

# 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

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União  
SANDRA LIA SIMÓN

## **Câmara Editorial – CED**

### **Ministério Público Federal**

ANDRÉ BATISTA NEVES  
Procurador da República

ANTONIO DO PASSO CABRAL  
Procurador da República

### **Ministério Público do Trabalho**

CAROLINA VIEIRA MERCANTE – Coordenadora da CED  
Procuradora do Trabalho

RICARDO JOSÉ MACEDO BRITTO PEREIRA  
Subprocurador-Geral do Trabalho

### **Ministério Público Militar**

RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS  
Procurador de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA  
Promotora de Justiça Militar

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

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER  
Promotor de Justiça

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA  
Procuradora de Justiça



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 16 – Número 49 – janeiro/junho 2017  
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>

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

#### **Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional**

Nelson de Sousa Lima

#### **Assessoria Técnica – Chefia**

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

#### **Assessoria Técnica – Revisão**

Carolina Soares dos Santos

#### **Preparação de originais e revisão de provas**

Carolina Soares dos Santos, Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles,  
Bárbara Seixas Arreguy Pimentel, Lia Samantha Rolán Barbosa

#### **Assessoria Técnica – Programação Visual**

Natali Andrea Gomez Valenzuela

#### **Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato

#### **Diagramação**

Sheylise Rhoden

#### **Impressão**

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

#### **Tiragem: 3.200 exemplares**

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

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

Brasília : ESMPU, ano 16, n. 49, jan./jun., 2017

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

## Editorial

É com muita satisfação que apresentamos mais um número do *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*. Trata-se de publicação consolidada no meio científico e situada no melhor estrato de produção haurida institucionalmente, isto é, reúne aquelas produções pensadas e realizadas a partir de e para o arranjo institucional do Ministério Público brasileiro.

A atenção trazida ao Ministério Público pela Constituição de 1988 continua ensejando reflexões. Passadas quase três décadas, temos um texto que, para alguns, reclama atualizações ou revisitações e, em geral, ainda dispõe de preceitos que não alcançaram concreção normativa. A modelagem institucional do Ministério Público é fruto de uma produção que mescla a originalidade do contexto brasileiro, que resulta de sua história, suas demandas e suas próprias peculiaridades, com a inspiração de modelos da Europa continental. Nessa última busca por inspiração na modelagem normativa extraída do Direito comparado, o Ministério Público brasileiro agregou funções e arranjos que, em outros países, são entregues a instituições diversas. É o caso, para citar um exemplo, das atribuições extrajudiciais e da aproximação com a figura do *defensor del pueblo* dos países de língua hispânica.

O quadro de desigualdade histórica vivenciado pelo Brasil exige soluções institucionais que atentem para essa situação. A dignidade da pessoa, apontada pela Constituição como fundamento da República, ora se tem prestado como uma expressão que de tão ampla serve a tudo (ou a nada), ora ainda se mostra um postulado distante da realidade vivenciada pela grande maioria dos brasileiros. É nesse contexto que temas tão caros ao Ministério Público

ainda seguem inconclusos ou mesmo carentes de uma compreensão que atente para o *locus* e as funções da própria instituição no processo de concretização do Estado Democrático de Direito.

Nisso reside a necessidade (ou mesmo urgência!) da produção científica situada no seio institucional e a ele dirigida de modo prioritário. Longe de um exercício de fala para iguais ou de repetição de lições já incorporadas, a produção institucionalmente fomentada – como é o caso do *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* – conjuga a crítica madura com a necessidade de proposição de soluções ou alternativas aos problemas enfrentados no dia a dia do sistema de justiça e do inafastável diálogo com a sociedade. Afinal, o pensar crítico, derivado de uma premissa ética, pode ser sintetizado em três tarefas: dar visibilidade às questões de maior cariz social ainda não vocalizadas, colocar em questionamento os critérios que sustentam o quadro de desigualdade histórica e propor alternativas que concretizem uma igualdade substancial.

Os artigos que compõem o presente número se inserem nessas tarefas do pensar crítico. Anelise Becker nos brinda com um artigo que enfrenta tema espinhoso na temática dos direitos humanos: as cotas raciais dirigem-se exatamente a quem? É preciso coragem para aceitar o convite à discussão e, no artigo intitulado “Cotas raciais: problematidade prática da definição de seus beneficiários”, a autora parte do atual estado de coisas para visualizar acertos e críticas possíveis sobre o tema. Ainda dentro da temática muito cara ao Ministério Público, notadamente na militância pela concretização dos direitos humanos, Fernando Merloto Soave contribui com o artigo intitulado “Índios e cidade: quando a igualdade descaracteriza”. Ao tratar da lacuna nas políticas públicas dirigidas aos indígenas inseridos nas cidades, Soave nos chama a refletir sobre algo bastante presente e pouco afirmado na temática indígena: será que a proteção dos indígenas só tem sentido normativo quando dirigida a espaços de ocupação natural ou guarda fundamento na própria presença indígena independentemente do local em que se encontre? A chamada à reflexão é mais que necessária nesse ponto.

Mariana Rezende Guimarães, também com desassombro, enfrenta o gravíssimo tema da questão carcerária no Brasil a partir da análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF 347. No julgamento, que afirmou o estado inconstitucional da questão carcerária no País, a Suprema Corte brasileira partiu do aporte, entre outros, da Corte Constitucional Colombiana e, deslocando-se do pacífico local de julgamento de fatos pretéritos, pôs-se a dizer sobre diretrizes e opções públicas de enfrentamento da grave questão prisional. É tema que reclama crítica e reflexão, para que mesmo a mais lídima das intenções não resulte no descrédito das instâncias formais de controle do Estado.

No campo do Direito Eleitoral, Priscila Batista de Matos nos convida a refletir sobre a influência dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015. Este, longe de ser um diploma monotemático, que apenas sistematize o Direito Processual Civil no Brasil, constitui verdadeiramente uma tentativa de normatização sobre o modo de refletir e decidir as questões postas ao Judiciário. Nessa perspectiva, como não reconhecer seu impacto também nas soluções hauridas no Direito Eleitoral? O tirocínio trazido no texto, seguramente, mostra-se útil tanto aos estudiosos do Direito Processual quanto aos que militam na área do Direito Eleitoral.

No Direito Administrativo, mais especificamente no pouco explorado campo da projeção normativa da atuação das instituições públicas, com atenção ao Ministério Público, Thiago André Pierobom de Ávila e Teofábio Pereira Martins abordam o uso da recomendação. Esse instrumento, já presente na legislação brasileira desde 1993, ainda conduz a válidas reflexões. Inicialmente compreendida apenas como possibilidade de solução extrajudicial de situações que reclamariam a atuação em juízo do Ministério Público, evitando a situação a ser eventualmente enfrentada no manejo de ação civil pública, a recomendação é tratada pelos autores com a atualidade que os temas de hoje trazem sobre o seu manejo. A tormentosa questão atinente ao dolo na improbidade administrativa recebe sólida contribuição dos autores, que apresentam a recomen-

dação para além do já tradicional instrumento de prevenção da responsabilidade do agente público. Afinal, se o agente público, devidamente admoestado, ainda persiste na prática reputada ilegal, deve mesmo arcar com as sanções próprias do ato ímprobo.

Na seara penal e processual penal, contamos com três contribuições de envergadura elogiável e de cariz relevante. Túlio Fávaro Beggiano, em detido estudo, apresenta a importância da atividade notarial e de registro como instrumento de prevenção e controle penal, especialmente dirigido ao estelionato previdenciário. A abordagem multidisciplinar ocupa-se do arranjo institucional do Estado como importante recurso de enfrentamento desse tipo específico de criminalidade, e tal compreensão, é bom que se diga, mostra-se muitas vezes mais efetiva em resultados que o caminho aparentemente fácil da mudança legislativa. Wellington Luís de Sousa Bonfim cuida de tema que se encontra profusamente presente no sistema de justiça criminal, especialmente nos crimes de competência da Justiça comum federal: como compreender os crimes fiscais como antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro? Não bastasse a importância prática do tema, o artigo vem aclarar sobremaneira algo que muitas vezes é objeto de má compreensão ou mesmo equívocos nos tribunais brasileiros. Por fim, Tássia Louise de Moraes Oliveira nos põe a refletir sobre um verdadeiro “dogma”, expressão aqui tomada no seu sentido de pretenção verdadeira indiscutível, da obrigatoriedade da ação penal. Por que a oportunidade da ação penal vem sendo tratada por diversas democracias consolidadas desde meados da década de 1990 e o Brasil segue afirmando a obrigatoriedade como algo intocável ou indiscutível? O artigo de Tássia Oliveira situa o tema e nos convida à uma reflexão urgente e necessária, especialmente quando consideramos o quadro de franca desigualdade no desenho do sistema de justiça criminal pátrio.

A multiplicidade dos temas trazidos tem por fio condutor uma preocupação clara: compreender os problemas enumerados não apenas pela conformação normativa dos temas jurídicos pertinentes mas sobretudo pela conformação institucional responsável pela



concretização ou pelo enfrentamento desses problemas. Pensar os problemas a partir da institucionalidade das alternativas é caminho mais próximo da desejada mudança da realidade social. Afinal, se as questões mais tormentosas da realidade brasileira fossem solucionáveis apenas com mudanças legislativas, seguramente pouco teríamos a fazer. E o quadro, desnecessário dizer, é justamente o oposto.

O presente *Boletim*, espera-se, atende aos anseios da nossa linha editorial e entrega ao nosso público, que se deseja o mais amplo possível, um importante espaço de diálogo institucional. Enfrentar os temas espinhosos que muitas vezes explicam ou ao menos indicam as razões pelas quais estamos no quadro atual é tarefa que deve ser sempre reconhecida e merecedora de aplausos. Nessa medida, pois, agradecemos as contribuições dos autores desta edição ao tempo em que convidamos todos para igualmente prestarem suas contribuições e reflexões nos números vindouros.

#### ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

Promotor de Justiça no Distrito Federal. Doutor e mestre em Direito. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União, da Fundação Escola Superior do MPDFT e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor investigador-associado do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha).



# Sumário

## **Direito Constitucional**

Cotas raciais: problematidade prática da definição de seus beneficiários

*Anelise Becker*..... 15

Índios e cidade: quando a igualdade descaracteriza

*Fernando Merloto Soave*..... 49

O estado de coisas inconstitucional: a atuação do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347

*Mariana Rezende Guimarães* ..... 79

## **Processo Civil e Direito Eleitoral**

Aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil ao processo eleitoral brasileiro

*Priscila Batista de Matos* ..... 115

## **Direito Administrativo**

A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa

*Thiago André Pierobom de Ávila e Teofábio Pereira Martins* ..... 139

## **Direito Penal e Processo Penal**

O Direito Registral e o combate ao estelionato previdenciário

*Túlio Fávaro Beggato*..... 177

Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro

*Wellington Luís de Sousa Bonfim* ..... 197

O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro

*Tássia Louise de Moraes Oliveira* ..... 237



# Direito Constitucional



# Cotas raciais: problematidade prática da definição de seus beneficiários

Anelise Becker

Procuradora da República. Doutora em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

**Resumo:** A disseminação de ações afirmativas voltadas à neutralização dos efeitos da discriminação racial mediante reserva de vagas vem suscitando problemas práticos relevantes no que tange à definição do universo de beneficiários de tais ações, fundada na autoidentificação do candidato como negro. Quanto a esta, apresentam-se duas considerações: de um lado, a insindicabilidade da autodeclaração, a colocar em risco a própria política afirmativa; de outro, a insuficiência da mera admissão da possibilidade da revisão, a exigir que se reflita sobre os correspondentes critérios e condições. Se, quanto à primeira, a jurisprudência já se vem inclinando por sua aceitação, é no segundo ponto que as divergências se mostram mais acentuadas. Não obstante as dificuldades que oferece, a sindicabilidade da autodeclaração consiste em pressuposto fundamental não apenas da constitucionalidade da reserva de vagas para negros, mas da própria juridicidade de tal reserva.

**Palavras-chave:** Cotas raciais. Autodeclaração. Sindicabilidade. Critérios.

**Abstract:** The dissemination of affirmative actions aimed at the neutralization of the effects of racial prejudice upon the reservation of vacancies has aroused relevant practical problems concerning the definition of the universe of beneficiaries of such actions, based on the candidate's self-identification as a black person. Concerning this, two considerations are presented: on one hand the lack of control of the self-declaration, putting at risk the affirmative policy itself; on the other hand, the lack of the mere admission of possibility of review, demanding some reflection on the corresponding criteria and conditions. If, concerning the first, there is a trend in the jurisprudence to accept it, it is in the second point that the

differences are even bigger. Notwithstanding the difficulties it brings, the inquirability of the self-declaration consists of fundamental prerequisite not only of the constitutionality of reservation of vacancies for black people but the juridicity of such reservation.

**Keywords:** Racial quotas. Self-declaration. Inquirability. Criteria.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Dos destinatários da reserva de vagas prevista nas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014: as potenciais vítimas do “preconceito de marca”. 3 A autodeclaração de raça para acesso a vagas reservadas como problema de direito, a exigir abordagem em perspectiva multilateral. 4 Vencendo o dogma da insindicabilidade da autodeclaração. 5 Da necessária correlação entre os processos de auto e heteroatribuição de raça e a consequente relevância do contexto social em que inserido o candidato. 6 A sindicabilidade da autodeclaração como condição essencial à constitucionalidade das cotas raciais. 7 Possíveis critérios de decisão. 8 Conclusão.

## 1 Introdução

A relativamente recente disseminação, no direito pátrio, de ações afirmativas voltadas à neutralização dos efeitos da discriminação racial mediante reserva de vagas, seja para acesso ao ensino público superior, seja para acesso a empregos e cargos públicos – temas que, na esfera federal, são tratados, respectivamente, pelas Leis n. 12.711/2012<sup>1</sup> e n. 12.990/2014<sup>2</sup> –, vem suscitando problemas práticos relevantes no que tange à identificação do universo de beneficiários de tais ações.

Explica-se: fundadas tais medidas na autodeclaração do candidato como negro, são cada vez mais frequentes as ações, coletivas

---

1 Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

2 Reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.



ou individuais, questionando os critérios de acesso a essas vagas, seja quando a instituição responsável pelo certame efetua algum tipo de controle de eventuais fraudes, seja quando não o faz<sup>3</sup>. Em qualquer de tais hipóteses, há o risco tanto de preterição indevida como de ocupação indevida de vagas reservadas a negros.

Envolvem tais ações, em geral, candidatos autodeclarados negros que, embora possam ter ascendência negra, não ostentam as suas características fenotípicas. É o caso de pessoas que se situam na zona limítrofe entre o pardo e o branco, ou mesmo visualmente identificáveis com o estereótipo racial branco<sup>4</sup>, cuja autodeclaração como negras para fins de acesso a vagas reservadas acaba por ser posta em causa, seja por comissões criadas pelas próprias instituições que promovem o certame ou, quando inexistentes ou falhas estas, por outros candidatos, negros ou brancos, que se sentem injustamente preteridos.

Em tais circunstâncias, a efetivação, afinal, da política pública de que aqui se trata, assim como a justiça que os indevidamente preteridos clamam, fazem do recurso ao Poder Judiciário o caminho natural para o enfrentamento de tais questões. As dificuldades a elas inerentes, porém, redobram a importância das diretivas ou modelos jurídico-normativos para a realização do direito que,

---

3 Ilustram tais hipóteses, v.g., as Ações Cíveis Públicas movidas pelo Ministério Público Federal sob o n. 0119328-36.2015.4.02.5001/ES e n. 0071142-59.2015.4.01.3400/DF, tendo por objeto, respectivamente, concurso promovido pela União no ano de 2014, para provimento de vagas de Agente da Polícia Federal, e concurso promovido no ano de 2015 pelo Instituto Rio Branco, para admissão à carreira de Diplomata do Ministério das Relações Exteriores. As reflexões desenvolvidas no presente artigo têm como ponto de partida os fundamentos que embasaram o ajuizamento, também pelo Ministério Público Federal, das Ações Cíveis Públicas n. 5003045-53.2016.4.04.7101 e n. 5003858-80.2016.4.04.7101, perante a Subseção Judiciária de Rio Grande/RS, cujas petições iniciais foram elaboradas pela autora.

4 Para confirmar tal assertiva – de que não necessariamente uma pessoa que tenha ascendência africana geneticamente identificável terá a pele escura ou o cabelo ulútrico –, pode-se citar estudo realizado por Sérgio Pena e outros (2000) acerca de um grupo de brasileiros brancos de ascendência africana (28%), europeia (39%) e ameríndia (33%), cuja parcela africana não fazia deles membros da raça negra, tampouco sujeitos à discriminação racial.

proporcionando meios de resolução correta de problemas, sejam passíveis de oferecer fundamentação para suas decisões<sup>5</sup>.

De um lado, a insindicabilidade da autodeclaração, ao argumento de que a adoção de um critério de acesso eminentemente subjetivo ensejaria um impasse no controle de acesso às vagas reservadas, pois não seria possível definir quem é preto ou pardo para tal fim<sup>6</sup>, coloca em risco a própria política afirmativa em questão, pois qualquer indivíduo que se autodeclare negro, somente por fazê-lo, fará jus ao benefício.

De outro, não basta reconhecer a possibilidade de revisão da autodeclaração sem refletir sobre os critérios e condições sob as quais esta terá lugar, pois, nesse caso, apenas se retornará à aporia inicial, pela imprestabilidade do controle levado a efeito, seja por aspectos formais, atinentes ao devido processo legal, seja por aspectos materiais, relativos ao mérito da própria avaliação.

O que nos remete, necessariamente, a recordar o *caráter prático* da ciência do direito, manifestado em sua função de *conduzir o agir* – e, portanto, a vontade que o move – *ao domínio da razão*, mediante argumentos que não sejam meros disfarces da vontade, mas sim *autênticos chamamentos a uma comunidade de razão*, preocupados, ademais, com sua idoneidade para disciplinar efetivamente a

---

5 Consoante anota Castanheira Neves, hoje o próprio sentido da elaboração doutrinariamente dogmática do direito positivo vem repensado como o de exercício de “uma tarefa pragmática (ou prática)” passível, como tal, de oferecer diretivas ou modelos jurídico-normativos à realização do direito, e, pois, fundamentação para decisões práticas (NEVES, 1998, p. 45, 51 e 116, reportando-se a WIEACKER, 1980, p. 721-722, para quem incumbe à dogmática não construir um edifício doutrinário mental e logicamente contingente de contextos de dedução, mas sim oferecer meios de resolução correta de problemas).

