso/consentimento, porque nem sequer os referenciais culturais, históricos e cosmogônicos são compartilhados, e, sem consentimento, o que resta é violência e imposição. Sobre os desafios ao estabelecimento de um diálogo intercultural, Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 29) propõe a seguinte reflexão:

[...] uma concepção idealista de diálogo intercultural poderá esquecer facilmente que tal diálogo só é possível através da simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes. Os parceiros no diálogo são apenas superficialmente contemporâneos; na verdade, cada um deles sente-se apenas contemporâneo da tradição histórica da sua cultura. É assim sobretudo quando as diferentes culturas envolvidas no diálogo partilham um passado de sucessivas trocas desiguais. Que possibilidades existem para um diálogo intercultural se uma das culturas em presença foi moldada por

maciças e prolongadas violações dos direitos humanos perpetradas em nome da outra cultura? Quando as culturas partilham tal passado, o presente que partilham no momento de iniciarem o diálogo é, no melhor dos casos, um *quid pro quo* e, no pior dos casos, uma fraude. O dilema cultural que se levanta é o seguinte: dado que, no passado, a cultura dominante tornou impronunciáveis algumas das aspirações à dignidade humana por parte da cultura subordinada, será agora possível pronunciar-las no diálogo intercultural sem, ao fazê-lo, justificar e mesmo reforçar a sua impronunciabilidade?

Boaventura propõe que a resposta ao dilema do diálogo intercultural e ao desafio de que este sirva à emancipação e não à perpetração de um processo fagocitário de dominação do grupo mais fraco perpassa o reconhecimento de que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. (SANTOS, 1997, p. 20).

Por fim, é necessário ressaltar que o direito indígena fundamental à participação diferenciada nos processos decisórios que lhes afetem deriva diretamente da própria Constituição, independentemente do teor das normas internacionais de que o Brasil é signatário, em especial a Convenção n. 169 da OIT. A opção política democrática feita em 1988 é a base compartilhada de intenções, valores, princípios e projetos de futuro que tornou possível a assunção pelo Estado brasileiro de tão relevantes compromissos internacionais.

4 A Convenção n. 169 da OIT como norma interpretativa: por uma interpretação sistemática do direito à participação social indígena

Apresentadas as premissas da tese da natureza jurídica constitucional originária do direito indígena à participação social, cabe tecer algumas considerações a respeito da internalização da Convenção n. 169 da OIT no ordenamento jurídico pátrio e seus efeitos para a efetivação desse direito fundamental.

Conforme já aludido anteriormente, a elaboração e a posterior ratificação da Convenção n. 169 pelos países da América Latina⁹ estiveram estreitamente relacionadas aos processos de transição democrática e reforma constitucional no continente ocorridos nas últimas décadas do século XX e nas primeiras décadas do século XXI.

A intensa mobilização popular em oposição aos regimes ditatoriais propiciou o desenvolvimento de novas ordens constitucionais democráticas e a positivação constitucional de um amplo rol de direitos fundamentais, inclusive, e em especial, dos direitos dos povos indígenas. Também observou-se uma expansão da jurisdição constitucional, com o reforço do controle de constitucionalidade e a previsão de *status* normativo diferenciado aos tratados internacionais sobre direitos humanos nas novas constituições, como partes integrantes do “bloco de constitucionalidade” (COURTIS, 2009).

Mais recentemente, em franca abertura ao reconhecimento de um pluralismo jurídico e até de estados plurinacionais, os processos constituintes que culminaram nas constituições venezuelana (1999), boliviana (2009) e equatoriana (2008) foram além e impulsionaram uma reformulação paradigmática da própria teoria constitucional, que vem sendo estudada como o “neoconstitucionalismo latino-americano”. Esta corrente mantém a priorização da constitucionalização do ordenamento jurídico e a elaboração de cartas programáticas, “mas transcende a preocupação apenas com a dimensão jurídica das constituições e postula, como condição primeira, sua legitimidade democrática, sua propensão à incidência na realidade e nas demandas dos movimentos revolucionários” (ORIO, 2013, p. 164-187).