6 Neste sentido, v.g., decisão proferida por maioria, em 24.6.2012, pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação/Reexame Necessário n. 5002408-12.2010.404.7102/RS, rel. des. fed. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Em sentido contrário, v.g. voto acolhido por unanimidade em 5.11.2015, também pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido por seu relator, o des. fed. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, no Agravo de Instrumento n. 5036049-78.2015.4.04.0000/RS.

realidade conforme o valor que os princípios jurídicos lhe atribuem (ZAGREBELSKY, 2003, p. 120-122).

Consoante ressalta Gustavo Zagrebelsky, se o direito deve se voltar à realidade, ou seja, se deve operar em cada caso concreto em conformidade com o valor que os princípios lhe assinalam, não basta considerar o “direito nos livros”, é preciso ter em conta o “direito em ação”: para a norma valer, não basta que ostente uma “validade lógica”, é necessária sua “validade prática”. Por isso, as *consequências práticas do direito* não são de modo algum um aspecto posterior, independente e carente de influência sobre o próprio direito, mas sim um elemento qualificativo seu<sup>7</sup>.

Decorre daí a importância, no que diz respeito ao tema em análise, de não se fechar o operador do direito na literalidade da lei, menos ainda na literalidade de recorte seu, em que está prevista a autodeclaração de raça, para sobre ela assentar todo o edifício das ações afirmativas correlatas.

Até mesmo pela possível infelicidade de sua redação, porquanto discutível se poderá ser falso algo que é uma “autodeclaração”<sup>8</sup>, são outros os critérios – para além da eventual primeira impressão que possa restar de sua leitura isolada, a remeter para um tipo de dogma da insindicabilidade da autodeclaração – que devem nortear a compreensão do conteúdo da norma jurídica nela positivada<sup>9</sup>,

---

7 Zagrebelsky (2003, p. 122), esclarecendo que não se trata de assinar ao “fático” uma prioridade sobre o “normativo”, mas de manter uma concepção do direito que permita que esses dois momentos não sejam irrelevantes um para o outro.

8 Referência ao art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 12.990/2014, segundo o qual, “na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

9 Consoante princípio hermenêutico elementar, a solução para cada controvérsia jurídica não pode ser encontrada levando em conta apenas o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, o inteiro ordenamento jurídico, e, especialmente, seus princípios fundamentais (PERLINGIERI, 1997, p. 5), consignados no texto constitucional.

critérios, esses, atentos não apenas à realidade dos fatos observados na vivência comunitária em que se dá a discriminação que se busca combater (a realidade fática na qual o direito há de lograr validade prática), como sobretudo ao fundamento normativo da ação afirmativa mobilizada para tanto, a fim de evitar que se consagrem artificialismos conflitantes com a intenção material em que normativamente se funda aquela ação.

Esses artificialismos, no caso, consistem na aceitação acrítica de que, num contexto em que vige o “preconceito de marca”, possa um candidato, apenas porque *autodeclarado* negro e ainda que possua tal ascendência (genótipo), concorrer às vagas reservadas, embora não apresente qualquer traço característico da aparência física das pessoas negras (fenótipo).

Considerando que, à luz do comportamento habitual da sociedade brasileira, dificilmente possa ter sido ou ser tal pessoa, na interação social, alvo de preconceito e discriminação<sup>10</sup> raciais em razão da cor da pele e dos traços que ostenta, a validade prática da solução jurídica a ser buscada para o caso exige a sindicabilidade de sua autodeclaração.

Assim, a menos que se pretenda assumir a real possibilidade de que tais ações afirmativas resembram letra-morta, relegadas ao subjetivismo insondável dos candidatos que se autodeclarem a elas fazerem jus – em franco prejuízo aos demais candidatos, autodeclarados negros ou não –, a interpretação das normas que regem ditas ações afirmativas há de observar a necessidade de que o candidato efetivamente ostente, para si e para a comunidade que o cerca, a condição que declara portar.

---

10 Segundo anota Bobbio (2011, p. 103-108), o preconceito pertence à esfera do não racional, consistindo numa opinião ou conjunto de opiniões, às vezes até mesmo em uma doutrina completa, que é acolhida acrítica e passivamente, isto é, sem que seja verificada, e com tal força que resiste a qualquer refutação fundada em argumentos racionais, distinguindo-se, por isso, das opiniões errôneas passíveis de correção por meio da razão e da experiência. Sua consequência principal é a discriminação: uma diferenciação injusta ou ilegítima, por ir contra o princípio fundamental da justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais.

Animada pela intencionalidade prática ínsita ao direito – o qual não basta ser intencionalmente pensado (*law in the books*), mas exige fazer-se realmente prática ou prática cumprida (*law in action*) (NEVES, 2002, p. 74)<sup>11</sup> –, pretende ser a presente reflexão mais um contributo para o direito que concretamente se realiza.

## **2 Dos destinatários da reserva de vagas prevista nas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014: as potenciais vítimas do “preconceito de marca”**

Em trabalho publicado originalmente na década de 1950, Oracy Nogueira, partindo de uma comparação entre o tipo de preconceito existente nos Estados Unidos e no Brasil, desenvolveu um “quadro de referência” para a caracterização das correspondentes “situações raciais” (NOGUEIRA, 1985)<sup>12</sup>. Um é o tipo que vigora nos Estados Unidos, o qual Oracy Nogueira define como “preconceito racial de origem”. Outro, o existente no Brasil, consistente no “preconceito racial de marca”. Dependendo do tipo de preconceito para o qual tendem com maior intensidade as relações raciais, alteram-se os mecanismos pelos quais a discriminação se torna efetiva. E, consoante alerta Rafael Guerreiro Osório, ainda que na maior parte dos casos as marcas remetam à origem e a origem às marcas, a correspondência entre ambas não é necessária (OSÓRIO, 2003, p. 20–21).

Oracy Nogueira define o preconceito racial como uma disposição ou atitude desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, os quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido à ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca. Quando basta a supo-

---

11 Expressões de Podgorecki, citado por Teubner (1993, p. 145, nota 293).

12 Trabalho citado pela min. Rosa Weber, no voto proferido na ADPF n. 186, p. 129.

sição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem<sup>13</sup>.

Nos casos em que o preconceito é *de origem*, presume-se que o mestiço tem as “potencialidades hereditárias” do grupo discriminado, a ele se filiando, seja qual for a sua aparência e qualquer que seja a proporção de ascendência que dele se possa invocar, de modo que o branqueamento pela miscigenação, por mais completo que seja, não implica em incorporação do mestiço ao grupo branco. Onde o preconceito é *de marca*, o critério discriminatório é o fenótipo ou aparência racial, variando a concepção de branco e não branco em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região. A amplitude de variação, porém, em qualquer caso, resta “limitada pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem”, pois o indivíduo portador de traços caucasoides *será considerado branco*, ainda que se conheça sua ascendência negra, até mesmo porque, sendo o preconceito de marca mais intelectual e estético, sua intensidade varia na proporção direta dos traços negroides (NOGUEIRA, 1985, p. 79-82).

A marca principal, que permite a identificação das potenciais vítimas de preconceito, é a cor, para a qual existe uma espécie de escala de gradação que vai do estritamente branco ao completamente preto. *O preconceito se intensifica na razão direta dessa escala de cor e do porte de outras marcas (cabelo, nariz, boca): quanto mais negra é uma pessoa, maior é a probabilidade de ser vítima do preconceito* (OSÓRIO, 2003, p. 22).

Veja-se que, confrontado com a possibilidade de permissão – no contexto brasileiro – de ingresso na universidade, com base em elementos genotípicos, a quem, pelas características fenotípicas,

---

13 Nogueira (1985, p. 78-79), esclarecendo que, enquanto o preconceito de marca determina uma preterição do indivíduo, o de origem leva à exclusão incondicional dos membros do grupo atingido, em relação a situações ou recursos pelos quais venham a competir com membros do grupo discriminador.

nunca foi por estas discriminado, classificou-a o ministro Cezar Peluso como uma *contradição*, pois

[...] ninguém discrimina alguém porque terá recorrido a exame genético e aí descoberto que a pessoa tenha gota de sangue negro. Isso não faz sentido. O candidato que sempre se apresentou na sociedade, por suas características externas, como não pertencente, do ponto de vista fenotípico, à etnia negra, mas que genotipicamente a ela pertença, a mim me parece que não deva nem possa ser escolhido e incluído na cota, pois nunca foi, na verdade, discriminado<sup>14</sup>.

Embora a fonte de toda a ambiguidade esteja no pardo, e mais especificamente na fronteira entre o pardo e o branco (OSÓRIO, 2003, p. 29), pode-se dizer que, independentemente de sua ascendência genética, aqueles que não ostentam fenótipo negro ou, reversamente, ostentam fenótipo branco, restam como que “imunes” às discriminações que costumam cercar o fenótipo negro num contexto em que vige o “preconceito de marca”, a importar na conclusão de que dificilmente terão sofrido perda de oportunidades sociais associadas à condição negra que justifiquem acesso privilegiado a vaga em instituição federal de ensino superior ou cargo público por meio de ação afirmativa voltada exatamente a igualar os desfavorecidos em razão de condição fenotípica que não ostentam.

Destaca Gomes (2001, p. 137) que um dos objetivos das ações afirmativas é criar as chamadas “personalidades emblemáticas”: representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, servem de exemplo às gerações mais jovens, que veem em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à concretização de seus projetos de vida. Com essa conotação, as ações afirmativas atuam como mecanismo de incentivo à educação

---

14 Voto proferido na ADPF n. 186, p. 166-167. Também Ikawa (2010, p. 366, 392 e 393) defende a estruturação das ações afirmativas de cunho racial à luz do contexto discriminatório específico em que se inseriram, a envolver, no caso brasileiro, o reconhecimento de que nele vige um “racismo de cor”, identificado socialmente, e não de ascendência, a refletir-se nas medidas afirmativas correlatas. Em tal contexto, o fenótipo é o único critério que faz sentido.

e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.

Esse *efeito multiplicador* não passou despercebido quando do julgamento da referida ADPF n. 186, consoante dá conta o voto proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski, destacando o relevante papel simbólico das ações afirmativas (p. 72 e 74). Assim, a ocupação, por um candidato não negro, de vaga reservada a negros evidentemente *esvazia o efeito multiplicador* inerente aos diplomas legais em comento, pois o jovem negro jamais se identificará com o candidato cuja *cor da pele* não seja a sua, ainda que este *se declare* como tal. Pelo contrário: ver um indivíduo não negro utilizando-se das cotas para lograr acesso ao ensino superior ou aprovação em concurso público só causará aos negros sentimentos de impotência e descrédito. Esse desvirtuamento só avultará aquilo que o ministro Ricardo Lewandowski chamou de “*componente multiplicador às avessas*” e que representa, em síntese, ceifar as perspectivas dos jovens negros.

Decorre daí a destacada preocupação que ensejam os casos limítrofes, situados na fronteira entre o pardo e o branco, em que há dúvida acerca da legitimidade da ocupação da vaga reservada a pretos e pardos pelo candidato que, embora autodeclarado como tal, não ostenta o correspondente fenótipo.

### **3 A autodeclaração de raça para acesso a vagas reservadas como problema de direito, a exigir abordagem em perspectiva multilateral**

Como dito, a fonte de toda a ambiguidade está no pardo e, mais especificamente, na fronteira entre o pardo e o branco (OSÓRIO, 2003, p. 29), especialmente porque em sua distinção reside o divisor de águas entre aqueles que fazem jus às ações afirmativas e aqueles que a elas não fazem jus.



As categorias étnico-raciais elencadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) buscam organizar o conjunto de terminologias voltadas a estabelecer identificações e diferenciações nas linhas de cor, contribuindo, direta ou indiretamente, para modelar e legitimar um certo perfil identitário na população brasileira. Ao colaborar, assim, para a construção de fronteiras entre os grupos que a compõem, tais categorias assumem o papel de ferramentas do Estado, necessárias para auxiliar, entre outras tarefas, nas escolhas referentes à adoção de políticas públicas e à definição de seus beneficiários (NASCIMENTO; FONSECA, 2012, p. 3). Uma vez que as leis em comento hajam feito expressa referência ao uso de tais categorias para os fins de delimitação daqueles que podem acessar a reserva de vagas que elas estabelecem, alçam tais categorias *status* jurídico, cuja concretização, contudo, não pode prescindir do aporte histórico, cultural, político, estatístico, sociológico e antropológico que informa a sua definição original.

Considerando que essas categorias e suas fronteiras não são produto de um conhecimento supostamente objetivo da realidade, mas *sócio-historicamente construídas*, é ilusório pensar, em nome de uma idealizada segurança jurídica, que será possível dispor, no campo do Direito, de meios outros, que supostamente confirmam maior objetividade e/ou precisão à sua distinção, pois, nesse caso, a natureza própria de tais categorias restará violentada. Um tal esforço, aliás, viria diametralmente de encontro ao empenho de grande parte dos estudiosos das relações étnico-raciais e de setores do movimento negro brasileiro (a envolver, inclusive, uma revisão da história, de seus procedimentos e interpretações) na criação e no emprego de conceitos que superem as velhas e novas armadilhas que definem o “eu” e o “outro” segundo dados, normas e métodos classificatórios arbitrários, ou seja, de acordo com *termos e métodos que se fixaram numa hipotética essência racial* (NASCIMENTO; FONSECA, 2012, p. 6).

Tampouco será legítimo que a estranheza e a dificuldade naturalmente derivadas da adoção de conceitos oriundos de outras

ciências<sup>15</sup> dêem ensejo a mitificações biologizantes inibidoras da assunção do problema da definição dos beneficiários das ações afirmativas como *problema de direito* que, a partir da positivação de tais medidas, passou a ser.

Veja-se que, em relação às pessoas com deficiência, os tribunais já vêm delimitando os tipos de incapacidades autorizadores de sua inserção, ou não, no regime de cotas previsto no art. 37, inciso VIII, da Constituição da República, havendo o Superior Tribunal de Justiça proferido centenas de decisões para determinar quais deficiências são ou não suficientes para permitir que o candidato faça jus ao benefício, a tal ponto que estabeleceu que a visão unilateral é deficiência para fins de concurso (Súmula 377), mas não a audição unilateral<sup>16</sup>.

Não obstante, em debate promovido em 14 de outubro de 2015 pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado, foram apontadas distorções no uso das cotas para ingresso de deficientes no serviço público: pessoas com cegueira unilateral são consideradas iguais em direitos às que não enxergam nada; pessoas que tem dois dedos dos pés amputados concorrem em igualdade, nas vagas reservadas para os cotistas, com quem não tem as duas pernas e anda com cadeira de rodas. Considerando que tais distorções ferem o objetivo constitucional da ação afirmativa, pois culminam por priorizar quem perdeu dois dedos, tem limitações de extensão de algum membro ou encurtamento da perna, mas não pessoas com grandes deficiências, concluiu-se que não basta o diagnóstico médico-biológico da existência do problema, sendo imprescindível a análise da funcio-

---

15 A nota Sousa (1994, p. 23-26) que, no Direito, em geral os conceitos são indeterminados, ainda que assim não pareçam. O que varia é seu grau de indeterminação: alguns reúnem o consenso generalizado com relativa facilidade; relativamente a outros, esse consenso já é mais difícil de se obter, havendo ainda aqueles quanto aos quais o consenso é quase impossível de se obter. No que tange aos conceitos *descritivos* ou *empíricos* – caso de “raça” – embora seu conteúdo possa não se apresentar imediatamente ao intérprete, é possível fixá-lo objetivamente com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos.

16 MS 18.966/DF, rel. p/acórdão min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 20 mar. 2014, AgRg no REsp 1379284/SE, j. 18.11.2014, rel. min. Benedito Gonçalves.

nalidade da pessoa com deficiência: *a análise de até que ponto essa deficiência prejudica sua integração social, para que faça jus à reserva de vagas*<sup>17</sup>.

No caso das cotas raciais, a situação é análoga (VITORELLI, 2015, p. 59). Quando há dúvidas sobre se o fenótipo, vale dizer, a aparência física do candidato autodeclarado negro, categoria que inclui pretos e pardos, de fato o expõe ao preconceito racial, é sempre imprescindível verificar *se efetivamente se representa, apresenta e é reconhecido em seu meio social como negro*, encontrando-se por isso exposto ao preconceito e à discriminação passíveis de levá-lo à dificuldade de acesso, ou mesmo à perda de oportunidades sociais em decorrência de sua cor, para justificar seu favorecimento pela política de ação afirmativa.

Uma vez que o Poder Público tenha exercido a sua faculdade de abrir o processo seletivo, a publicação do edital dá causa ao surgimento de uma vantagem concreta para todas as pessoas *que preencham os requisitos legais* para nele se inscrever: o direito a se inscrever possui a natureza jurídica de direito formativo gerador, a cujos efeitos, previamente determinados na lei e/ou no edital, submetem-se o Poder Público quando o particular candidato exterioriza sua vontade de nele participar (SILVA, 2004, p. 85).

Exercido tal direito, porém, a relação jurídica relevante não se esgota naquela que se forma, com a inscrição, entre o candidato e a Administração. Sendo vários os candidatos inscritos, forma-se uma *relação jurídica multilateral*, ou poligonal, que envolve os vínculos formados entre estes, individual e coletivamente considerados, e a Administração, assim como entre os candidatos entre si e, ainda, entre todos esses termos da relação e a coletividade em geral.

Esclarece Canotilho (1995, p. 233-234) que, nas relações jurídicas poligonais, estão presentes interesses diferenciados, sejam eles convergentes, concorrentes ou contrapostos, assim como diferentes

---

17 SENADO FEDERAL. Especialistas apontam distorções no uso das cotas para deficientes. *Agência Senado*, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/10/14/especialistas-apontam-distorcoes-no-uso-das-cotas-para-deficientes>>. Acesso em: 15 maio 2016.

situações jurídicas subjetivas, nas quais se interpenetram interesses públicos e interesses privados potencialmente conflitantes, carecedores de uma cuidadosa ponderação. A complexidade de tais relações exige, por isso, não apenas respostas devidamente articuladas, como mesmo implica a mobilização de uma perspectiva jurídica que as compreenda adequadamente.

Quando parte dos candidatos, ao se inscrever no processo seletivo, emite manifestação de vontade, autodeclarando-se negra, a fim de nele lograr posição mais favorecida do que os demais, ao atrair para si os efeitos vantajosos previstos na Lei n. 12.711/2012, ou na Lei n. 12.990/2014, resta evidente que, para a *legitimidade* do exercício de um tal direito formativo gerador suplementar àquele de se inscrever no processo seletivo, e para a manutenção da *justiça* nos termos da relação jurídica poligonal que se estabelece entre os candidatos entre si e entre estes e o restante da coletividade, é imprescindível que o candidato preencha os requisitos legais para o exercício de tal direito, vale dizer: *que se represente, apresente e seja reconhecido como preto ou pardo*, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE, e, por isso, potencialmente sujeito às discriminações que a ação afirmativa em pauta visa superar.