Nesse contexto, o interesse em ratificar tratados internacionais sobre direitos humanos pode ser analisado como uma forma

9 Embora não se aplique apenas aos povos indígenas e tribais latino-americanos, a Convenção n. 169 da OIT obteve significativa adesão neste continente. Dos 22 países que atualmente já a ratificaram, apenas 7 não pertencem à América Latina: República Centro-Africana, Dinamarca, Fiji, Nepal, Holanda, Noruega e Espanha.

de afirmação, perante o contexto político internacional, da superação dos regimes autoritários violadores de direitos humanos e do sucesso da transição democrática. Simultaneamente a esse processo, observa-se o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transcreve-se Courtis (2009):

Por um lado, muitos dos países da região aumentaram o número de ratificações desses tratados durante o período em questão – como meio de reforçar a mensagem de aceitação do Estado de Direito e da vigência dos direitos fundamentais por oposição ao passado autoritário e caracterizado pela violação massiva dos direitos humanos. A ratificação de tratados internacionais pode ser entendida como a confirmação da confiança no sistema internacional de direitos humanos, que, no passado, constituiu o foro no qual se podia denunciar as graves violações a esses direitos e, ao mesmo tempo, como mensagem à comunidade internacional sobre o novo compromisso do Estado com a vigência do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos.

Além disso, a ratificação de uma quantidade importante de tratados de direitos humanos, tanto regionais como globais, se insere no contexto da prevalência de uma tradição monista nas relações entre o direito internacional e o direito interno. Isso significa que os tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados também fazem parte do direito interno, e que à lista expandida de direitos fundamentais consagrados pelas novas constituições foi agregada uma lista de direitos reconhecidos naqueles tratados.

Em sintonia com o contexto internacional e com o processo interno de transição para um regime democrático com a então recente promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, a Convenção n. 169 da OIT, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989, teve o seu processo de internalização no ordenamento jurídico pátrio iniciado já em 1991, quando o Poder Executivo encaminhou mensagem ao Congresso Nacional (MSC n. 367/1991) solicitando a sua aprovação.

Embora promulgada somente treze anos depois pelo Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004, e concluída uma década da sua não regulamentação, os princípios que veicula, no tocante aos direitos dos povos indígenas e os mandamentos democráticos de participação nos processos políticos decisórios, são de observância obrigatória e aplicabilidade imediata, porque, conforme sustentado no presente artigo, constituem direitos fundamentais, materialmente constitucionais, derivados diretamente do postulado democrático que fundou o Estado brasileiro em 1988.

Há significativo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 113-151) subscritos pelo Brasil. Por entendermos a mais consentânea com os valores axiológicos acima enunciados, filiamo-nos à corrente sustentada por Flávia Piovesan no sentido de que os direitos neles expressos possuem natureza materialmente constitucional, por força do constante no § 2º do art. 5º – que dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” – bem como em decorrência de uma interpretação teleológica da Constituição de 1988, orientada pelos princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da soberania popular, fundamentos precípuos do Estado Democrático de Direito.

Somam-se a esses argumentos a adoção do princípio da primazia da dignidade humana como valor axiológico máximo, o “mais valioso elemento de unidade material da Constituição” (BONAVIDES, 2003, p. 233), bem como a afirmação da prevalência dos direitos humanos como princípio regente do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, inciso II, da CR/1988).

Conforme argumenta a autora, a Constituição brasileira alberga um sistema misto no tocante ao regime jurídico dos tratados internacionais, atribuindo aos que se referem à proteção dos direitos humanos um *status* diferenciado, haja vista que “distintamente dos

tratados tradicionais, que objetivam assegurar uma relação de equilíbrio e reciprocidade entre Estados pactuantes”, estes “priorizam a busca em assegurar a proteção da pessoa humana, até mesmo contra o próprio Estado pactuante” (PIOVESAN, 2013, p. 447).

Em decorrência dessa natureza especial, entende-se que os tratados de direitos humanos, por introduzirem direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro, possuem aplicabilidade imediata, são resguardados como cláusulas pétreas limitadoras do poder constituinte reformador e passam a compor o bloco de constitucionalidade para efeitos de controle desta na jurisdição constitucional. Além de materialmente constitucionais, os tratados de proteção dos direitos humanos serão também formalmente constitucionais caso sejam submetidos ao procedimento qualificado previsto no § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (PIOVESAN, 2013, p. 456-457)¹⁰.