Isso se deve ao fato de que a autodeclaração como negro não gera efeitos unicamente para o candidato que a emite em sua relação bilateral com a Administração, mas também para os demais candidatos, inclusive os outros autodeclarados negros, assim como para o restante da coletividade. Considerando seus efeitos em relação a terceiros, a declaração de vontade de concorrer às vagas reservadas aos negros não cria apenas uma relação unidimensional entre o candidato que se autodeclara negro, individualmente tomado, e a Administração, mas sim uma relação poligonal, que tem de um lado a Administração, e que, do lado dos candidatos, abrange aquele que é beneficiado e o(s) outro(s) que é(são) prejudicado(s) de forma correspondente a esse benefício.

Explica-se o prejuízo na medida em que, tendendo a ação afirmativa a desigualar os candidatos, reservando vagas a alguns, os

demais, que não se enquadram nos requisitos definidos para acesso a tais vagas, a elas não têm acesso, salvo se nenhum candidato a elas se inscrever, ou se os inscritos não restarem aprovados. Da mesma forma, em sendo mais de um candidato à reserva de vagas, se o(s) melhor(es) colocado(s) não preencher(em) o requisito definido para a ela ter legítimo acesso, os demais candidatos autodeclarados negros aprovados em colocação inferior ficarão injustamente preteridos. Nessa hipótese, restará igualmente frustrado o objetivo maior da coletividade, de redução das desigualdades sociais por meio da mencionada ação afirmativa.

Necessária, pois, uma ampliação do olhar, que possibilite a apreensão do conjunto das relações jurídicas que efetivamente exsurge e releva quando o exercício de direitos formativos contra a Administração possa causar danos a terceiros não visados imediatamente por seu exercício.

Vale dizer: a *justiça* exigida pela presença de um terceiro quanto à relação fundamental considerada (entre o candidato autodeclarado negro e a Administração) constitui um *limite* à absolutização da auto-declaração<sup>18</sup>. A presença de um terceiro exigente de justiça permite reconhecer o caráter *jurídico* da problematidade suscitada por tal relação, que passa então a solicitar uma resposta *de direito*. Consiste, este, precisamente num problema *de direito* – ou seja, num problema a exigir uma resposta de direito – porquanto, tomado em relação a uma concreta situação social, nele se encontra em causa uma interação humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um espaço objetivo-social em que é explicitamente relevante a tensão entre a liberdade (no caso, de declaração de vontade) e a vinculação ou integração comunitárias, a convocar,

---

18 Conclusão inspirada no pensamento de Lévinas (2004, p. 143, 144, 247 e 293), para quem a multiplicidade humana não permite esquecer o *terceiro* que, para além do Rosto do “primeiro a chegar”, é “também um outro”, importando saber qual dos dois, em princípio incomparáveis, passa à frente. Por isso, atrás das singularidades únicas, é preciso entrever indivíduos do *gênero*, é preciso compará-los. A presença do terceiro exige uma ordem de justiça, exige comparação, o que coloca um limite à responsabilidade infinita pelo outro que vige na ordem puramente ética do face a face.

de um lado, a exigência de uma garantia para aquela liberdade e, de outro, a imposição, a seu titular, de uma obrigação cumpridora da responsabilidade decorrente daquela vinculação ou integração comunitárias<sup>19</sup>. Um problema cujo sentido estritamente jurídico é expresso pela fórmula de Cícero: *suum cuique tribuere* (NEVES, 2008, p. 113).

#### **4 Vencendo o dogma da insindicabilidade da autodeclaração**

A identificação racial deve se dar sempre *primeiro pelo próprio candidato*, seja em prestígio à imagem que este faz de si mesmo, seja para evitar identificações externas ainda presas a estereótipos da discriminação negativa<sup>20</sup>. Não é outro o sentido da Recomendação Geral CERD n. VIII<sup>21</sup>, atinente à interpretação e aplicação do artigo 1º, itens 1 e 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (internalizada pelo Decreto n. 65.810/1969), por meio da qual, em 22 de agosto de 1990, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, considerando relatórios dos Estados-Partes acerca dos modos como indivíduos são identificados como pertencentes a uma raça específica ou grupo étnico, emitiu a opinião de que, se não existir justificação em contrário, tal identificação deve basear-se em autoidentificação pelo indivíduo em questão<sup>22</sup>.

---

19 V. NEVES, 2007, p. 62.

20 V. IKAWA, 2010, p. 393.

21 COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD). CERD General Recommendation, 23 Aug. 1990. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/453882fd22.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

22 Pode-se colher semelhante orientação, ainda, na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (internalizada pelo Decreto n. 5.051/2004), cujo artigo 1º, item 2, estabelece, quanto aos povos indígenas ou tribais, que a consciência de sua identidade como tal deverá ser considerada como critério fundamental para sua determinação, e no Decreto n. 4.887/2003, cujo art. 2º prevê a caracterização dos remanescentes étnico-raciais das comunidades dos quilombos mediante autodefinição da própria comunidade.

O que é a autodeclaração? É o modo como o candidato expressa um dado sobre sua condição pessoal que, embora formado no íntimo de sua autoimagem (autorrepresentação), não sem o influxo de fatores externos, possui aspectos objetivos externamente verificáveis, consistentes na sua conseqüente autoapresentação e reconhecimento como tal em seu meio social.

Diversamente daquele que opta por concorrer às vagas do turno da tarde, por conveniência pessoal ou porque a elas tendencialmente acorrerão menos candidatos, aquele que se autodeclara negro para concorrer às vagas reservadas expressa um dado de sua vivência pessoal, cujo teor – para que seja válida sua autodeclaração – deve ser congruente com o modo como de fato ele se representa, apresenta e é reconhecido em seu contexto social.

Sob esse ângulo, o problema lógico encerrado na impossibilidade de ser falso algo que é uma “autodeclaração”<sup>23</sup> pode se tornar apenas aparente, pois a verdade que se inquire não diz com o modo como se representa, em seu íntimo, o candidato, mas sim com a *conformidade da autorrepresentação declarada em relação aos dados objetivos de sua manifestação social pelo candidato*.

A objetividade aqui tratada não tem relação com a obtenção de um critério exterior/objetivo para definir quem é preto ou pardo, mas sim com a aferição da veracidade do conteúdo da declaração ante sua manifestação exterior/objetiva pelo próprio candidato. Nenhuma novidade experimentará o operador do direito a propósito, se recordar a infinidade de fenômenos subjetivos que encontram ressonância jurídica, não obstante seu inegável fundo íntimo,

---

23 Neste sentido, Vitorelli (2015, p. 72). Desconforto semelhante foi demonstrado pelo min. Gilmar Mendes, no voto proferido na ADPF n. 186, quando, embora reconhecendo que o critério da autodeclaração seria demasiado subjetivo se adotado de forma exclusiva, aduz que a sua conjugação com uma comissão avaliadora torna o modelo incongruente, pois, ao fim e ao cabo, a existência de tal comissão acaba por inserir o critério da heteroidentificação como a base do modelo de cotas, pois quem terá o poder de dar a palavra final sobre a condição racial do indivíduo será uma comissão e não o próprio indivíduo afetado: um critério de autodeclaração que se transmuda em heteroidentificação (p. 192).

a exemplo dos vícios da vontade, da culpa e da boa-fé, cuja aferição se dá a partir de indícios exteriores, de elementos observáveis na atitude exprimida externamente pelo indivíduo no ambiente social<sup>24</sup>.

Em que pese às evidentes dificuldades que a questão impõe, não será a fuga para um suposto dogma da insindicabilidade da autodeclaração que porá fim, e dará solução, ao problema da definição dos beneficiários da política de ações afirmativas estabelecida pelas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014, até mesmo porque, coerentemente com a complexidade das relações em causa, o ordenamento jurídico prevê a eliminação do concurso, ou anulação da nomeação, do candidato que prestar declaração falsa. É certo que, feliz ou não em sua redação, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 12.990/2014 aponta no sentido da *necessária sindicabilidade da autodeclaração*, sobretudo nas situações em que o fenôtipo do candidato gere dúvida quanto ao seu legítimo enquadramento na ação afirmativa. Do contrário, se a autodeclaração for o único critério estabelecido para a constatação de cor ou raça, qualquer pessoa que assim se declare terá o incontestável direito de concorrer às vagas reservadas aos negros, *apenas por fazê-lo*.

No que tange ao acesso ao ensino público superior, embora nem a Lei n. 12.711/2012, nem o Decreto n. 7.824/2012 ou a Portaria ME n. 18/2012, que a regulamentam, prevejam ou estabeleçam procedimento de revisão da autodeclaração de raça, mas apenas de apuração e comprovação da renda familiar (arts. 8º e 9º desta), isso não impede sua instituição pelo estabelecimento de ensino, nem o controle *a posteriori* da autodeclaração em caso de fraude, má-fé ou aproveitamento indevido das cotas raciais, “a ser realizado, mediante

---

24 Pronunciando-se sobre a boa-fé subjetiva no âmbito possessório, observa Cordeiro (1985, v. I, p. 424) não poder o juiz, de modo direto, pronunciar-se sobre o conhecimento ou desconhecimento do possuidor, por se tratar de fenômeno de consciência passível, inclusive, de deixar na dúvida o próprio. Recorrendo a indícios externos, o julgador apenas pode concluir pelo estado de espírito provável, natural perante o condicionalismo que se tenha demonstrado, de modo que, caso esse condicionalismo inculque a ignorância do possuidor, há boa-fé, caso contrário, existe má-fé, pois ou se verifica ciência, ou, por não saber o que devia, negligência indesculpável.



o devido processo legal, pelo Ministério Público, pela parte lesada ou até pela própria instituição de ensino”<sup>25</sup>. Assim, embora inclusive em atenção ao princípio da dignidade humana a identificação racial deva partir do próprio indivíduo, ao qual cabe predicar sobre si, traduzindo-se numa autoidentificação, isso não significa que, em contextos sociais mais amplos, em que concorra com outras individualidades, também elas igualmente dignas, deva tal identificação permanecer imune a qualquer questionamento externo<sup>26</sup>.

Da possibilidade de concurso às vagas reservadas a candidatos negros, por parte daqueles que se autodeclararem pretos ou pardos, não decorre, por óbvio, restar assegurada ao candidato aprovado, frente à mera declaração, acesso ao ensino ou nomeação e posse incondicionais. Considerar que a autodeclaração teria sido instituída como critério único e absoluto resultaria em um sistema de cotas desprovido de qualquer mecanismo contra fraudes, o que é inadmissível, ainda que a boa-fé se presuma, até mesmo porquanto se trata, esta, de *presunção relativa*. Ainda mais do que isso: a absolutização da autodeclaração arrisca levar ao completo descrédito não apenas a lei em comento, como o próprio sistema de cotas em si. Implícita, pois, a admissibilidade de critérios outros, além da autodeclaração, para o legítimo acesso do candidato às vagas reservadas para negros.

Certamente não por outra razão o próprio movimento negro vem se insurgindo contra a falta de controle no acesso às cotas raciais oferecidas em concursos públicos<sup>27</sup> e participando de comis-

---

25 Conforme decisão monocrática proferida em 26.10.2015 pela des. fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n. 5041459-20.2015.4.04.0000/RS. No mesmo sentido, ainda, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Quarta Turma, Agravo de Instrumento n. 5014376-29.2015.4.04.0000/RS, rel. des. fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, un., j. em 23.6.2015.

26 Neste sentido, v. especialmente Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR, rel. juiz federal Roger Raupp Rios, p.m., j. em 4.8.2009, publicado no *DE* de 2 set. 2009.

27 V.g. PACHECO, Lorena. Movimento negro fará protesto em todo o país contra suspeitos de fraudar cotas em concurso. *Correio Brasileiro*, 19 jan. 2016. Disponível em:

sões voltadas à revisão de autodeclarações prestadas por optantes pelas ações afirmativas<sup>28</sup>.

Recorde-se que, ao analisar a constitucionalidade – na citada ADPF n. 186 – dos mecanismos empregados pela UnB na identificação do componente étnico-racial para acesso a vagas do ensino superior, reputou o ministro Ricardo Lewandowski plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que respeitem a dignidade pessoal dos candidatos (p. 83-84). O ministro Luiz Fux, a seu turno, partindo do correto pressuposto de que a discriminação e o preconceito existentes na sociedade brasileira não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano, mas sim baseiam-se em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos sociais, traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial aqui ainda existentes, negou haver qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos beneficiários do sistema de cotas estabelecido pela UnB. E, ato contínuo, afastou a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configuraria um “Tribunal Racial”, pois referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil, mas sim fazer com que o programa cumpra efetivamente seus desideratos, *beneficiando seus reais destinatários, e não indivíduos oportunistas* que, mediante fraude ou abuso, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior (p. 119).

Tais diretrizes são perfeitamente aplicáveis às Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014, uma vez que ambas fazem menção aos critérios adotados pelo IBGE, cujo sistema classificatório, a despeito da ideia

---

<<http://blogs.correiobraziliense.com.br/papodeconcurseiro/movimento-negro-fara-protesto-em-todo-pais-contra-suspeitos-de-fraudar-cotas-em-concurso>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

28 Conforme noticiado no acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível n. 5006592-74.2011.404.7102, rel. des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 18.7.2012 e publicado no *DE* de 18 jul. 2012.

generalizada segundo a qual a identificação racial nas pesquisas daquele instituto se faz exclusivamente por autoatribuição, emprega simultaneamente os métodos da autoatribuição e da heteroatribuição de pertença (OSÓRIO, 2003, p. 8 e nota 3). No ano de 2008, o último em que realizado levantamento semelhante pelo IBGE, este incluiu, na pesquisa *Características étnico-raciais da população – um estudo das categorias de classificação de cor ou raça*, apoiado na fundamentação de diversos pesquisadores e especialistas na área de relações raciais no Brasil, o *questo 3.00*, no qual o entrevistador procede à classificação do entrevistado segundo a cor ou raça, o que se conhece como *heteroatribuição* da pessoa entrevistada<sup>29</sup>.

De acordo com Osório (2003, p. 13-14 e nota 11), embora se possa considerar que a opção pela autoatribuição ou pela heteroatribuição de pertença racial consista, no fundo, numa escolha entre subjetividades (a do próprio sujeito da classificação ou a do observador externo, de modo que a heteroatribuição não é necessariamente mais objetiva do que a autoatribuição), consideram-se fidedignas e sinceras ambas as classificações, mesmo quando discordantes, tendo em mente que os entrevistados e os entrevistadores dessas pesquisas *não veem no quesito algo capaz de gerar vantagens ou desvantagens pessoais*.

É preciso não perder de vista, portanto, que o método de autoatribuição perante pesquisas censitárias pressupõe declarações desinteressadas e em contextos livres de tensões sociais. Bem diversas são as circunstâncias em que a autodeclaração é utilizada de forma isolada, em um cenário de concessão de benefícios ou vantagens. Assim, embora o sistema de classificação do IBGE tenha provado ser muito eficiente, alerta o referido cientista social que sua aplicação em contextos nos quais o enquadramento em determinadas categorias possa alavancar vantagens pessoais deve ser feita de forma refletida (OSÓRIO, 2003, p. 35).

---

29 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Características étnico-raciais da população: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça* 2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. p. 29. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49891.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

## 5 Da necessária correlação entre os processos de auto e heteroatribuição de raça e a consequente relevância do contexto social em que inserido o candidato

Na verdade, segundo sugerem Nascimento e Fonseca (2012, p. 2 e 11), a partir das reflexões de outros cientistas sociais sobre o tema, são as relações entre a autotransclassificação aberta e a fechada, bem como entre a auto e a heterotransclassificação, que possibilitam um quadro profícuo para ponderar sobre a construção das identidades étnico-raciais no País. E mais do que isso: é a *mobilização simultânea e explícita de tais procedimentos* que garante importantes subsídios para conhecermos as convergências, ambiguidades, hesitações, etc. que acompanham o complexo processo de definição identitária. Consoante advertem aqueles autores, embora *ser* seja “considerar-se como tal” (representar-se, sentir-se, ver-se, posicionar-se), “considerar-se como tal” requer e ao mesmo tempo impõe “ser considerado como tal”. Vale dizer: *a autotransclassificação envolve também a heterotransclassificação*: há uma dimensão relacional entre esses processos.

Ao contrário do que possa parecer, uma maior precisão na delimitação dos grupos ou um maior número de categorias não traz benefícios à classificação racial, pois o caráter “intelectivo e estético” do preconceito racial de marca faz com que a definição do grupo discriminado e a atribuição de pertença a este sejam *flexíveis*. Uma mesma pessoa, inserida em determinadas relações sociais em contextos delimitados, pode ser vista como branca e, em outras relações e contextos, como parda, ou mesmo preta (OSÓRIO, 2003, p. 23).

Recorde-se, aqui, a lição de Nogueira (1985, p. 80), transcrita acima, segundo a qual “a concepção de branco e não-branco varia em função do grau de mestiçagem, de indivíduo para indivíduo, de classe para classe, de região para região”, limitando-se a amplitude da variação “pela impressão de ridículo ou de absurdo que implicará uma insofismável discrepância entre a aparência de um indivíduo e a identificação que ele próprio faz de si ou que outros lhe atribuem”.

Depende a classificação, por isso, *do que os indivíduos são nos contextos em que estão inseridos* (OSÓRIO, 2003, p. 23), pois a percepção social da cor e a escolha e/ou atribuição de categorias de cor são operações complexas, que envolvem não apenas uma apreensão de características fenotípicas, aqui imbuídas de valor e carregadas de significado, mas também a compreensão de que essas operações se processam num contexto de interação social (ARAÚJO, 1987, p. 15).

Com isso, a abrangência da categoria parda e sua aparente indefinição ampliam, paradoxalmente, a objetividade da classificação, pois, sendo fluidas as linhas de fronteira que separam as três grandes zonas de cor – preta, parda e branca –, a classificação ganha a capacidade de apreender a situação do indivíduo classificado *em seu microcosmo social*, no contexto relacional que efetivamente conta na definição da pertença ao grupo discriminador ou ao discriminado. A classificação tira sua objetividade, assim, não de classificar pessoas invariável e precisamente segundo um padrão fenotípico único e supralocal, como parecem desejar os que reclamam um método dotado de “precisão” ou “objetividade científica”, mas da sua flexibilidade, que lhe proporciona a aceitação das definições locais das fronteiras de cor, sejam estas quais forem. Em lugar de implicar vieses nos resultados obtidos, essa aparente inconsistência chama a atenção para o fato de que a classificação racial é socialmente percebida de formas distintas (OSÓRIO, 2003, p. 23).

Essa constatação condiz com o fato de que a definição de “raça”, no contexto humano, não é um problema biológico, mas sim histórico, político e sociocultural<sup>30</sup>, devendo, por isso, ser aferida segundo categorias e métodos adequados à sua natureza.