Assentadas essas premissas, propõe-se o reforço da tese inicial da natureza constitucional da participação indígena como decorrência do imperativo democrático pelo reconhecimento do *status* materialmente constitucional da Convenção n. 169 da OIT, com base nos fundamentos da teoria internacional dos direitos humanos. A abertura constitucional aos avanços obtidos no plano internacional quanto ao estabelecimento de parâmetros mínimos para a efetivação dos direitos dos povos indígenas e tribais confere especial relevância à referida norma.

Nesse sentido, ainda que, no nosso entender, a Convenção n. 169 da OIT não seja a norma introdutória na ordem jurídica

10 Nesse caso, Piovesan (2013, p. 352-353) sustenta que os tratados sobre direitos humanos que ostentem natureza constitucional material e formal passam a ser insuscetíveis de denúncia por parte do Estado brasileiro, porque “os direitos neles enunciados receberam assento formal no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação”, não se admitindo que “um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular”.

brasileira dos direitos à participação social indígena nos processos políticos decisórios ou, mais especificamente, à consulta prévia dos povos indígenas sobre as medidas que lhes afetam diretamente – porque o reconhecimento destes a precede –, a sua internalização, com semelhante *status* constitucional, agregou valiosas contribuições normativas com vistas à concretização desses direitos fundamentais. Em especial, a Convenção n. 169 da OIT é a norma vigente no Brasil que delinea os mais importantes parâmetros interpretativos para a participação social indígena.

4.1 Da aplicabilidade imediata dos direitos à participação social indígena e à consulta prévia

O texto constitucional, logo após enunciar o amplo rol de direitos e deveres individuais e coletivos do seu art. 5º, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso significa que a pendência de regulamentação infraconstitucional não pode implicar prejuízo à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, os quais, conforme supramencionado, não se limitam aos previstos expressamente no texto constitucional, mas incluem os decorrentes do regime e dos princípios nela expressos, bem como dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. O referido dispositivo deve ser entendido como um “mandado de otimização ou maximização”, que outorga aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, bem como possibilita ao Poder Judiciário, dentro dos limites permitidos pelo regime republicano, atuar no sentido do preenchimento de lacunas normativas eventuais (SARLET, 2009, p. 269-270).

Os direitos fundamentais integram o núcleo material de uma constituição, exercendo, simultaneamente, as funções de condição e finalidade de um Estado de Direito, haja vista que a ausência de arbitrariedades pressupõe a limitação do poder estatal, e o escopo de um Estado de Direito deve ser assegurar a vida digna e o pleno desenvolvimento das aptidões e desígnios dos indiví-

duos e das coletividades que o compõem. Além disso, verifica-se que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva, estando intrinsecamente relacionados à legitimação do poder e à ordem democrática, conforme leciona Almeida, com lastro em Konrad Hesse:

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto dimensão subjetiva, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto objetiva, constituindo-se, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito.

[...]

O duplo caráter dos direitos fundamentais, o subjetivo e o objetivo, demonstram que os diferentes níveis de significação, respectivamente condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito (ALMEIDA, 2008, 302-303).

Cumprir observar que, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais são condições para a democracia, parte da doutrina constitucionalista já aponta a própria democracia como um direito fundamental. Juntamente com o direito à informação e ao pluralismo político, os direitos à participação cívica e a uma ordem democrática vêm sendo classificados como direitos fundamentais de quarta dimensão, que Bonavides (2003) considera como os pilares de um novo “constitucionalismo de luta e resistência”. Na mesma linha, Sarlet (2009, p. 61) afirma que

os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por

meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. A liberdade de participação política do cidadão, com possibilidade de intervenção no processo decisório e, em decorrência, do exercício de efetivas atribuições inerentes à soberania (direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, etc.), constitui, a toda evidência, complemento indispensável das demais liberdades. De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.

Os direitos dos povos indígenas à participação ativa nos processos decisórios políticos que os afetam diretamente possuem a mesma dimensão dúplice do direito à democracia: configuram direitos fundamentais em si, conforme assegurado pela Convenção n. 169 da OIT e pela Constituição de 1988, e são também condições essenciais para a garantia dos demais direitos fundamentais desses povos. A garantia de que serão ouvidos previamente quanto às medidas administrativas e legislativas que possam impactá-los diretamente é imperativa para resguardar ao máximo os direitos dos povos indígenas à integridade, à autonomia de sua organização social e à sua existência tanto individual quanto coletiva, conforme seus usos, costumes e tradições.