---

30 Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.424, Pleno, min. rel. Moreira Alves, j. em 17.9.2003, publicado no *DJ* de 19 mar. 2004 – segundo o qual, afastando a existência de subdivisões biológicas na espécie humana para confirmar a prática de racismo materializada na publicação de livros antisemitas, pontuou aquela Corte que “a divisão dos seres humanos em raças *resulta de um processo de conteúdo meramente político-social*. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista” –, e reiterado no julgamento da ADPF n. 186, cujo relator, min. Ricardo Lewandowski, anotou em seu voto que o conceito de “raça”, mediante o qual enfrentada a

As reivindicações de maior precisão ou objetividade na classificação são insustentáveis, pois não é o instrumento de mensuração que é impreciso, mas o fenômeno ao qual se endereça, porquanto *a definição da pertença racial varia circunstancialmente*. E são exatamente as categorias abrangentes e de fronteiras fluidas da classificação que permitem lidar com a imprecisão do fenômeno da identificação racial (OSÓRIO, 2003, p. 35). Vale dizer: o propósito da classificação racial não é estabelecer com precisão um tipo “biológico”, ou o “fenótipo” nacional ideal do pardo, ou do preto, ou do branco, mas sim *se aproximar de uma caracterização sociocultural local*. O que interessa, onde vige o preconceito de marca, é a carga de traços nos indivíduos do que se imagina, em cada local, ser a aparência do negro<sup>31</sup>.

## **6 A sindicabilidade da autodeclaração como condição essencial à constitucionalidade das cotas raciais**

O princípio da interpretação conforme a Constituição não é um simples princípio de conservação de normas, mas sim um princípio de integração hierárquico-normativa que impõe a mobilização das normas constitucionais para determinar o conteúdo das normas infraconstitucionais. Isso significa que, entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, sem revisão de seu conteúdo, deverá o intérprete optar por aquele que se encontre em conformidade com a Constituição (CANOTILHO, 1998, p. 1100, 1171 e 1172).

---

discriminação social baseada nesse critério, consiste em um *conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação* ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores (p. 65).

- 31 Osório (2003, p. 23-24), esclarecendo que tal fato justifica duplamente a agregação de pretos e pardos e sua designação como negros no diploma legal em questão. Estatisticamente, pela uniformidade de características socioeconômicas dos dois grupos e, teoricamente, pelo fato de as discriminações, potenciais ou efetivas, sofridas por ambos os grupos, serem da mesma natureza, colocando-os, igualmente, na condição de beneficiários legítimos de quaisquer ações que venham a ser tomadas no sentido de reverter o quadro histórico e vigente dessas desigualdades.

No tema em análise, confrontam-se duas possibilidades interpretativas quanto à definição do universo de beneficiários das normas positivadas nas Leis n. 12.711/2012 e n. 12.990/2014. Uma, segundo a qual a autodeclaração restaria intangível, de modo que o candidato autodeclarado negro teria assegurado acesso às cotas raciais independentemente de seu fenótipo, do modo como é socialmente reconhecido e, pois, de sua real condição de sujeito à discriminação racial, somente pelo fato de se autodeclarar negro. Outra, segundo a qual a adoção da autodeclaração como regra para a atribuição de identidade racial não obsta que, na presença de razões suficientes, a Administração (e, na sua omissão ou revisando sua atuação, o Poder Judiciário) syndique o seu conteúdo, a fim de resguardar o acesso às vagas reservadas a negros àqueles efetivamente expostos à discriminação racial.

A base constitucional para a positivação de ações afirmativas encontra assento nos próprios objetivos constitucionalmente assinalados para a República Federativa do Brasil: “I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, incisos I, III e IV, da Constituição de 1988). Na condição de comandos constitucionais voltados a conferir efetividade material ao princípio da igualdade jurídica<sup>32</sup>, sua concretização não pode perder de vista os requisitos próprios deste princípio<sup>33</sup>, a fim de que

---

32 Sobre o tema, v. especialmente Gomes (2001) e Rocha (1996).

33 Recorrendo às lições de Bobbio, Canotilho e San Tiago Dantas, anota Falcão (1999, p. 303-304) que, para a diferenciação ser aceita como constitucional, deve ser *justificada*, ou seja, razoável e racional, por assentada em motivos objetivos que a tornem, além de justificada, também *suficiente*. A esses critérios deve-se acrescer um terceiro, a *proporcionalidade*: justificar-se a diferenciação como um reajuste de situações desiguais. Assim, para que o atendimento ao princípio da redução das desigualdades sociais (igualdade material) não viole o princípio da igualdade formal, a diferenciação deve, concomitantemente: (I) decorrer de um comando, de um dever constitucional; (II) não ser geral, mas sim específica; e (III) ser eficiente.

a igualdade de oportunidades cuja concretização proclamam não deixe de ser uma igualdade *justa*.

Possuindo o princípio da igualdade um indelével *caráter relacional*, sua *justiça* reside na pressuposição de um *juízo* e de um *critério de valoração* para a distinção entre aqueles que, doutra forma, seriam tidos por iguais, a fim de que nem a igualdade nem a desigualdade de tratamento que lhes sejam dispensadas exsurjam como arbitrárias. E se a arbitrariedade decorre da carência de um fundamento sério, de um sentido legítimo e de um fundamento razoável para a diferenciação, a sua superação exige que se encontrem “elementos de comparação” aptos a fundamentar com justiça a disciplina jurídica<sup>34</sup> ou, no caso, o acesso às vagas em questão. Trata-se, pois, de obter uma resposta *de direito*, ou seja, uma resposta fundada num critério de validade axiológica, à *indiferenciação* de outra forma insólvel, senão arbitrariamente.

Veja-se que o *risco de diluição das fronteiras do universo de beneficiários* da ação afirmativa em pauta aumenta à medida que se evanesçam os critérios para a definição da raça dos candidatos, no pressuposto da insindicabilidade da sua autodeclaração, tudo em potencial prejuízo ao atendimento do comando constitucional que a embasa. Isso porque quanto mais ampliada (por incontrolada) a possibilidade de acesso a tais vagas, menor a probabilidade de que a ação afirmativa que materializa se revele eficaz, reduzindo, efetivamente, as desigualdades sociais visadas. E maior a probabilidade, por outro lado, de que a ausência de um juízo de necessária comparação entre os candidatos leve à materialização de injustiças.

---

34 V. Canotilho (1998, p. 390-392) e Falcão (1999, p. 308-309), segundo o qual deve adotar a lei, para tanto, não um *discrímén simplex* (ex: sexo), mas sim um *discrímén complexus* e, como tal, de natureza distinta da discriminação proibida, por ampla e geral, pois a Constituição proíbe tratamento desigual com base exclusivamente em tal condição. Para ser constitucional, por específico, é necessário associar a condição simples a alguma outra circunstância que a complexifique e, assim, especifique o destinatário do tratamento favorecido, como seu papel social ou *status* socioeconômico, por exemplo. A esta *associação* concede-se prioridade, e não simplesmente àquela condição. Caso contrário, a prioridade seria inconstitucional.



O absoluto da incomparabilidade entre os sujeitos é próprio do *plano ético*<sup>35</sup>. Somente nesse plano se pode legitimamente sustentar a insindicabilidade da autodeclaração que o sujeito faça sobre si, sobre o seu ser, sobre como o representa intimamente, porque nesse plano ele é efetivamente único, incomparável, senhor do que predica sobre si. Ao formular sua autodeclaração para fins de acesso a vagas reservadas, porém, deixa o sujeito a unicidade que possui no plano ético para assumir a relatividade própria daquele que, como outros, eticamente tão únicos como ele, compete por um mesmo bem da vida. É quando a exigência de justiça entre os em princípio incomparáveis passa a exigir a sua comparação, cujo critério, no caso, será exatamente a sindicabilidade da autodeclaração, a fim de que seja possível fundamentar de modo objetivo (vale dizer, *racionalmente sindicável*) o acesso que uns terão, mas não outros, a essas vagas. Do contrário, restará a possibilidade de tal acesso relegada a arbitrariedade incompatível com a própria noção de direito.

Se, numa realidade como a brasileira, em que vige o preconceito de marca, a razão de ser do acesso favorecido é a discriminação historicamente sofrida em razão de determinado fenótipo, no pressuposto de que tal discriminação terá furtado a seus portadores a igualdade de oportunidades para competir com os demais em igualdade de condições, é preciso aferir – sempre que haja dúvida a respeito – se o candidato que afirma tal condição efetivamente a ela corresponde em seu meio social: se sua aparência em tal contexto faz dele potencial vítima de discriminação racial. Do contrário, não haverá nexo causal apto a justificar a desigualdade de tratamento nem esta atenderá a seu objetivo maior, que é a redução das desigualdades sociais derivadas da discriminação racial, caso em que o acesso às vagas reservadas ferirá o princípio da *proporcionalidade*, pois não se justificará como um reajuste de situações desiguais. Resta, assim, a *sindicabilidade da autodeclaração*, pressuposto fundamental não apenas da constitucionalidade da reserva de vagas para negros, mas da própria *juridicidade* de tal reserva.

---

35 V. *supra*, nota 18.

## 7 Possíveis critérios de decisão

Consoante inicialmente advertido, não basta reconhecer a possibilidade de revisão da autodeclaração: há que dispor de parâmetros para tanto. Se, quanto à primeira questão, a jurisprudência ainda não está pacificada, embora venha se inclinando por sua aceitação, é no segundo ponto que as divergências se mostram mais acentuadas.

Uma vez aceita a sindicabilidade da autodeclaração, pode-se dar por pacífico, inicialmente, do ponto de vista formal, cumprir à instituição responsável prevê-la no edital do concurso ou processo seletivo, assim como os correspondentes critérios<sup>36</sup>, como requisito para levá-la a efeito ao ensejo do certame. A ausência de tal previsão, contudo, não impede seja a autodeclaração sobre a qual paire dúvida verificada administrativamente<sup>37</sup> ou questionada no âmbito judicial.

Ordinária ou *a posteriori*, é certo que a verificação administrativa da veracidade da autodeclaração deverá observar os princípios do contraditório e da ampla defesa e, na esfera federal, o disposto na Lei n. 9.784/1999, facultando ao candidato fazer-se acompanhar por advogado e produzir provas, e não apenas interpor recurso contra a decisão, que deverá, a seu turno, ser motivada de modo explícito, claro e congruente. Uma vez assim formado, goza o ato administrativo que confirma ou afasta o conteúdo da autodeclara-

---

36 Para fins do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 12.990/2014, o MPOG editou a Orientação Normativa n. 3, em 1º de agosto de 2016, estabelecendo que os correspondentes editais de concurso público deverão indicar que as informações prestadas no momento da inscrição (entre as quais a autodeclaração de raça) são de inteira responsabilidade do candidato, bem como prever e detalhar os métodos a serem adotados para a verificação da sua veracidade, mediante designação de comissão para tal fim (composta por pessoas de gêneros, cores e, preferencialmente, naturalidades distintos), e o momento em que se dará tal verificação, sujeita a recurso (art. 2º, incisos I a IV, e § 2º). Quanto aos critérios de verificação da veracidade da autodeclaração, prevê que deverão ser considerados apenas os *aspectos fenotípicos* do candidato, a serem verificados obrigatoriamente na sua presença (art. 2º, § 1º).

37 Neste sentido, decisão monocrática proferida em 1º.2.2011 pela des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria no Agravo de Instrumento n. 5004216-18.2010.404.0000/RS (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma).

ção de presunção de legitimidade, exigindo sua revisão judicial a produção de prova em contrário pelo interessado<sup>38</sup>.

Quanto aos critérios para tanto, a Orientação Normativa MPOG n. 3/2016 é expressa ao prever a consideração, unicamente, dos *aspectos fenotípicos* do candidato, a serem verificados obrigatoriamente na sua presença. Embora tal orientação se encontre em consonância com a realidade brasileira, caracterizada pelo preconceito de marca, está longe de solucionar facilmente a questão, pois, consoante assinalado acima, a percepção social da cor é uma operação complexa que envolve tanto a apreensão de características fenotípicas carregadas de significado, como a compreensão de que esta operação se processa num contexto de interação social (ARAÚJO, 1987, p. 15).

Por isso, consoante já decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, “a revisão administrativa da autodeclaração feita pela candidata no momento da inscrição no vestibular, só poderá ser afastada mediante manifestação fundamentada e racional, e não apenas com base apenas nos traços fenotípicos do indivíduo”<sup>39</sup>. Imprescindível, por conseguinte, a busca de parâmetros passíveis de orientar tal verificação, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. Um acórdão que bem ilustra a complexidade inerente à questão foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR<sup>40</sup>, na qual, sustentando dever a Administração Pública partir da presunção *juris tantum* de

---

38 Neste sentido, acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento n. 5036049-78.2015.4.04.0000/RS, rel. des. fed. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, un., j. em 5.11.2015, reportando-se a precedente da mesma Turma na Apelação Cível n. 5000923-98.2015.4.04.7102/RS, rel. des. fed. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, un., j. em 8.7.2015.

39 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Segunda Seção, Embargos Infringentes n. 2005.70.00.004708-9/PR, rel. des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 13.5.2010 e publicado no DE de 24 maio 2010, confirmando o acórdão proferido por sua Quarta Turma na Apelação Cível n. 2005.70.00.004708-9/PR.

40 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, AC n. 2005.70.00.004708-9/PR, rel. juiz federal Roger Raupp Rios, p.m., j. em 4.8.2009, publicado no DE de 2 set. 2009.

boa-fé em favor da autodeclaração e da compreensão constitucional manifestada pelo Supremo Tribunal Federal acerca das identidades raciais, como resultantes de um processo social, político-cultural, e não como dados biomédicos ou antropomórficos, aponta-lhe como possíveis elementos de convicção a sopesar, além do fenótipo do candidato: as declarações prestadas em documentos públicos ou privados; o preenchimento do censo como pessoa da cor que se autoatribuiu; a manifestação de terceiros confortando-a; sua filiação; e a eventual narrativa de experiências de discriminação.

## 8 Conclusão

Assim como a prioridade conferida aos aspectos fenotípicos não afasta a consideração da ascendência do candidato como forma de corroborar a sua condição de preto ou pardo quando o fenótipo suscita dúvidas, e ainda que se possa considerar inexigível que produza prova de vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo<sup>41</sup>, nenhuma de tais assertivas afasta a tese fundamental, defendida na presente reflexão, de que *o postulante a vaga reservada para negro deve se autorrepresentar, apresentar e assim ser reconhecido em seu contexto social*, pois de outra forma não estará exposto à discriminação racial visada pela ação afirmativa em pauta. Presume-se referida exposição à vista da assumida e reconhecida condição de negro. Na dúvida quanto a esta, imprescindível a demonstração, pelo candidato, de toda e qualquer circunstância que possa confortar o teor de sua autodeclaração. E quando ainda assim permanecer incerteza quanto à sua condição, uma perícia sociológica ou antropológica poderá auxiliar a aferir o modo como se apresenta e é percebido socialmente.

No que tange à reserva de vagas para acesso a cargos públicos, considerando que a Lei n. 12.990/2014, diversamente da Lei n.

---

41 Neste sentido, v.g. decisão proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Cível n. 5006592-74.2011.404.7102/RS, rel. des. fed. Maria Lúcia Luz Leiria, un., j. em 18.7.2012.

12.711/2012<sup>42</sup>, não efetua qualquer associação entre o *critério genérico* “raça” e outra circunstância que permita *especificar* seu destinatário, somente o interesse na criação das chamadas “personalidades emblemáticas”, exemplos vivos de mobilidade social ascendente de que nos fala Gomes (2001, p. 137), pode justificar a sua constitucionalidade. Caso da reserva constitucional de vagas para pessoas portadoras de deficiência e da reserva, para mulheres, de pelo menos 30% das candidaturas para o Poder Legislativo, prevista pela Lei n. 9.504/1997 (art. 10, § 3º), em que a dificuldade de acesso do beneficiário da ação afirmativa ao bem da vida em questão é *presumida*, independentemente de circunstâncias outras, o que justifica a indiferença do direito para com elas. É quando a *diversidade* vem priorizada relativamente à compensação como fundamento da ação afirmativa<sup>43</sup>. Em tal hipótese, no caso das cotas raciais, avulta em importância o reconhecimento objetivo de que *o candidato se apresenta e é percebido socialmente como negro*.

## Referências

ARAÚJO, Tereza Cristina N. A classificação de “cor” nas pesquisas do IBGE: notas para uma discussão. *Caderno de Pesquisa*, v. 63, nov. 1987. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1262/1266>>. Acesso em: 9 maio 2016.

42 A Lei n. 12.711/2012 prevê o preenchimento por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde instalada a instituição, das vagas de educação superior e de ensino técnico de nível médio reservadas a estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio ou fundamental em escolas públicas, metade das quais destinadas a estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a um salário mínimo e meio *per capita*. Com isso, resta especificado o destinatário de tais vagas como o estudante autodeclarado preto, pardo ou indígena que tenha cursado integralmente o nível de ensino anterior em escolas públicas ou seja oriundo de família de baixa renda.

43 V. Ikawa (2010, p. 382), que aponta diversidade (voltada sobretudo ao futuro) e compensação (voltada principalmente ao passado) como fundamentos independentes e, por isso, não cumulativos, para as ações afirmativas.

BOBBIO, Norberto. A natureza do preconceito. In: \_\_\_\_\_. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 3.857, dez. 1995, e ss.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Direito da mulher: igualdade formal e igualdade material. In: AMARAL JR., Alberto; PERRONE-MOSES, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 151, jul./set. 2001.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós – ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004.

NASCIMENTO, Alessandra Santos; FONSECA, Dagoberto José. *Mudanças e continuidades nas definições de cor ou raça na PCERP/2008*. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST33\[250\]ABEP2012.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST33[250]ABEP2012.pdf)>. Acesso em: 7 abr. 2016.

NEVES, António Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIII, 2007.

\_\_\_\_\_. O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: NEVES, Castanheira. *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Teoria do direito – lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Universidade de Coimbra, policop., 1998.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem (sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil). In: \_\_\_\_\_. *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1985.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE*. Brasília: IPEA, 2003. (Texto para discussão n. 996).

Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0996.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf)>. Acesso em: 1º abr. 2016.

PENA, Sérgio et al. Retrato molecular do Brasil. *Revista Ciência Hoje*, v. 27, n. 159, abr. 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* – introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, jul./set. 1996.

SILVA, Almiro do Couto e. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado/RS – Cadernos de Direito Público*, v. 27, n. 57, supl., 2004.

SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VITORELLI, Edilson. Da inconstitucionalidade formal e material das cotas raciais em concursos públicos. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 20, set./out. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* – ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.



# Índios e cidade: quando a igualdade descaracteriza

Fernando Merloto Soave

Procurador da República. Especialista em Direito Público pela Damásio Educacional S/A. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

**Resumo:** Este artigo traz breve estudo sobre a identidade indígena e políticas públicas (ou sua ausência) para o índio na cidade, seja sua presença temporária ou permanente. Inicia com a apresentação de estudos antropológicos quanto à questão da identidade indígena, passando à abordagem sobre o contexto atual de violação de direitos indígenas no Brasil, em especial em ambientes urbanos, utilizando-se como instrumentos trabalhos acadêmicos, matérias jornalísticas e experiência pessoal de atuação na área temática. Enfim, são apresentados dois temas, moradia urbana para indígenas e seguridade social, no intuito de gerar reflexão sobre quais os caminhos tomados, suas consequências e eventuais rumos a se seguir.

**Palavras-chave:** Índios e cidade. Políticas públicas. Efeitos da omissão e da aplicação não adaptada. Moradia urbana e seguridade social entre indígenas.

**Abstract:** This article provides brief study of indigenous identity and public policies (or lack thereof) for indigenous in the city, whether temporary or permanent presence. It begins with the presentation of anthropological studies on the issue of indigenous identity, going to the approach about the current context of violation of indigenous rights in Brazil, particularly in urban environments, using tools as academic works, news stories and personal experience of work in the subject area. Finally, it presents two themes, urban housing for indigenous and social security, which generate reflection on what paths taken, its consequences and possible paths to follow.

**Keywords:** Indians and the city. Public policy. Effects of omission and not adapted application. Urban housing and social security among indigenous.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Ser índio. 3 Índios e cidade: contexto atual e políticas públicas. 3.1 Moradia urbana para indígenas. 3.2 Seguridade social e benefícios sociais entre indígenas: reflexos da não adaptação de políticas públicas. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

De acordo com o censo demográfico do IBGE (NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POVOS INDÍGENAS, 2013), o total de população indígena residente no território nacional em 2010 foi de 896,9 mil pessoas, e cerca de 36% dela reside em áreas urbanas.

Apesar de a primeira impressão ser a de um aumento gradativo de indígenas em área urbana com o passar do tempo, interessante notar que entre 2000 e 2010, em números absolutos, a população indígena em área urbana observou uma queda de 58.464 pessoas, parecendo indicar que estão voltando às terras indígenas ou circulando entre estas e as cidades.

Ainda que existam inconsistências inerentes a levantamentos numéricos, em razão das dificuldades geográficas, em especial em áreas remotas e considerando-se a questão da identidade, fato é que grande parte da população indígena nacional, hoje, encontra-se vivendo em áreas urbanas. Número ainda maior desta possui relações frequentes com a sociedade envolvente, recebendo os impactos diretos e indiretos dessas relações.

No entanto, o que se nota na prática é a invisibilidade dos indígenas na cidade e a quase total ausência de políticas públicas que considerem esses fatores. Nesse sentido, publicação do Núcleo de Políticas Públicas para Povos Indígenas, de Porto Alegre (2013, p. 8):

Apesar desse percentual elevado, há raras ações e políticas públicas que levam em conta as perspectivas dos povos indígenas presentes nas cidades do Brasil, que encontram grande dificuldade para acessar seus direitos básicos. Por uma série de preconceitos decorrentes da dominação cultural, que apresenta raízes históricas, a invisibilidade da presença indígena no espaço urbano

ainda persiste. Originada de um longo processo de colonização, as imagens estereotipadas do índio “ligado à natureza”, natureza essa apartada do humano, precisa ser urgentemente superada. Em algumas situações ainda perdura a ideia equivocada de que o indígena “deixa de ser índio” quando está no espaço urbano. Estas imagens ofuscadas e distorcidas corroboram para a ocorrência de ações discriminatórias, tal como a insistência em negar a presença indígena na cidade como legítima. Embora os esforços empreendidos para desconstruí-las, essas imagens ainda persistem no dia a dia da cidade.

É fundamental esclarecer que, neste “novo” ambiente urbano, vários fatores continuam a manter a identidade coletiva indígena, sejam laços de solidariedade, autodefinições coletivas, consciência ambiental, raízes locais, singularidades culturais, enfim, todos eles, em maior ou menor grau, a indicar a necessidade de um olhar diferenciado, de valorizar mecanismos e políticas públicas que não considerem apenas a iniciativa individual em detrimento do grupo.

Importante ressaltar que a referida especialização nas políticas – mais do que apenas respeitar os diferentes modos de viver, as diferenças culturais, na construção de uma sociedade plural – é essencial à própria sobrevivência desta sociedade, tendo em vista que a diversidade sociocultural, étnica e ambiental (fomentada pela presença indígena na cidade) pode gerar novas perspectivas e entendimentos, inclusive na construção de novos horizontes, frente ao individualismo exacerbado e suas consequências, reinante no modelo econômico atual. Nesse sentido, Manuela Carneiro da Cunha (2012, p. 137):

As culturas constituem para a humanidade um patrimônio de diversidade, no sentido de apresentarem soluções de organização do pensamento e de exploração de um meio que é, ao mesmo tempo, social e natural [...] nesse sentido a sociodiversidade é tão preciosa quanto a biodiversidade. Creio, com efeito, que ela constitui essa reserva de achados na qual as futuras gerações poderão encontrar exemplos – e quem sabe novos pontos de partida – de processos e sínteses sociais já postos à prova.

Em resumo, na diferença de culturas reside uma riqueza potencial, muitas vezes não respeitada ou valorizada pela sociedade majoritária envolvente.

## 2 Ser índio

Para entender melhor a relação entre indígenas e cidade, e a necessidade de políticas específicas, oportuno tecer algumas palavras sobre a questão da identidade indígena.

Ao discursar na abertura da etapa regional, em Manaus, da Conferência Nacional de Política Indigenista, em 3 de novembro de 2015, Nara Baré, representante da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), em discurso inflamado, afirmou que os que ali estavam presentes não eram indígenas, em princípio, mas sim Barés, Tukanos, Baniwas, Muras, enfim, uma linda diversidade de povos que, em contato com os europeus, foi agregada sob o mesmo rótulo de “indígenas”<sup>1</sup>. Isso diz muita coisa sobre a identidade, sua formação, e nos ajuda a compreender esse processo e as teorias que hoje existem sobre o tema.

Estudos sobre o que é identidade afirmam que ela não pode ser definida somente a partir dos elementos que a constituem ou a formam, ou seja, somente a partir da sua essência. A identidade seria definida também levando-se em consideração o que é diferente dela, o outro, a alteridade. Assim, a identidade não poderia ser definida sem a diferença, e esta não poderia ser definida sem a identidade, numa dependência recíproca. Nessa linha, há teorias que definem as diversas “identidades” como posições que o sujeito é obrigado a assumir em sociedade.

Em plena ditadura militar, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), recheado atualmente de dispositivos não recepçiona-

---

1 Também neste sentido: MENDONÇA, Tatiana. Daniel Munduruku: “Índio é invenção total, folclore puro”. *Geledés*, 27 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.geledes.org.br/daniel-munduruku-indio-e-invencao-total-folclore-puro/>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

dos pela Constituição de 1988, em seu art. 3º, já reconhecia o caráter de autoidentificação e reconhecimento comunitário como construtor e definidor da identidade indígena.

Diante das incompreensões e dúvidas presentes na ideia de identidade indígena e, ainda, ciente dos diversos tipos de interesses e pressões, legítimos ou não, aptos a influenciar tal ideia, já na década de 1980, Manuela Carneiro da Cunha (2012, p. 103) assim definia:

Comunidades indígenas são pois aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, se consideram distintas da sociedade nacional. E índio é quem pertence a uma dessas comunidades indígenas e é por elas reconhecido.

E continua a autora a esclarecer que setores da sociedade envolvente poderão ter interesse, em certas circunstâncias, em negar essa identidade aos grupos indígenas. Contudo, esclarece que uma pesquisa minuciosa, aprofundada e imparcial na região permitiria dirimir essas dúvidas.

O coletivo, a vivência comunitária, em geral, é uma marca característica desses povos. Enir Bezerra, líder terena do movimento pela criação da aldeia urbana Marçal de Souza, em Campo Grande-MS, considerada a primeira do País, afirma: “Eu sempre digo que, para o índio, tudo é o hoje, e o hoje no coletivo. É uma característica muito importante da cultura indígena” (CAMPOS, 2006).

Em comparação aos valores clássicos ocidentais, observando-se os princípios e ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), pode-se notar que um dos princípios praticamente esquecidos pela política na civilização ocidental é aquele que, em geral, encontra grande acolhida no seio da vivência dos povos indígenas: a fraternidade. Apesar das características únicas intrínsecas a cada povo/etnia, e longe da ideia preconcebida do “bom selvagem”, tal constatação é fundamental para entender os impactos das políticas públicas direcionadas aos povos indígenas e corroborar a necessidade de adaptações, seja na floresta, seja na cidade.

Fato é que a ideia popular genérica do que é ser índio passa por um congelamento da comunidade indígena à época da chegada dos europeus ao continente americano. Exemplo disso são frases do tipo “sujeito não é índio, tem até celular!”. Contudo, esqueceu-se de que sequer somos a mesma sociedade ou temos os mesmos costumes que há 50 ou 100 anos.

Há, nesta esteira, um rechaço aos direitos conquistados pelos povos indígenas, sejam políticas especializadas, sejam cotas ou outros garantidos pela Constituição e pelas leis<sup>2</sup>.

Analisados todos em conjunto, esses fatores constituem pressões fortíssimas sobre tais grupos, que muitas vezes não resistem e são dizimados, seja por meio da expulsão de suas terras, de assassinatos, de doenças, seja pela destruição de sua cultura e de suas raízes. São transformados, pela visão comum, de população originária em população de baixa renda nas periferias urbanas.

Se a globalização produz seus efeitos no âmbito das identidades nacionais, também os produz internamente, entre povos, etnias e culturas diversas. Para sentir-se um pouco essa situação de não pertencimento e busca de identidade, vivenciada hoje por indígenas em todo o País, em especial nas cidades, há interessante relato de Stuart Hall sobre o processo de colonização caribenho e suas consequências. O autor jamaicano sentiu pessoalmente o estranhamento da experiência diaspórica, tendo vivido na Jamaica e na Inglaterra, afirmando ser um estrangeiro nos dois lugares, conhecendo intimamente ambos, sem pertencer a nenhum, longe o suficiente para experimentar o sentimento de exílio e perda e perto o suficiente para entender o enigma de uma chegada sempre adiada. Nesse contexto, apresenta a questão do multiculturalismo (HALL, 2009, p. 52):

---

2 Para saber mais sobre os preconceitos comuns contra os indígenas: BRANDT, Lilian. As dez mentiras mais contadas sobre os indígenas. Axa, 2 dez. 2014. Disponível em: <<http://axa.org.br/2014/12/as-10-mentiras-mais-contadas-sobre-os-indigenas/>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

Multicultural é um termo qualificativo. Descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentados por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua “identidade original...” –“multiculturalismo” é substantivo. Refere-se às estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas e multiplicidade gerados pelas sociedades múltiplas.

Eis o grande desafio existente pela frente.

### **3 Índios e cidade: contexto atual e políticas públicas**

Atualmente, encontramos muitos fatores que podem impactar negativamente os povos indígenas, sua cultura, seu modo de criar, fazer e viver, constitucionalmente protegido como patrimônio cultural<sup>3</sup>. Entre eles, morosidade na demarcação das terras indígenas, pressão do agronegócio por meio da expansão de fronteiras agrícolas, grandes empreendimentos e ausência da consulta prévia, livre e informada garantida pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>4</sup>; enfim, todos a desrespeitar os direitos garantidos no art. 231 da Constituição Federal.

O modelo atual de exploração econômica, além de não sustentável, tem especial impacto sobre povos minoritários e vulneráveis, muitas vezes levando à sua extinção. Não é pouca coisa. Vozes nesse sentido se multiplicam, em diferentes setores da sociedade, como podemos ver (FRANCISCO, 2015, 145-146):

---

3 “Art. 216. 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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver; [...].”

4 Promulgada por meio do Decreto n. 5.051, de 19 abril de 2004.

145. Muitas formas de intensa exploração e degradação do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência, mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento de uma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento de uma espécie animal ou vegetal. A imposição de um estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nociva como a alteração dos ecossistemas.

146. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e dos antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extrativos e agropecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura.

Isto também é replicado e fomentado pelas estruturas de governo. Em entrevista ao periódico *Porantim* (BONILHA, 2015), do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), a desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo e cofundadora da Associação Juízes para a Democracia (ADJ), Kenarik Boujikian, corrobora essa visão:

O projeto de Estado que temos, em termos concretos, é um projeto de dizimar os povos indígenas. É isso que se apresenta na prática, na realidade do país. [...] Em relação ao Poder Executivo, o que temos visto é que o modo empregado para dizimar os povos indígenas é o não cumprimento das suas obrigações constitucionais, não efetuando o que lhe compete, como a demarcação das terras indígenas, dentre outras coisas.

Não bastassem referidas pressões, a ausência ou má aplicação de políticas públicas em terras indígenas é outro fator desagra-



dor, modificando as relações de poder, a cultura, o modo de vida tradicional desses povos.

As razões do deslocamento indígena para a cidade são variadas. Pesquisadores e lideranças indígenas apontam para um amplo mosaico de fatores, associados a diferentes situações de contato com sociedades regionais. Exemplos: busca por trabalho, por melhores condições de acesso à saúde e educação; perda de terras tradicionais; conflitos externos e conflitos internos nas aldeias estimulados, muitas vezes, pelo crescimento populacional etc.

Quanto às formas de inserção dessas populações em território urbano, há desde indivíduos que migram isoladamente até grupos familiares que se deslocam inteiros para bairros específicos, seguindo uma ampla rede de parentesco. Existem inclusive os casos de terras indígenas que foram tomadas pelo crescimento urbano, tendo seu cotidiano relegado a uma série de peculiaridades. Como exemplos visíveis, a aldeia de Dourados-MS, com milhares de indígenas – principalmente a etnia Guarani-Kaiowá –, a terra indígena Pantaleão (sem demarcação efetiva até o momento), em Autazes-AM, entre outras.

Um exemplo peculiar é a cidade de São Gabriel da Cachoeira-AM, no Alto Rio Negro, fronteira com a Colômbia, com grande maioria de sua população indígena. Com um dos maiores índices de suicídio *per capita* do País – segundo o Mapa da Violência (WAISELFSZ, 2014) divulgado no ano de 2014 –, alcoolismo crescente e recente prisão de participantes de rede de exploração sexual indígena infantil, é uma amostra da complexidade e dificuldade em se trabalhar com a questão indígena na cidade.

Contudo, se os desafios são grandes, melhor buscar tanto antes soluções partilhadas, por meio da participação de todos os envolvidos, do conhecimento tradicional indígena e das políticas e técnicas conhecidas.

Diante dos problemas expostos, a pergunta: devem ser aplicadas as mesmas políticas aos indígenas em suas terras tradicionais e

aos que estão na cidade? Ou ainda: deve ser aplicada política diferenciada a indígenas na cidade?

Quanto à primeira pergunta, a resposta dependerá de cada tema, das peculiaridades envolvidas. Quanto à segunda, pode-se responder sim, deve ser aplicada política diferenciada a índios na cidade. As formas como isso se dará são as mais variadas possíveis, contudo, deverão considerar o modo de vida tradicional, os anseios, a cultura e o respeito aos povos originários.

Na área da saúde, por exemplo há um descompasso entre o atendimento à saúde indígena em suas terras tradicionais e na cidade. Inicialmente criada para trabalhar com os índios em suas terras, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), sucedida pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), subordinada ao Ministério da Saúde, ainda não encontrou o passo quanto ao atendimento aos índios na cidade. O atendimento culturalmente diferenciado, conjugando a medicina ocidental com os modos tradicionais de cura indígena, possibilitando intérprete da língua-mãe, quando necessário, é um direito garantido. Raramente isso é encontrado. Mesmo na rede de alta e média complexidade deveria existir o atendimento diferenciado, também negligenciado. Diante dessa realidade, há atuação do Ministério Público Federal por meio de ações, recomendações e outros meios judiciais e extrajudiciais, buscando esse atendimento também fora das terras indígenas, com precedentes favoráveis já no STJ (REsp n. 1.064.009-SC, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 4.8.2009).

Na educação indígena, não há muita diferença: o ensino na língua-mãe de cada povo, da cultura e história é direito e deveria ser o padrão. Novamente, poucos são os casos em que isso é observado. Na cidade, isso é ainda mais raro. No ano de 2015, foram expedidas recomendações pelo Ministério Público Federal aos municípios do estado do Amazonas, buscando fomentar e contemplar a participação e valorização da educação indígena nos planos estaduais e municipais de educação, que definirão o futuro das políticas na área.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com sérias restrições orçamentárias e negligenciada pelo Governo Federal, também reluta em olhar os indígenas da cidade como seus clientes, ou pelo menos em lhes dar a atenção devida, o que significaria partilhar seus já escassos recursos. No entanto, é nítida a necessidade dessa assistência, ainda mais considerando os números já expostos neste artigo.

Boaventura de Souza Santos (2003, p. 56), em suas lições, bem trata desta necessidade de considerar a diferença:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

No intuito de melhor expor a situação, gerando um olhar concreto sobre a realidade, cabe abordar um pouco mais detalhadamente duas situações.

### 3.1 Moradia urbana para indígenas

Esta discussão é muito recente no País, mas para sentir a crescente relevância do tema, inclusive no âmbito internacional, basta verificar as publicações do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat) que tratam especificamente da questão: *Securing Land Rights for Indigenous Peoples in Cities*, de 2011, *Urban Indigenous Peoples and Migration: a Review of Policies, Programmes and Practices*, de 2010, e *Housing Indigenous Peoples in Cities: Urban Policy Guides for Indigenous Peoples*, de 2009. No Brasil, o desafio é a definição de políticas públicas que contemplem adequadamente o direito à moradia dos indígenas que habitam as cidades, respeitando as suas especificidades culturais (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2013).

O Programa Minha Casa Minha Vida, do Governo Federal, prevê entre as suas modalidades a possibilidade de realizar projetos por entidades (para as famílias com renda mensal compatível, organi-

zadas em cooperativas habitacionais ou mistas, associações e demais entidades privadas sem fins lucrativos). Ainda que possa contemplar alguma entidade indígena, a velocidade de sua implementação e a burocracia acabam impedindo a realização efetiva do direito à moradia na cidade, bem como um projeto culturalmente adequado.

Há notícias de que o programa já contemplou indígenas, contudo, de maneira muito pontual.

Assim, reconhecida a necessidade de aplicação diferenciada de políticas públicas para indígenas na cidade, seguem algumas experiências pontuais.