A aplicabilidade plena e imediata dos direitos dos povos indígenas à participação social, pautada pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, implica, ainda, a proibição do retrocesso na sua efetivação (SARLET, 2009, p. 444-450). Isso significa que os instrumentos de participação atualmente existentes não devem ser limitados pela eventual regulamentação dos procedimentos de consulta prévia, nos termos do previsto na Convenção n. 169 da OIT.

Ao contrário, propõe-se que a participação indígena nesses espaços seja orientada e fortalecida pela principiologia emanada dessa norma, que prevê que, na relação com esses povos, o Estado deverá reconhecer e proteger os seus valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais, respeitar suas instituições e, ainda, levar em consideração a natureza dos problemas apresentados, tanto coletiva como individualmente (art. 5º).

Atualmente, verifica-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos dos povos indígenas à participação social e a serem consultados previamente sobre as medidas que lhes afetem são assegurados em normas esparsas, sem a garantia de uniformidade na sua concretização por parte do Poder Público. A título exemplificativo, no caso da exploração do potencial energético hidráulico em terras indígenas, o art. 231, § 3º, da Constituição prevê a necessidade de autorização do Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades afetadas”. A construção de uma usina hidrelétrica dependerá, ainda, de procedimento de licenciamento ambiental, cujas respectivas normas regulamentadoras também preveem a realização de estudo dos impactos sobre as comunidades indígenas (chamado *estudo do componente indígena*) e de audiências públicas¹¹. Os indígenas também podem se manifestar sobre a questão no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica, instâncias de participação social do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, na condição de usuários das águas de sua área de atuação, conforme previsto na Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Além disso, como já visto anteriormente, a Convenção n. 169 da OIT dispõe de forma genérica que “os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6.1) e, mais especificamente

11 V. art. 225, IV, da Constituição; Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, art. 2º, I, c/c art. 7º, XIV, “c”; Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; Portaria Interministerial n. 419, de 26 de outubro de 2011.

com relação à exploração de recursos de domínio do Estado em suas terras, que “os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras” (art. 15.2).

A lacuna na sistematização dificulta a compreensão do direito à participação social dos povos indígenas sob uma ótica unitária, gerando a falsa percepção de espaços de sobreposição ou conflito normativo. A subsistência dessa obscuridade normativa pode contribuir para a inefetividade desses direitos, na medida em que abre margem para interpretações jurídicas distintas ou conjunturais.

Assim, ainda que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuam aplicação imediata por força do § 1º do art. 5º da CR/1988, a regulamentação dos procedimentos de consulta prévia e dos espaços de participação social dos povos indígenas, nos termos das balizas normativas da Convenção n. 169 da OIT, é da maior importância para assegurar que todos os demais instrumentos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro observem a mesma principiologia. A uniformização dos procedimentos possui, também, o condão de garantir maior segurança jurídica, diminuindo questionamentos judiciais e assegurando requisitos mínimos para aferir a legalidade e a legitimidade das decisões tomadas.

4.2 Comentários e propostas ao processo de regulamentação da Convenção n. 169 da OIT no Brasil

Em janeiro de 2012¹², o Poder Executivo instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), com a finalidade de “estudar,

12 Observa-se que o processo de regulamentação teve início após o Brasil ser instado, pela Organização Internacional do Trabalho, a se manifestar a respeito de denúncias do não atendimento das disposições sobre consulta prévia. Entre 2008 e 2011, a OIT teve

avaliar e apresentar proposta de regulamentação da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, no que tange aos procedimentos de consulta prévia dos povos indígenas e tribais”. O prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos se encerrou no início de 2014, já tendo sido divulgada a realização da última reunião do GTI, de forma que a edição do ato regulamentador provavelmente ocorrerá em um período próximo.

A metodologia divulgada pelo GTI para a realização de seus trabalhos incluía a participação prioritária de representantes da sociedade civil e, principalmente, dos sujeitos de direito da Convenção n. 169 da OIT¹³, bem como a realização de reuniões informativas regionais. No entanto, no decorrer do processo, o movimento indígena se afastou das discussões em razão dos conflitos erigidos a partir da edição, pela Advocacia-Geral da União, de ato normativo (Portaria n. 303, de 16 de julho de 2012) que determinou a observância, pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal, das condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET 3388/RR (também conhecido como *Caso Raposa Serra do Sol*)¹⁴.

observações e recomendações ao Estado brasileiro, envolvendo os casos do projeto de Novo Código Florestal (que deu origem à Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012), da base espacial de Alcântara no Maranhão, do procedimento de demarcação de terras quilombolas, da transposição do Rio São Francisco e da construção de hidrelétricas na Região Amazônica, em especial a hidrelétrica de Belo Monte. Tendo em vista o recorte metodológico do presente trabalho, os referidos casos serão analisados em outra oportunidade. As análises e recomendações da OIT estão disponíveis em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3142197>. Acesso em: 17 mar. 2014.

13 A metodologia e a agenda de atividades para 2012 e 2013 se encontram disponíveis em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/documents/980199/f1bc41e1-bb67-4288-858e-9b2087027c1b>>. Acesso em: 21 mar. 14.

14 Vide carta da Articulação Nacional dos Povos Indígenas (APIB), em que afirma: “A APIB reitera a sua posição, a mesma defendida pela bancada indígena da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNP), durante a 20ª reunião ordinária realizada em Sobradinho, Brasília-DF, de 24 a 26 deste mês de julho: ‘Reafirmamos nosso posicionamento de não discutir a regulamentação da Convenção 169 da OIT enquanto o governo federal não

É de fundamental importância que o processo de regulamentação ocorra em consonância com os princípios informativos da própria Convenção n. 169 da OIT, que dispõe, no art. 6.2, que “as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”.

O esforço governamental em viabilizar e promover a participação efetiva dos povos indígenas nesse processo deve necessariamente incluir a busca pela construção de um espaço de diálogo livre e de boa-fé, no qual possam exercer adequadamente sua autonomia argumentativa no sentido do que propõe a teoria procedimental habermasiana. Este mesmo esforço deve estar no cerne do procedimento que se busca normatizar para realização das consultas futuras. É dizer: o momento político atual e os impasses que estão sendo observados com a resistência dos povos indígenas em prosseguir no diálogo, e que precisam ser superados para que se atinja um resultado legítimo e consensual, são simbólicos da necessidade de que a norma em elaboração regule um procedimento que possibilite, ao máximo, a realização das consultas sobre medidas que impactam esses povos de forma legítima e não apenas legitimadora.

Desse modo, é preciso que a norma regulamentadora abalize princípios e normas garantidoras que, se não puderem eliminar os conflitos por serem estes próprios do processo democrático, apresentem caminhos procedimentais para a sua mitigação e, eventualmente, para a sua superação.

Para tanto, considera-se necessário que a regulamentação seja inspirada por um robusto rol de princípios, que compreenda, no

revogar definitivamente a Portaria 303 da AGU – que atenta contra a referida convenção – e conclamamos as organizações não-governamentais, movimentos sociais e toda a sociedade civil que nos apoiem nessa decisão”. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7045&action=read>. Acesso em: 17 mar. 2014.

mínimo: o respeito à boa-fé por todos os envolvidos no diálogo – Poder Público, povos indígenas e comunidades quilombolas consultados, Ministério Público, entidades privadas interessadas e sociedade civil que acompanhem as consultas –; o pleno respeito à diversidade, inclusive quanto à forma de deliberação própria dos povos e comunidades consultados; a prestação de informações suficientes, completas e em linguagem acessível, inclusive com a tradução para o idioma próprio quando necessário; a garantia da autonomia para escolha de seus representantes, com o cuidado de que também sejam disponibilizadas informações aos demais integrantes das comunidades consultadas; a identificação dos sujeitos consultados por meio de critérios de autoatribuição da condição de indígena ou quilombola; e a obrigatoriedade da consideração dos resultados da consulta como elementos informativos para o processo decisório da administração pública ou do Poder Legislativo.

A garantia da boa-fé implica que todas as partes envidem amplos esforços para a obtenção de um resultado consensual, bem como que os resultados do processo de consulta sejam efetivamente considerados para a tomada de decisão, com a vinculação das partes aos acordos eventualmente firmados e às condições estabelecidas. Isso significa dizer que o objetivo dos processos de consulta aos povos indígenas e às comunidades quilombolas, nos termos do que prevê a Convenção n. 169 da OIT, é a realização de um diálogo “franco, aberto e significativo” com os povos interessados (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2003, p. 15), e não um mero referendo, em que só haja duas respostas possíveis: sim ou não.