Em São Paulo-SP, 4º município com maior população indígena – 12.977 indivíduos segundo o IBGE, em 2012 (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2013) –, apenas uma pequena parcela ocupa áreas indígenas demarcadas. Mesmo com entidades de defesa dos direitos dessas populações, como a Comissão Pró-Índio e o Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, ainda hoje é possível verificar a difícil situação em que se encontram, seja quando vivem coletivamente numa área diminuta (como no pico do Jaraguá, terra indígena homologada, mas em processo de reidentificação de limites), seja quando vivem dispersos pela cidade:

São identificadas ao menos duas situações de inserção do índio nas cidades. Na primeira, as terras indígenas acabaram sendo inseridas na região metropolitana devido ao crescimento da cidade, caso das quatro aldeias guaranis localizadas na cidade de São Paulo. A segunda situação diz respeito à migração de membros de povos indígenas de outras regiões do país para os grandes centros urbanos, em busca de melhores condições de vida, como se verifica em São Paulo, Manaus, Boa Vista, Belém e Campo Grande.

Mesmo considerando alguns benefícios dos serviços sociais, normalmente os indígenas têm dificuldades substanciais nas áreas urbanas, como falta de emprego e atividades de geração de renda, discriminação, racismo, acesso limitado a serviços e condições inadequadas de moradia. A presença indígena nas cidades traz ainda

um duplo desafio: o de buscar formas de garantir a diversidade no exercício do Direito à Cidade e o de adequar a política indigenista de forma a contemplar essa nova realidade.

As quatro terras indígenas na área metropolitana de São Paulo pertencem à etnia Guarani Mbyá. São elas as aldeias Tekoá Ytu e Tekoá Pyaú, ambas no Jaraguá, na zona norte, e as aldeias Krukutu e Tenandé-Porã, localizadas em Parelheiros, na zona sul. Além dos guaranis, originários deste território, existe um grande número de indígenas migrantes, não aldeados, como os Pankararu, os Pankararé, Fulni-ô, Terena, Kaingang, Kariri-Xocó, Atikum e Potiguara. (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2013).

Na cidade, não há políticas públicas efetivas para garantir o direito à moradia dessas populações, exceto uma experiência de construção de moradia por meio do programa habitacional Cingapura, atendendo à reivindicação dos índios Pankararu que vivem no bairro Real Parque, na zona Sul de São Paulo. A iniciativa, apesar de, segundo as lideranças, positiva no sentido de reunir em dois prédios muitas famílias Pankararu que estavam dispersas em barracos pela cidade, foi insuficiente, pois atendeu um pequeno número de famílias. Ainda, não houve qualquer área reservada para se atender as demandas específicas dos indígenas (centro cultural, local sede para a associação SOS Pankararu, local adequado para o Programa Saúde da Família etc.).

No ano 2000, foi criado grupo de trabalho (GT) no âmbito da FUNAI com a finalidade de estudar a situação dos Pankararu moradores em São Paulo e fornecer parâmetros/propostas à Presidência da FUNAI quanto à definição de ações necessárias ao encaminhamento de uma política de apoio ao povo Pankararu que contemplasse tanto o aspecto fundiário quanto suas relações sociais e de sobrevivência econômica, no menor tempo possível. Nesse contexto, há demanda do povo Pankararu por terra, para possibilitar reconstrução de seu modo tradicional de vida e sua sobrevivência. O GT concluiu como justa a reivindicação de um território, mas não houve medidas efetivas para cumpri-la.

Em Campo Grande-MS – com população de quase 6.000 indígenas segundo o Censo de 2010 (NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POVOS INDÍGENAS, 2013) –, por meio de ocupações, mobilização do movimento indígena e pressão sobre o poder público, foram criadas algumas “aldeias urbanas”, estruturadas em conjuntos habitacionais. A aldeia urbana Marçal de Souza foi implantada por meio de conjunto habitacional pela Prefeitura Municipal de Campo Grande em atendimento às reivindicações dos índios, em fevereiro de 1999. A iniciativa contou com verba do programa federal de habitação, o Programa Habitar Brasil, mas várias adaptações foram necessárias. Foi também construído um centro cultural e uma escola na área.

Ainda, em 2005, os indígenas da cidade conquistaram um espaço de atuação política importante, com a criação do Conselho Municipal dos Direitos e Defesa dos Povos Indígenas de Campo Grande. O papel da entidade, composta por lideranças indígenas e ativa até hoje, é elaborar políticas municipais para os índios e orientar o poder público em sua aplicação.

Contudo, problemas comuns existentes nos programas habitacionais padrões, relacionados à venda dos imóveis, também encontram reflexos e peculiaridades no programa indígena (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2013, p. 26):

Um ponto controverso identificado na pesquisa em campo envolve a venda de imóveis nas aldeias urbanas para famílias não indígenas. Segundo relatam as lideranças indígenas entrevistadas, assim como funcionários de agências governamentais ouvidos, essa prática teria se tornado comum em alguns dos conjuntos habitacionais.

O problema foi denunciado pelo cacique da Aldeia Marçal de Souza ao Ministério Público Federal, o que resultou na assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Empresa Municipal de Habitação (EMHA), a Fundação Nacional do Índio, o cacique da aldeia e o presidente da Associação dos Moradores Indígenas da Aldeia Urbana Marçal de Souza, em 2013. No TAC foram firmados os seguintes compromissos:

- por parte da EMHA — celebrar termo aditivo de contrato com todos os moradores vedando a transferência de imóveis para pessoas não índias.

- por parte dos índios — concordância com a permanência das pessoas não indígenas que ali já se encontravam desde que elas respeitem a cultura dos índios; comunicar antecipadamente a EMHA sobre as transferências de imóveis para que avalie a sua validade; proibição de transferência de imóveis a não índios.

Segundo o apurado no levantamento de campo, somente a aldeia urbana Marçal de Souza conta com tal dispositivo. Na opinião dos índios da aldeia Marçal de Souza e também das outras aldeias urbanas, essa é uma boa medida pois representa uma proteção aos moradores da aldeia, na medida em que impede interferências do modo de vida não indígena no seu cotidiano.

Em Curitiba-PR, o meio usado para buscar a solução da questão foi o comodato. Após a ocupação de uma estação ecológica pelos indígenas, a Prefeitura implantou uma aldeia urbana para realocá-los. A implantação do projeto foi resultado de convênio entre Prefeitura, Cohab, Secretaria Municipal do Meio Ambiente e FUNAI. Devido à instabilidade do contrato de comodato, com prazo de cinco anos, renovável, indígenas reclamam da insegurança na situação atual.

A desapropriação foi um dos meios utilizados em Porto Alegre-RS, na região metropolitana. Há três povos indígenas – Kaingang, Guarani e Charrua – ocupando “coletivos indígenas” com diferentes situações fundiárias: regularizadas pela FUNAI enquanto terra indígena (homologada ou em processo de identificação); regularizadas pela Prefeitura Municipal como “área especial de interesse cultural”, por meio de desapropriação; e, ainda, áreas sem qualquer tipo de regularização.

No Estado do Amazonas, no município de Rio Preto da Eva, a Prefeitura desapropriou área urbana em que presente a comunidade indígena Beija-Flor, ocupada por famílias indígenas Borari, Desana, Kambeba, Marubo, Munduruku, Mura, Sateré-Mawé,

Tukano e Tuyuka. Houve questionamento judicial do ato por terceiro, alegando ser proprietário da área, mas, em 2012, a decisão da Justiça Federal foi favorável aos indígenas.

Em Manaus-AM a situação é complexa. O Censo de 2010 (NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POVOS INDÍGENAS, 2013) indica que a cidade contaria com quase quatro mil habitantes indígenas. Contudo, há estudos e estimativas governamentais que apontam números na casa de dez mil. Já algumas lideranças indígenas estimam que mais de cinquenta mil índios moram na cidade<sup>5</sup>.

Entre as etnias presentes na cidade, estão Miranha, Kambeba, Mura, Tikuna, Tariano, Desano, Baré, Arapaso, Wanano, Tuyuka, Tukano, Sateré-Mawé, Munduruku, entre outras.

A complexidade envolve a falta de regularização de terras na cidade de Manaus, sendo grande parte de seu território urbano, historicamente, proveniente de ocupações, sem qualquer planejamento governamental. Ainda, grilagem de terra e especulação imobiliária completam o cenário.

Embora a presença indígena na cidade de Manaus exista há tempos, o auge de sua percepção se deu em 2008, com a desastrosa reintegração de posse ocorrida na ocupação denominada Lagoa Azul II, objeto de atenção pela mídia nacional e internacional<sup>6</sup>.

As formas de luta e estratégias utilizadas variam. Contudo, há uma rede de associações e comunidades que demonstram a intensa presença indígena na cidade. Em verdade, grande parte dos locais habitados pelos indígenas hoje são habitações precárias, muitas em áreas de risco.

Se em 2008 já havia comoção e violência policial nas reintegrações de posse, atualmente o cenário não se modificou muito.

---

5 Alguns trabalhos acadêmicos podem ser consultados sobre a realidade indígena urbana em Manaus (PEREIRA DA SILVA, 2001; PONTE, 2011, entre outros).

6 Publicação do Projeto Nova Cartografia Social expõe detalhadamente esta situação (LIMA, 2009).



Multiplicam-se as ocupações urbanas. O cadastro para beneficiários de programas de habitação no estado está paralisado.

Em 2015, diversas reintegrações de posse coletiva foram determinadas na cidade. No caso de ocupações indígenas no bairro do Tarumã, o denominado Parque das Nações Indígenas, com mais de cem famílias de diversas etnias, já há quase cinco anos no local, está entre elas. Nas Defensorias Públicas Estadual e da União, o Ministério Público Federal (MPF) vem buscando soluções que contemplem o direito constitucional à moradia e sejam culturalmente adequadas.

O MPF expediu recomendação à Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas no intuito de serem respeitados os direitos humanos em referidas reintegrações, buscando-se alternativas de alocação dos ocupantes, levantamento social, entre outros, e possibilitando soluções negociadas, nos termos do *Manual da Ouvidoria Agrária Nacional* para reintegrações de posse coletivas. Também há tratativas extrajudiciais no intuito de buscar a regularização dos ocupantes, ou sua transferência para área adequada.

No entanto, não há política de moradia destinada aos indígenas da cidade de Manaus. Repetindo o que já constatado em trabalhos anteriores: “Os despejos forçados parecem ainda ser a tônica da relação do Poder Público com os índios em Manaus, ficando por ser construída uma política para garantir-lhes o direito fundamental da moradia” (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2013, p. 30).

Quanto à questão específica da moradia em Manaus, tendo em vista as peculiaridades inerentes à questão indígena no Amazonas, onde tudo é superlativo, fica uma questão não possível de desenvolver nestas breves linhas: uma política genérica de moradia urbana para indígenas fomentaria ainda mais a migração de suas terras tradicionais para a cidade, causando maiores danos ao seu modo de vida? Ou seria melhor atuar na regularização fundiária a partir de cada situação/ocupação específica? A resposta, independentemente de qual seja, deve ser construída entre os atores legitimamente interessados.

Cabe ressaltar que, apesar de se mostrarem um meio de luta por moradia muitas vezes eficaz, como em Campo Grande-MS, as ocupações são palco de muito sofrimento. Violência, tráfico de drogas e problemas urbanos comuns também integram a lista de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nesses espaços.

Em todos os casos abordados, a ausência de políticas específicas somente agrava uma questão que não tem solução fácil. Onde tais políticas existem, pontualmente, os melhores exemplos demonstram que a participação das pessoas diretamente interessadas, entidades indígenas e parceiras, universidades, bem como da FUNAI e dos órgãos governamentais ligados à demanda habitacional (dos três entes federados), em conjunto, é o melhor caminho para a garantia do direito à moradia indígena na cidade, com respeito à cultura, aos costumes e à tradição destes povos.

### **3.2 Seguridade social e benefícios sociais entre indígenas: reflexos da não adaptação de políticas públicas**

O avanço nas políticas de previdência e assistência social, inseridas no campo da seguridade social, certamente são uma grande conquista de qualquer nação. Contudo – insistindo-se na necessidade de políticas diferenciadas para indígenas –, ao possuírem tais políticas caráter universalizante, não contemplando as diferenças de cada cultura, sérios danos são ocasionados.

O art. 194 da Constituição Federal, o art. 24 da Convenção n. 169 da OIT e até mesmo o Estatuto do Índio, em seu art. 55, estabelecem critérios e direitos dos índios no âmbito da seguridade social. No campo do Judiciário, em alguns casos, a jurisprudência aponta que se considerem as especificidades da cultura indígena no momento da concessão de benefício previdenciário. Por exemplo, quanto à aposentadoria rural por idade, há acórdãos dispensando até mesmo o início de prova material para o reconhecimento do direito, dada a informalidade da atividade (AC 2008.71.99.005068-6, Nicolau Konkel Júnior, TRF4-Turma Suplementar, 26.1.2009).

Em conjunto com a previdência social (salário-maternidade, aposentadorias rural e por invalidez), a política de assistência social, em especial o Benefício de Prestação Continuada-LOAS (BPC) e o Programa Bolsa Família (PBF) constituem importantes inserções de renda entre os indígenas. Em verdade, em muitas aldeias, constituem quase a totalidade de renda obtida. Paralelamente, as atividades tradicionais como roçado (plantação), pesca e caça (onde ainda possível), o turismo em alguns casos, o artesanato e a eventual renda proveniente de empregos públicos ou privados completam o quadro de alternativas de renda para a segurança alimentar e sustentabilidade das comunidades. Dessa maneira, conforme estudos no tema, os benefícios sociais trazem mudanças positivas em alguns casos, em especial às famílias que os recebem, mas modificam as relações de poder dentro das comunidades indígenas, reforçando a cultura individualista em detrimento da coletiva, trazendo outros impactos negativos consigo.

Contudo, não há qualquer política pública específica ou atenção com os impactos desses benefícios no modo de vida tradicional indígena. Benefícios da previdência e assistência social, construídos para prover necessidades básicas, possibilitar uma vida digna, com tranquilidade, da forma como disponibilizados, seguindo o modelo universal em todo o País (ou seja, com benefícios sacados em agências bancárias ou casas lotéricas na cidade – sem possibilidade atual de acesso direto nas aldeias – e prazo limite de três meses, em geral, para saque etc.), vêm ocasionando muitos danos entre os povos indígenas. Ressalte-se, aqui, que o dano advém não do benefício em si, que, como dito, muitas vezes é o único meio de renda, mas sim da forma universalizante da política de acesso, sem qualquer consideração com as especificidades da cultura indígena.

É preciso reconhecer que há fatores variados a contribuir para essa situação. A monetarização da cultura indígena não é algo novo, embora tenha sido potencializada devido a essas políticas. A criação de cargos públicos dentro das aldeias (professores indígenas, agentes de saúde), o trabalho remunerado na cidade, em instituições militares e outras, são outros exemplos a contribuir com a monetarização e seus reflexos.

Assim, por exemplo, se, de um lado, há ações civis públicas no sentido de possibilitar a obtenção do benefício do salário-maternidade a indígenas com idade inferior a 16 anos (dado que nas culturas indígenas, em geral, o trabalho é iniciado efetivamente em idades mais precoces), de outro, estudos antropológicos demonstram que o advento do salário-maternidade entre as indígenas têm levado a uma diminuição no intervalo entre as gestações, com o conseqüente aumento do número de filhos por mulher e a degradação das condições sociais da comunidade.

Isso não significa que essa luta por considerar as peculiaridades da cultura na obtenção do benefício seja nula, porém demonstra o cuidado necessário e a complexidade da questão. Ainda, deixa nítido que não basta apenas boa vontade na aplicação das políticas públicas, mas é preciso considerar a vontade dos povos indígenas (em especial, pelo instituto da consulta prévia, livre e informada, constante na Convenção n. 169 da OIT), seus conhecimentos, bem como buscar, mais do que uma simples adaptação nas políticas vigentes, uma política criada e orientada verdadeiramente aos povos indígenas, com a efetiva participação destes povos no processo de criação.

Conforme artigo sobre o tema (QUERMES; CARVALHO, 2013, p. 787) que trata dos impactos da introdução de políticas universais nas comunidades:

A hipótese é que as políticas assistenciais não têm conseguido alterar a situação de vulnerabilidade social dos povos indígenas por não serem específicas para esse grupo social.

[...]

As famílias indígenas diferem de uma família nuclear tradicional. É comum morar em um mesmo espaço, denominado “Parentelas”, uma quantidade numerosa de integrantes, porém, não necessariamente têm relação consanguínea. Isso requer uma adequação no que refere à aplicabilidade dos critérios de renda familiar *per capita* quando da concessão do benefício do BPC PCD. Ou seja, as especificidades dos povos indígenas devem ser consideradas quando analisadas as concessões desse ou dos demais benefícios assistenciais.

Também na linha de ausência de consideração da diferença na aplicação de políticas envolvendo benefícios sociais (CARVALHO, 2010, p. 50):

[...] não há marco regulatório que indique a exigência de movimento proativo de instâncias estatais no sentido de alcançar esses grupos ou de conferir um caráter diferenciado aos programas existentes, de modo a ajustá-los à diversidade sociocultural e econômica desses povos.

Índices altíssimos de suicídio, alcoolismo, violência etc., entre alguns povos, são apenas consequências de inúmeras pressões sofridas e da forma peculiar de lidar com elas. Verdadeiros genocídios e etnocídios velados e silenciosos acontecem lentamente, todos os dias.

Como o presente artigo tem a intenção apenas de gerar um olhar diferenciado sobre a necessidade de políticas públicas específicas para indígenas, seja qual for o ambiente em que se encontrem, cabe um último exemplo sobre as consequências danosas da não aplicação do multiculturalismo.

Nas calhas dos rios amazônicos, como Juruá e Purus (onde localizadas, entre outras, as cidades de Eirunepé-AM e Ipixuna-AM), no rio Negro (onde localizadas as cidades de São Gabriel da Cachoeira-AM, Santa Isabel do Rio Negro-AM e Barcelos-AM), a ausência do acesso às políticas públicas assistenciais para indígenas ou, quando existentes, sua aplicação universalizante e não diferenciada, assumem contornos dramáticos.

Somente no âmbito da Procuradoria da República do Amazonas, como exemplo, vários são os inquéritos civis que tratam dos temas relacionados<sup>7</sup>. Ainda, investigações e estudos sobre os

---

7 IC 1.13.000.001560/2006-71 – investiga a razão e medidas para contenção de suicídios entre jovens e adolescentes da população indígena no município de São Gabriel da Cachoeira-AM; IC 1.13.000.001059/2014-15 – apura a possível retenção indevida de cartões magnéticos do Programa Bolsa Família de indígenas por comerciantes do município de Eirunepé-AM; IC 1.13.000.002012/2015-50 – apura os danos decorrentes da implementação genérica da política de benefícios assistenciais

problemas de alcoolização indígena nas aldeias e cidades, violência, retenção indevida de cartões da seguridade social, vão se multiplicando, sem uma efetiva solução.