Observa-se que a própria OIT, em manual oficial elaborado para subsidiar a atuação dos governos conforme a Convenção n. 169, ressaltou que não há previsão de direito de veto, mas há necessidade de criação de um espaço de negociação e do empoderamento dos povos indígenas e tribais para participar das tomadas de decisão que lhes afetem em defesa de seus interesses:

El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. ¿Y el derecho de veto? El Convenio no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de veto. El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer.

[...]

El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vista. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2003, p. 16-17).

O consenso, pois, deve ser o objetivo maior dos processos de diálogo entre o Poder Público (ou Estado) e os povos indígenas e comunidades quilombolas, mas, evidentemente, em se tratando de uma democracia, dissensos são previsíveis, naturais e inclusive necessários, sob pena de o pluralismo almejado ser asfixiado. Visto que são previsíveis, o necessário é que o procedimento a ser regulamentado preveja instrumentos para que estes dissensos nem inviabilizem o prosseguimento do diálogo (como tem ocorrido durante as discussões para a regulamentação da Convenção n. 169 conduzidas pelo GTI, em que os indígenas, no exercício legítimo de sua autonomia, recusaram-se a continuar acompanhando os trabalhos), nem resultem na imposição da vontade de uma das partes à outra, sobretudo diante da correlação desigual de forças e da grave assimetria de poder.

Propõe-se, portanto, que, nos casos da impossibilidade de resultados consensuais, a norma regulamentadora preveja a obrigatoriedade de uma decisão motivada pelo órgão responsável pela

medida administrativa ou legislativa que afetará diretamente os indígenas. Essa decisão deverá analisar de forma fundamentada os resultados do processo de consulta, detalhando os motivos para eventual rejeição total ou parcial das sugestões, propostas e críticas dos povos indígenas consultados.

Caso estes se recusem a participar do processo de consulta, que sejam explicitados os esforços adotados, as justificativas apresentadas para a não participação no diálogo e os fundamentos de conveniência e necessidade da medida sobre a qual se consultava. Além disso, é preciso restar garantido que as medidas que lhes afetem diretamente serão sempre, especialmente quando não houver acordo, implementadas em conjunto com amplas ações mitigatórias dos impactos, que deverão ser estruturadas em consonância com outras disposições legais pertinentes e levando-se em consideração os posicionamentos dos sujeitos consultados, sobretudo os seus fundamentos para o não engajamento no respectivo processo de consulta.

Por fim, cumpre ressaltar que, independentemente dos resultados do processo de consulta, nos termos do disposto no § 5º do art. 231 da CR/1988, existe uma vedação constitucional à implementação de medidas que impliquem a remoção forçada dos povos indígenas de seus territórios tradicionais, “salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”.

5 Conclusões

As ponderações apresentadas ao longo do presente artigo representam a síntese das reflexões oriundas de experiências práticas colhidas no acompanhamento dos debates públicos em torno do tema da regulamentação dos procedimentos de consulta prévia aos povos indígenas e comunidades quilombolas.

Constatou-se que o atual contexto sócio-político, especialmente no que tange aos povos indígenas, encontra-se significativamente tensionado, com a prevalência de propostas no Congresso Nacional tendentes a mitigar direitos humanos fundamentais (a exemplo da PEC n. 215/2000 e do PLP n. 227/2012), as quais não têm observado qualquer mecanismo de consulta pública aos interessados.

A proliferação de graves conflitos fundiários envolvendo a demarcação de terras indígenas em todo o País e o avanço de projetos de infraestrutura na região amazônica contra intensa resistência dos povos indígenas afetados são problemas gravíssimos que exigem, nos encaminhamentos e decisões a serem tomados, a observância do processo democrático de participação desses povos.

É justamente nesse ambiente conflituoso que deve ser compreendido o direito à participação social dos povos indígenas em sua plenitude, o que é indispensável para que sejam assegurados espaços em que os reais interessados possam se manifestar em defesa de seus direitos, bem como que as decisões do Poder Público acerca das medidas que lhes afetarão sejam precedidas de um processo adequado de consulta que garanta a sua legitimidade social e constitucional.