Conforme artigo apresentado no IV Encontro Nacional de Antropologia do Direito (ENADIR), Cynthia Franceska Cardoso (2015, p. 9) – comparando o processo de acesso, ou não, a serviços, programas e benefícios sociais por indígenas na região do Vale do Ribeira-SP e em São Gabriel da Cachoeira-AM – afirma existirem desigualdades que são recorrentes nas duas regiões, resultantes desse processo, e expõe a situação de migração indígena para a cidade amazonense:

Compondo esse movimento estão os indígenas que estão “de passagem” pela cidade, por diversos motivos, principalmente, em busca dos benefícios e dos programas sociais, de tratamento médico, da venda dos produtos das roças, como: frutas, verduras e legumes; e, alguns poucos, para visitar os parentes. Nessa busca por programas e benefícios sociais, algumas famílias demoram até onze dias de viagem para chegar à sede, usando a rabeta (*barco de madeira da região, com motor de baixa potência*).

O drama dos indígenas em trânsito começa aí. Quando chegam à cidade encontram muitas dificuldades em se estabelecer temporariamente. Das 45 pessoas entrevistadas, 90% vieram à cidade em busca dos benefícios sociais e, conseqüentemente, dos documentos pessoais, exigidos para iniciar o acesso aos programas. Sem saber das burocracias e trâmites que encontrarão na sede, descem os rios na expectativa de “melhorar” o contexto em que vivem. Geralmente precisam do apoio da FUNAI, do DSEI, da FOIRN e do ISA para acessar e compreender o que cada serviço oferece e exige. Nessa migração a maioria dos indígenas não tem lugar para se estabelecer e terminam por acampar nas pedras ou se estabelecem nas chamadas “Casas de Apoio”.

[...]

---

e previdenciários aos indígenas do Alto Rio Negro, Amazonas, bem como as medidas adotadas pelos órgãos públicos no tema.

A falta de acesso ao RCN (*Registro Civil de Nascimento*), a burocracia, o tempo de espera em condições desumanas e insalubres, resultam, muitas vezes, na morte de crianças e idosos, desnutrição, alcoolismo, drogadição, prostituição, e na perda das lavouras para subsistência que ficam abandonadas, implicando na falta de alimentos a comunidade quando retornam. As exigências burocráticas do INSS e órgãos como a FUNAI e o CRAS frustram cada vez mais os indígenas. O preconceito por parte dos servidores públicos é latente.

As “pedras”, basicamente, são espaços abertos à beira do rio Negro em que muitos indígenas acampam. As casas de apoio são estabelecimentos, em geral, em condições precárias, sem adequada higiene.

E continua a autora na comparação entre o contexto paulista e amazonense (2015, p. 13):

Em ambos os contextos a assistência e a previdência social estão limitadas à transferência de renda às famílias, sem consulta prévia à comunidade, ou qualquer acompanhamento dos impactos.

A desarticulação das três esferas de governo, municipal, estadual e federal, implica em políticas sociais que reforçam a condição de excluídos e dependentes socialmente, historicamente construída pelo Estado e pela sociedade, que coloca os indígenas como incapazes de prover sua própria subsistência e desenvolver sua autonomia. A participação, de fato, dos indígenas como protagonistas da sua própria história nos processos de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas sociais não ocorre ao negar-se o direito a auto representação.

Estas desigualdades históricas são fruto do descomprometimento do poder público, do individualismo setorial na execução das políticas sociais, da falta de intersetorialidade, da baixíssima qualidade na oferta do acesso, da falta de divulgação de informações a respeito dos seus direitos e da dificuldade de compreensão da língua portuguesa.

Desigualdades semelhantes nas duas regiões que resultam na constante sensação dos indígenas de que estão obtendo um “favor” e não um direito e, principalmente, repetidamente na responsabilização e culpabilização do indígena, fortalecendo o preconceito.

Outros impactos também podem ser verificados, como neste estudo sobre o Programa Bolsa Família e os indígenas (TOSSIN, 2013):

Temos então dois efeitos negativos que acompanham a inserção de famílias indígenas no programa, embora não desconsidere que, para alguns grupos populacionais, este aporte é de fundamental importância para sua alimentação e subsistência. O primeiro é a necessidade de enquadramento da população indígena atendida pelo programa em categorias socioeconômicas que, devido às condições em que vive, são sempre associadas à pobreza, alimentando um círculo vicioso de subjugação e desprestígio da cultura própria de cada etnia. O segundo é o uso do português como língua que desempenha papéis culturais e econômicos de valor, com possibilidades de atrair recursos e, portanto, mais importante.

Ainda, a retenção de cartões magnéticos dos indígenas por comerciantes, inclusive efetuando empréstimos fraudulentos em seus nomes, não é exclusividade do Amazonas, e pode ser verificado em outros locais, como em Dourados-MS (QUERMES; CARVALHO, 2013, p. 786).

Estudos e propostas recentes vêm sendo discutidos sobre o tema. Após parceria entre FUNAI e o Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDSA – na época apenas MDS), foram realizados estudos etnográficos em sete terras indígenas (TIs) de diferentes estados brasileiros, a saber: Alto Rio Negro-AM, Barra Velha-BA, Porquinhos-MA, Parabubure-MT, Dourados-MS, Takuaraty/Yvykuarusu-MS e Jaraguá-SP. Esses estudos foram realizados por antropólogos (cada um responsável por uma terra indígena) a partir de trabalho de campo entre os meses de setembro de 2013 e fevereiro de 2014, com o intuito de produzir um relato etnográfico sobre os efeitos do Programa Bolsa Família (PBF) na população indígena.

Apesar do tempo decorrido, somente no início de 2016 foi publicado um Sumário Executivo relativo aos estudos<sup>8</sup>.

---

8 MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME – MDS. *Sumário executivo: estudos etnográficos sobre o Programa Bolsa Família entre povos indígenas*. Brasília: MDS, 2015.



Em julho de 2016, foi instituída relatoria no âmbito da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, visando estudar e debater os impactos decorrentes da não adaptação da política de benefícios sociais para povos indígenas. No âmbito dessa relatoria, foram realizadas duas reuniões na Procuradoria-Geral da República, em Brasília, em 16 e 19 de setembro de 2016, com órgãos de governo e representações indígenas questionando as medidas tomadas a partir dos estudos realizados. As tratativas continuam.

Enfim, em novembro de 2016, o documento *Relatório Final: estudos etnográficos sobre o Programa Bolsa Família entre povos indígenas* (VERDUM, 2016), do MDSA, foi publicado.

Paralelamente, grupo de pesquisadores que estuda e trabalha com os povos Hupda e Yuhupdêh do alto rio Negro também encaminharam ao Ministério Público Federal no Amazonas documento expondo a situação de tais povos diante da ausência de políticas específicas e sugerindo medidas para contenção de danos.

Em síntese, citando algumas das medidas propostas tanto no âmbito dos estudos do MDSA quanto pelos pesquisadores autônomos, temos: a) necessidade de que todas as adaptações às políticas de benefícios assistenciais e previdenciários sejam elaboradas com a participação constante e efetiva dos povos indígenas, como previsto pela Convenção n. 169 da OIT, considerando-se as características culturais de cada povo; b) garantia de que a Instância de Controle Social (ICS), prevista pelo Programa Bolsa Família, seja instituída e efetivada em todos os municípios brasileiros com famílias indígenas beneficiárias; c) realização de adaptações estruturais e de atendimento em todos os estabelecimentos vinculados à rede de acesso aos benefícios sociais (desde o cadastramento até o pagamento), de modo a garantir condições dignas de acesso aos indígenas e demais beneficiários, inclusive com a disponibilização de intérpretes/tradutores; d) extensão do prazo para saque ou cancelamento do benefício, tendo em vista que muitas famílias indígenas somente vão à cidade uma vez ao ano; e) adoção de um calendário de atendimento diferenciado que considere as especificidades de cada povo indígena e os períodos de chegada ao centro urbano; f) desenvolvi-

mento de oficinas e campanhas de informação voltadas às famílias indígenas, contemplando noções de “educação financeira”, orientações sobre a estrutura e funcionamento das políticas de benefícios sociais e seus conceitos básicos, além de conhecimentos fundamentais sobre direitos indígenas; g) abertura de agência ou posto de saque da Caixa Econômica Federal com plenas atribuições nas cidades de grande fluxo de indígenas, bem como instituição de outras formas de repasse dos benefícios assistenciais e previdenciários para os povos indígenas por meio de “equipes volantes de pagamento”, correspondentes bancários e/ou caixas eletrônicos em comunidades estratégicas para cada calha de rio, por exemplo; h) implementação de políticas de apoio material à produção de alimentos, de forma não burocratizada e acessível, como o fornecimento de instrumentos de trabalho nas roças e nas atividades de caça e pesca, sempre reconhecendo e respeitando as práticas tradicionais indígenas de cultivo, extrativismo, pesca e caça.

Essas são apenas algumas das propostas tendentes a minimizar danos já existentes, bem como criar um subsistema próprio. De qualquer forma, é necessário, como já mencionado, consulta permanente aos povos indígenas, suas lideranças e entidades representativas, de maneira a entender seus anseios, dificuldades, acolher suas propostas para, com atuações integradas entre FUNAI, SESAI (Ministério da Saúde), MDSA, estados, municípios e entidades indígenas, e construir um novo modelo assistencial, atento às diferenças culturais.

#### **4 Conclusão**

Com a apresentação e os exemplos acima abordados, espera-se ter ficado mais clara a necessidade de políticas específicas para indígenas. Na cidade ou nas terras tradicionalmente ocupadas, índio continua a ser índio, ou melhor, Muras continuam sendo Muras, Baniwas sendo Baniwas, Guaranis sendo Guaranis, enfim, merecendo ter respeitada sua cultura, seus valores ancestrais, seu modo de vida tradicional.

Não é possível se falar em respeito à diferença se não há participação dos grupos minoritários na formulação das políticas que

irão impactá-los. Isso é, inclusive, garantido pela Convenção n. 169 da OIT. Aplicar políticas universalizantes a grupos diferenciados pode, muitas vezes, ter resultados inimagináveis e trágicos.

Seja quando é abordado o problema da moradia urbana para indígenas, ou a seguridade social e os benefícios sociais, seja em tantos outros temas, o olhar antropológico não pode ser esquecido. Essa é uma tendência na área do Direito, como também o é em outras áreas, em especial da Administração Pública.

Um mundo verdadeiramente justo não pode prescindir desta obrigação: tratar os iguais como iguais, quando a diferença os inferioriza; e tratar os diferentes como diferentes, quando a igualdade os descaracteriza.

## Referências

BONILHA, Patrícia. Dizimar os povos indígenas: um projeto do Estado. *Porantim*, Brasília, ano 36, n. 377, ago. 2015.

CAMPOS, André. Índio na cidade. *Repórter Brasil*, 13 mar. 2006. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2006/03/ndio-na-cidade/>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

CARDOSO, Cynthia Franceska. *Programas e benefícios sociais: desafios aos povos indígenas*. In: ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA DO DIREITO, 4. São Paulo: USP, 25-28 ago. 2015. Disponível em: <[http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID\\_SIMPOSIO=12](http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=12)>. Acesso em: 6 nov. 2015.

CARVALHO, Othília Maria Baptista de. *Políticas públicas, sustentabilidade social e povos indígenas: os Xavante da terra indígena de Parabubure em Mato Grosso*. 2010. Dissertação (Mestrado) –

Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO – CPI-SP. *Índios na cidade de São Paulo*. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/pdf/indios1.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *A cidade como local de afirmação dos direitos indígenas*. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/indios/upload/editor/files/IndiosnaCidade.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FRANCISCO. *Laudato Si*. Carta encíclica sobre o cuidado da casa comum. Vaticano, 24 maio 2015. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html)>. Acesso em: 30 out. 2015.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomás Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 6. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

\_\_\_\_\_. *Da Diáspora: identidades e mediações culturais*. Tradução de Adelaine La Guarda Resende. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

LIMA, Luís Augusto Pereira et al. *Estigmatização e território: mapeamento situacional dos indígenas em Manaus*. Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia. Organizado por Alfredo Wagner Berno de Almeida e Glademir Sales dos Santos. Manaus: UFAM, 2009.

NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POVOS INDÍGENAS. *Presença indígena na cidade: reflexões, ações e políticas*. Organização de Rosa Maris Rosado e Luiz Fernando Caldas Fagundes. Porto Alegre: Gráfica Hartmann, 2013.

PEREIRA DA SILVA, Raimundo Nonato. *O universo social dos índios no espaço urbano: identidade étnica na cidade de Manaus*. 2001. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.

PONTE, Laura Arlene Saré Ximenes. *Políticas públicas e os índios cidadãos: estudo das políticas indigenistas de educação e saúde em Belém e Manaus (1988 a 2010)*. 2011. Tese (Doutorado – Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

PONTE DE SOUZA, Maximiliano Loiola. *Alcoolização e violência no Alto Rio Negro*. 2004. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Cultura na Amazônia) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2004.

QUERMES, Paulo Afonso de Araújo; CARVALHO, Jucelina Alves de. Os impactos dos benefícios assistenciais para os povos indígenas. *Serviço social e sociedade*, São Paulo, n. 116, p. 769-791, out./dez. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SASTRE, Patricia Martinez. Índios urbanos: buscando as raízes longe da natureza. *El país*, 25 out. 2015. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/22/politica/1445509265\\_732696.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/22/politica/1445509265_732696.html)>. Acesso em: 5 nov. 2015.

TOSSIN, Laísa. A dádiva do português: tradução e políticas de desenvolvimento social para populações indígenas no Brasil. *Rónai: Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios*, Juiz de Fora, v. 1, n. 2, p. 143-165, 2013.

VERDUM, Ricardo. *Relatório final: estudos etnográficos sobre o Programa Bolsa Família entre povos indígenas*. Brasília: MDSA/SAGI/DA, 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.

WASELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2014. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014\\_jovens.php](http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014_jovens.php)>. Acesso em: 4 nov. 2015.

# O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana

Mariana Rezende Guimarães

Analista Processual do Ministério Público da União, na área Apoio Jurídico/Direito. Especialista em Direito Aplicado ao MPU. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar o fenômeno do estado de coisas inconstitucional e seu possível reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro. A atuação da Corte Constitucional no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional levanta objeções em razão, principalmente, do caráter abrangente das medidas que devem ser adotadas no âmbito de políticas públicas. Contudo, pode ser uma importante ferramenta para a superação de violações de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Estado de coisas inconstitucional. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional. Diálogo institucional.

**Abstract:** The objective of this article is to analyze the theory of unconstitutional state of things and its possible recognition by the Supreme Court in the Brazilian context. This recognition raises objections due mainly to the ample measures that should be adopted about public politics. However, it can be an important action to overcome the violation of fundamental rights.

**Keywords:** Unconstitutional state of things. Fundamental rights. Constitutional jurisdiction. Institutional dialogue.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Estado de coisas inconstitucional: evolução histórica na Corte Constitucional da Colômbia. 3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347: o

sistema prisional brasileiro e o estado de coisas inconstitucional. 4 O estado de coisas inconstitucional e a possibilidade do diálogo institucional. 5 Considerações finais.

## **1 Introdução**

Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais.

Tendo como objeto de estudo a figura do estado de coisas inconstitucional, este artigo visa analisar a sua possível aplicação no contexto brasileiro, especificamente em relação ao sistema prisional do País, bem como levantar as principais objeções à atuação da Corte Constitucional na declaração de tal estado de fato e na determinação de adoção de medidas para sua superação.

Para tanto, analisa-se no primeiro tópico o contexto do desenvolvimento da técnica de decisão de estado de coisas inconstitucional no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia; em seguida, examina-se o pedido de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Por fim, no terceiro tópico, estudam-se as objeções à atuação da jurisdição constitucional, apresentando, de um lado, aqueles que consideram o Parlamento a instituição mais adequada a deter a última palavra em questões constitucionais e, de outro, aqueles que consideram a Corte Constitucional a legítima intérprete última da Constituição. Descrevem-se, ainda, aqueles que consideram que a atuação da jurisdição constitucional deve-se ater ao controle dos procedimentos deliberativos de formação da vontade democrática.



O objetivo deste estudo é analisar a possível aplicação da figura do estado de coisas inconstitucional na realidade do sistema carcerário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal. O reconhecimento formal da situação calamitosa do sistema carcerário bem como a determinação de medidas específicas para se iniciar o debate de mudanças dessa realidade são essenciais na atualidade, ao se deparar com o crescente aumento da população carcerária e do uso indiscriminado das prisões cautelares pelo Poder Judiciário.

A figura do estado de coisas inconstitucional pode ser empregada no Brasil, a partir de uma leitura da realidade jurídica e institucional, para reconhecer e, principalmente, trazer à luz o debate da situação de profundo menosprezo aos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. Ao reconhecer tal estado, a Corte Constitucional terá o importante papel de dar a devida importância a um tema há muito ignorado pelos poderes públicos do Brasil.

## **2 Estado de coisas inconstitucional: evolução histórica na Corte Constitucional da Colômbia**

O estado de coisas inconstitucional, como definido anteriormente, é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia para o enfrentamento e a superação de situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais, as quais exigem uma atuação coordenada de vários atores sociais.

De acordo com a Corte Constitucional colombiana<sup>1</sup>, entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias

---

1 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

necessárias para evitar a vulneração dos direitos; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.

Por meio dessa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e impõe aos demais poderes do Estado e entidades estatais a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais. Essas decisões podem ser classificadas como *litígio estrutural* ou *casos estruturais*, os quais se caracterizam por: a) afetar uma ampla quantidade de pessoas; b) envolver várias entidades estatais responsáveis por falhas sistemáticas nas políticas públicas adotadas; c) implicar ordens de execução complexas, mediante as quais o magistrado impõe a adoção de medidas coordenadas para tutelar toda a população afetada, não só os demandantes do caso concreto (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15-16).

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015):

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

O estado de coisas inconstitucional pode ser encarado como a expressão da proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, uma vez que o seu reconhecimento acarreta mandados de ações e deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado (HERNÁNDEZ, 2003, p. 203-228).

Note-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se caracteriza por ensejar uma pretensão de que se exija um dado comportamento de outrem ou por produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste em considerá-los como uma ordem de princípios e valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, servindo como norte para a ação de todos os poderes constituídos (MENDES; BRANCO, 2013, p. 167-168).

Nessa medida, além de atuarem como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, exigem que este empreenda um conjunto de ações administrativas e legislativas para assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a declaração de estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional corresponde ao papel que o juiz constitucional está cada vez mais sendo chamado a cumprir, o de garante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista (HERNÁNDEZ, 2003, p. 207).