Portanto, compreender o direito de consulta ou de participação social dos povos indígenas como uma questão de democracia é superar as visões que o reduzem a enquetes, a mecanismos para assegurar uma legitimidade meramente formal de decisões já tomadas, em que os valores *soberania nacional* ou *supremacia do interesse público* são invocados para travar o debate em torno da existência ou não de um direito de veto. Sobretudo quando esses princípios são alegados em defesa do *desenvolvimento nacional*, sem que haja uma efetiva discussão democrática acerca desse modelo de desenvolvimento, uma vez que este deve ser promovido em conjunto com os povos indígenas e nunca apesar deles.

Uma participação democrática vai muito além de vetar ou aquiescer: compreende ações propositivas, a argumentação sobre razões em

defesa de interesses e ideias, o estabelecimento de negociações, a fixação de condicionantes, a realização de concessões mútuas etc.

Retomar o debate sobre essas bases é ultrapassar as concepções que colocam de forma equivocada os povos indígenas e o restante da população nacional como partes em uma relação de oposição e não de igualdade. É necessário transpor as visões da consulta ou da participação social indígena como um processo de embate unilateral, em que apenas uma das partes pode ser vencedora: a que obtém o consentimento, ou a que veta. Trata-se de um processo que deve ser dialógico, plural e com uma gama de resultados possíveis, decorrentes da conjunção das vontades e das reflexões advindas do diálogo em si.

Não há democracia ou diálogo possível se, em um processo de deliberação, qualquer das partes possui previamente a opção de veto injustificado, ou em que a outra parte possui a faculdade de superar as razões da primeira. Em outras palavras, se é dado a uma parte o direito de ser barreira ou à outra o poder de ser trator.

O estabelecimento de um procedimento que oriente os espaços de participação social dos povos indígenas (e das comunidades quilombolas), bem como os processos de consulta prévia do Poder Público aos povos indígenas e as comunidades quilombolas, que têm seus direitos assegurados tanto pela Constituição de 1988 quanto pela Convenção n. 169 da OIT, deve incluir a busca pelo consenso, mas, principalmente, pela construção de espaços que viabilizem um diálogo intercultural livre, transparente e de boa-fé, que efetivamente possibilite ao Brasil exercer seu potencial para se constituir em um dos países com a maior diversidade sociocultural do mundo.

Referências

AFONSO, Henrique Weil; QUADROS DE MAGALHAES, José Luiz. O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma

releitura do direito internacional moderno. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Mexico, v. XII, p. 455-473, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O direito à autodeterminação dos povos indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ASSOCIAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. *Carta Pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela Convenção 169 da OIT*. 26.7.2013. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7045&action=read>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Desenvolvimento econômico e reenvolvimento cosmopolítico: da necessidade extensiva à suficiência intensiva. *Sopro*: panfleto político-cultural, 51, maio/2011.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *Sur: Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 6, n. 10, jun. 2009. Disponível em: <www.surjournal.org/conteu-

dos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_courtis.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

DUSSEL, Enrique. Democracia participativa, disolución del Estado y liderazgo político (Primera Parte). *Comunicação & política*, v. 29, n. 3.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 2011.

KEPPI, Jandira. *A ratificação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil*. 2001. Disponível em: <http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/files/hist%C3%B3ria_ratifica_c169_brasil.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2014.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988*. 2007. 550 f. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

MUJICA, José (Pepe). *Mujica: “aplicamos um princípio simples, reconhecer os fatos”*. Montevidéo, 9.3.2014. Entrevista concedida a Helena Celestino. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mujica-aplicamos-um-principio-simples-reconhecer-os-fatos-11827657>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. *A travessia do direito: a gênese democrática do discurso jurídico e o amicus curiae como manifestação da transição paradigmática do direito*. (Dissertação de mes-

trado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014 (no prelo).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual*. 1. ed. 2003. Disponível em: <http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst.esp.consulta_previa/files/manual_oit169.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2014.

ORIO, Luís Henrique. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: Wolkmer, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (orgs.). *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. de 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 14 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *12.2.2014 - Grupo de Trabalho Interministerial sobre Convenção 169 promove última reunião*. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/02/12-02-2014-grupo-de-trabalho-interministerial-sobre-convencao-169-promove-ultima-reuniao>. Acesso em: 13 mar. 2014.