A figura do estado de coisas inconstitucional foi apresentada pela Corte Constitucional da Colômbia pela primeira vez no caso SU-559, de 6 de novembro de 1997, em que se reconheceu a distribuição desigual do subsídio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre os diversos departamentos e municípios do país. Confira-se:

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en

medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule<sup>2</sup>.

A Corte Constitucional colombiana, na oportunidade, fundamentou o estado de coisas inconstitucional no dever institucional de colaboração harmônica entre os poderes estatais, o que exigiria a notificação pela Corte às demais autoridades públicas da existência de uma situação que viola a Constituição, bem como de evitar a judicialização de outras situações semelhantes.

Na sentença do caso SU-559, a Corte Constitucional da Colômbia limitou-se a declarar a violação da Constituição pelo estado de coisas que originou a ação de tutela e a advertir as autoridades competentes que tal estado de coisas deveria ser corrigido, de acordo com suas funções institucionais, em um prazo razoável.

Por sua vez, na sentença T-153, de 28 de abril de 1998, a Corte Constitucional colombiana reconheceu o estado de coisas inconstitucional em relação às condições do sistema penitenciário nacional, mais especificamente das prisões Modelo e Bellavista, localizadas em Bogotá e Medellín, respectivamente:

---

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença SU-559*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas –, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.<sup>3</sup>

Em sua decisão, a Corte Constitucional determinou a imposição de diversas medidas às entidades estatais, entre as quais se destacam a obrigação de o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC), o Departamento Nacional de Planejamento e o Ministério da Justiça elaborarem, em um prazo de três meses, a contar de suas notificações, um plano para a construção e renovação de presídios, de forma a garantir aos presos condições dignas de vida, bem como

---

3 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

a obrigação de a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação exercerem o monitoramento da implementação.

Essa decisão da Corte Constitucional da Colômbia foi criticada no país por ter priorizado a construção de novos presídios como forma de superação do estado de coisas inconstitucional sem ter enfrentado as causas de hiperencarceramento constatadas, como a edição de leis penais mais rígidas (direito penal simbólico) e o excesso de decretação de prisões preventivas. A Corte Constitucional também sofreu críticas por não ter monitorado a implementação das medidas adotadas pelo Estado colombiano.

Contudo, a decisão mais importante da Corte Constitucional da Colômbia relativa ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional foi a sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004, na qual a Corte lidou com o problema dos *desplazados* (deslocados). De acordo com o relatório *¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010*, desenvolvido pela Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes)<sup>4</sup>, no período de 1985 a 2010, pelo menos cinco milhões de pessoas foram deslocadas na Colômbia por motivos de violência. Isso significa que 11,42% do total da população colombiana (aproximadamente 12 em cada 100 colombianos) foi obrigada a se deslocar, em razão de ameaça à vida ou integridade física. Segundo dados da Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, a maioria das pessoas deslocadas vive entre a indigência e a pobreza. Das pessoas inscritas no Registro Único da População Deslocada (RUPD), 97,6% vivem abaixo da linha de pobreza. Entre os não inscritos, a proporção é de 96%.

Nessa decisão, a Corte Constitucional considerou que as políticas públicas então existentes eram incapazes de superar o estado

---

4 CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES). *¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010*. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fb3e9c4f-9ea0-4948-8dc5-19cf6e877993/CODHES%20informe%202010%20-consolidacion%20de%20qu%C3%A9-.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

de coisa inconstitucional em que estavam situados os deslocados, tanto em razão da insuficiência dos recursos públicos destinados aos programas quanto em razão das capacidades das instituições estatais envolvidas. Assim entendeu a Corte, a propósito:

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas<sup>5</sup>.

---

5 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

A importância de decisão da Corte Constitucional colombiana no caso da população deslocada é que não se limitou a reconhecer o estado de coisas inconstitucional ou a determinar a sua superação por meio de providências a serem adotadas pelos entes estatais. A Corte, além de impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas para sanar as falhas estruturais em políticas públicas voltadas à população deslocada, reteve a sua jurisdição com o objetivo de monitorar a implementação de suas ordens.

Como expõem Garavito e Franco (2010, p. 133), uma das particularidades dessa decisão é que a Corte Constitucional, ao invés de fixar os pormenores das medidas que as autoridades públicas deveriam adotar para atender à população deslocada, como havia feito em outras sentenças, expediu ordens de procedimentos que envolviam o Estado e a sociedade civil na elaboração e aplicação de políticas públicas. Desse modo, ao buscar consenso quanto às políticas públicas a serem implementadas e convocar audiências públicas para discuti-las, a Corte estabeleceu um procedimento participativo e gradual de implementação. A combinação desse tipo de sentença com mecanismos de participação pública cria um espaço de deliberação, o qual oferece alternativas novas e potencialmente democratizadoras para a atuação judicial na tutela dos direitos fundamentais.

No Brasil, o estado de coisas inconstitucional obteve maior repercussão com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), concernente ao sistema penitenciário brasileiro, do que se tratará a seguir.

### **3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347: o sistema prisional brasileiro e o estado de coisas inconstitucional**

A ADPF n. 347, ajuizada pelo PSOL, objetiva o reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro bem como a determinação de adoção de medidas tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fun-



damentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos do Estado no tratamento da questão prisional do País.

Narra a inicial da petição, como sabido, que o sistema penitenciário brasileiro é calamitoso, tanto em razão da superlotação quanto da precariedade de suas condições, o que resulta em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais dos presos. As prisões brasileiras são reconhecidas por superlotação, ambiente insalubre, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual são frequentes, praticados por outros detentos ou mesmo por agentes do Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho<sup>6</sup>.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014<sup>7</sup>, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil chegou a 607.731, havendo um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Estatisticamente, existem cerca de trezentos presos para cada cem mil habitantes no País.

O Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, e possui a quinta maior taxa de presos sem condenação. Do total de pessoas privadas de liberdade no País, aproximadamente 41% (quatro em dez) estão presas sem ainda ter sido julgadas. Ao contrário dos Estados Unidos, da China e da Rússia, que estão reduzindo seu ritmo de

---

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição inicial da ADPF 347*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&cs1=347&processo=347>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

7 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

encarceramento, o Brasil vem apresentando um crescimento na ordem de 136%, medido entre os anos de 1995 a 2010. Mantida essa tendência, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos em 2022.

Dados alarmantes apresentados pelo INFOPEN referem-se à porcentagem de presos provisórios com mais de noventa dias de aprisionamento: no Estado do Ceará, quase a totalidade dos presos provisórios (99%) está há mais de noventa dias encarcerada sem ainda ter passado por julgamento. Nos Estados de Alagoas e Mato Grosso, a situação é análoga, com 93% e 80%, respectivamente.

Quanto à disponibilidade de vagas destinadas exclusivamente a grupos específicos, apenas 9% das unidades prisionais dispõem de celas próprias para estrangeiros e para indígenas. Por volta de 15% dos estabelecimentos têm celas próprias para idosos e para lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT). Essas informações reforçam a violação de direitos fundamentais do grupo de minorias sexuais, com inobservância da Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT), a qual prevê, entre outras medidas, a criação de alas especiais para os presos LGBT.

A taxa de ocupação prisional brasileira é de 161%, o que significa que, em um espaço concebido para custodiar dez indivíduos, são encarceradas dezesseis pessoas. Todas as unidades da Federação exibem taxa de ocupação superior a 100%, sendo a maior taxa a de Pernambuco, com 265%, e a menor taxa a do Maranhão, com 121%.

O levantamento do INFOPEN aponta que, considerando 38% das unidades prisionais que disponibilizaram as informações, há 7.399 pessoas que deveriam ter progredido para o regime semiaberto e não foram promovidas por falta de vagas. Ao projetar-se essa proporção para o contingente total de pessoas em regime fechado no Brasil, poder-se-á inferir que há cerca de 32.460 pessoas que teriam o direito de progredir para o regime aberto, mas não tiveram tal direito assegurado por falta de vagas.

O perfil do detento compilado pelo levantamento do INFOPEN robusta o caráter altamente seletivo do sistema penitenciário brasileiro: 56% da população prisional é composta por jovens, 67% é negra, 15% é analfabeta ou alfabetizada sem cursos regulares e 53% possui o ensino fundamental incompleto.

Esse quadro calamitoso do sistema prisional brasileiro foi objeto de condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sede de medidas provisórias<sup>8</sup>, a qual reconheceu a violação da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e outros tratados internacionais de direitos humanos, bem como o dever do Estado brasileiro de garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do País. Foram os casos do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, em Recife-PE, da Penitenciária Urso Branco, em Porto Velho-RO, do Complexo do Tatuapé, em São Paulo-SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara-SP, e do Complexo de Pedrinhas, em São Luís-MA.

No caso do Complexo de Pedrinhas, em São Luís-MA, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos impôs, por meio de resolução datada de 14.11.2014, o cumprimento de medidas provisórias ao Estado brasileiro em razão de requerimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>9</sup>. Na ocasião, o Estado do Maranhão havia declarado situação de emergência no Sistema Penitenciário Estadual (Decreto n. 29.443/2013), bem como solicitado ao Ministério da Justiça a liberação do efetivo da

---

8 O art. 63, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2016.

Força Nacional de Segurança Pública, após rebelião deflagrada em 9.10.2013, em que dez detentos foram assassinados, inclusive de maneira violenta, com esquartejamentos e decapitações.

Contudo, a situação de renitente violação de direitos fundamentais no sistema carcerário de Pedrinhas, em São Luís-MA, era conhecida há muito e negligenciada pelo Poder Público. Ao longo do ano de 2013, foram contabilizados, pelo menos, 38 assassinatos.

Relatório do Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011<sup>10</sup> informava a tragédia anunciada no Complexo de Pedrinhas: a) estrutura precária das celas, ambientes insalubres, impróprios para habitação; b) superlotação; c) várias celas escuras, mal ventiladas e úmidas, algumas com odor fétido, quase insuportável, de excremento humano; d) reclamações quanto à qualidade da alimentação; e) número insuficiente de agentes penitenciários e terceirização do serviço de custódia de presos, no qual monitores exercem funções típicas de agentes penitenciários; f) falta de colchões para quase metade da população carcerária, que acaba dormindo no chão; g) atendimento médico, odontológico e medicamentoso deficiente ou inexistente; h) ausência de local adequado para internar pacientes psiquiátricos; i) corrupção no sistema carcerário; j) extrema violência nas unidades prisionais, com excessivo número de mortes; k) elevado número de rebeliões; l) ausência quase que absoluta de atividades ocupacionais e educacionais.

Ante esse quadro de inegável violação sistemática e generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária do Brasil, o PSOL requer na ADPF n. 347, em sede de medida liminar, que o STF:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cau-

---

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Mutirão Carcerário do CNJ em 2011*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao\\_intervencao\\_federal\\_mpf\\_ma\\_pgr\\_pedrinhas](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao_intervencao_federal_mpf_ma_pgr_pedrinhas)>. Acesso em: 11 fev. 2016.

telas alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que

envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.

Em sede de pedido definitivo, o PSOL requer à Corte brasileira, entre outras medidas, que:

a) declare o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro;

b) determine ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao STF, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de três anos;

c) submeta o plano nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o plano, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;

d) delibere sobre o plano nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional, podendo ser auxiliado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e pelo Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

e) determine ao governo de cada estado e do Distrito Federal a elaboração e apresentação ao STF, no prazo de três meses, de um plano estadual ou distrital que se harmonize com o plano nacional homologado e que contenha metas e propostas específicas para a

superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Esses planos também devem ser submetidos à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Pública da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, da sociedade civil local e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar;

f) delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologação ou imposição de medidas alternativas ou complementares que a Corte repute necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão;

g) monitore a implementação do plano nacional e dos planos estaduais e distrital com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Em julgamento dos pedidos de medida cautelar formulados na inicial, ocorrido em 9.9.2015, o Pleno do STF, por maioria, deferiu a cautelar em relação à alínea *b*, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. E, em relação à alínea *h*, por maioria, deferiu a cautelar para determinar à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. E, ainda, o Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do ministro Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determinasse à União e aos estados, especificamente ao Estado

de São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Inicialmente, verifica-se que, se na jurisprudência colombiana o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional evoluiu de modo que a Corte Constitucional da Colômbia se preocupa em “sair dos Tribunais” e contribuir para uma construção dialógica das políticas públicas em questão, a recepção, num primeiro momento, do instituto no Brasil não abarcou sua dimensão originária. Na percepção de Vieira e Bezerra (2015):

Para além disso, não se deve perder de vista que, independentemente da origem, a incorporação de novas ideias e mecanismos jurídicos necessita de todo um suporte social e institucional preliminar para verem asseguradas a sua operabilidade e efetividade.

Em análise do caso brasileiro, constata-se que esta preocupação, por hora, de fato não aconteceu. Pelo contrário, o que se viu, tendo em vista as duas medidas deferidas liminarmente, fora uma reprodução da ideia de Roberto Schwarz, desenvolvida nos anos 70, de “ideias fora do lugar”, haja vista que tanto os pedidos formulados como a decisão liminar mantiveram a contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, bem como refletiram um profundo alheamento em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, em frontal contraste com a jurisprudência da CCC.

Se, de um lado, os pedidos da inicial foram demasiadamente exaustivos no que se refere à determinação do conteúdo que deve constar dos planos a serem elaborados pelos governos federal e estaduais, o que restringe a construção dialógica das políticas públicas a serem desenvolvidas nessas esferas de Poder, do outro, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que no bojo de medida cautelar, foi bastante tímida, uma vez que o requerimento constante da alínea *a* – de que os juízes fundamentem as determinações de prisões provisórias na impossibilidade de adoção de outras medidas cautelares alternativas à privação de liberdade previstas no art. 319 do Código de Processo Penal – decorre da própria Constituição



Federal de 1988, art. 5º, inciso LXI, e da sistemática do Código de Processo Penal brasileiro.

Ademais, a cautelar de ofício concedida pelo Supremo Tribunal Federal para que a União e os estados, especificamente o Estado de São Paulo, encaminhem informações sobre as respectivas situações prisionais, além de não considerar outros atores sociais para a completude dessas informações, como ONGs, órgãos internacionais de observação dos direitos humanos e o próprio Conselho Nacional de Justiça, possibilita que argumentos de limitação orçamentária e de reserva do possível<sup>11</sup> sejam precipitadamente pautados no debate.

Em análise das petições até então encaminhadas pelos estados ao Supremo Tribunal Federal, depreende-se que a maioria desses alegou a não omissão dolosa na inobservância dos preceitos fundamentais referentes à população carcerária diante das restrições orçamentárias enfrentadas, bem como a ampliação do número de vagas de presídios como política pública para o enfrentamento da superlotação do sistema carcerário. Transcreve-se trecho da petição do Estado de Mato Grosso do Sul como exemplo da visão que os entes estatais têm do objeto da ADPF:

A realização de direitos amplamente concedidos na Constituição de 1988 tem imposto aos Estados-membros uma sobrecarga enorme de custos econômico-financeiros.

A gestão dos recursos públicos não perpassa somente pela concretização dos direitos dos detentos, no sistema prisional, mas também se insere. Exemplificativamente (por se tratar de

---

11 Argumentos de restrições orçamentárias ou de reserva do possível são alegações de escassez dos recursos econômicos necessários à concretização de todos os direitos sociais previstos constitucionalmente e de que a escolha “drástica” de alocação desses recursos caberia primariamente ao legislador quando da definição de políticas públicas. Segundo SARMENTO (2016, p. 230), a reserva do possível se desdobra em três componentes: o fático, que diz respeito à efetiva existência de recursos econômicos; o jurídico, referente à existência de autorização legal, em especial da lei orçamentária; e a razoabilidade da prestação, tendo em vista os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado.

elenco que se amplia de modo contínuo e irrefreável), pela questão da saúde pública (tema de constante reconhecimento de Repercussão Geral por esse excelso STF), da educação e da segurança pública (*lato sensu*).

Paralelamente, também para exemplificar, há a implementação de programas sociais de proteção à mulher, ao idoso e à criança que têm tornado cada vez mais complexa a distribuição de recursos públicos para a realização de todas essas funções e obrigações estatais, mesmo porque as mulheres, os idosos e as crianças são igualmente destinatários do princípio da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<sup>12</sup>.

Os argumentos de restrições orçamentárias ou de reserva do possível não são defensáveis no contexto da ADPF n. 347, tanto por se tratar de garantir os direitos constitucionais mínimos (mínimo existencial) quanto pela posição de garante do Estado em relação aos presos.

É reiterada e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a reserva do possível, sob a perspectiva da teoria dos custos dos direitos, não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento dos deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado<sup>13</sup>. Nesse sentido, transcreve-se trecho da seguinte ementa:

EMENTA: [...] A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O 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 FÓRMU-

---

12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF n. 347*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 598212 ED/PR; relator: min. Celso de Mello; Órgão julgador: 2ª Turma; data de publicação: *DJe* 24 abr. 2014.

LA 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 PODER PÚBLICO - 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, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - 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 DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: 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 PROTEÇÃO 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) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO<sup>14</sup>. [Grifos da autora].

A ausência de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados ou a insuficiência daquelas existentes são consideradas formas de omissão inconstitucional dos poderes públicos, na dimensão da vedação

---

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 223 AgR/PE; relatora: min. Ellen Gracie; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de publicação: DJe 9 abr. 2014.

da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade aplicado aos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Além disso, como narrado na petição inicial da ADPF n. 347, a posição do Estado em face dos presos é razão adicional para não se admitir a alegação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões. Afinal, se o Estado priva alguém da liberdade, assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes (art. 5º, inciso XLIX, da CF/1988). Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados.

#### **4 O estado de coisas inconstitucional e a possibilidade do diálogo institucional**

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do estado de coisas inconstitucional pode acarretar críticas referentes à atuação da jurisdição constitucional em matérias que seriam comumente decididas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

Esse tema se insere no fenômeno da judicialização da política, o qual, para os fins deste artigo, pode ser definido como processo

---

15 Nesse sentido, a decisão do STF no AI 598212 ED/PR; relator: min. Celso de Mello; Órgão julgador: 2ª Turma; Data de publicação: *DJe* 24 abr. 2014: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, rel. min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina”.

de expansão decisória do Poder Judiciário em direção a áreas de competência tradicionalmente exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo Barroso (2010, p. 6), “trata-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.

As objeções levantadas à jurisdição constitucional, no contexto de interesse deste estudo, são, em suma: a) a ausência de legitimidade democrática da Corte Constitucional composta de membros não eleitos para decidirem sobre a constitucionalidade ou não de uma lei; b) a possibilidade de falhas da Corte, assim como dos demais poderes, o que não justificaria a sua escolha como detentora da última palavra, em detrimento do Poder Legislativo, composto de membros eleitos representantes da soberania popular; c) a ausência de consenso na sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo e dissenso; d) a atuação ativista da jurisdição constitucional, uma vez que as Constituições, em sua maioria, são escritas em linguagem aberta e abstrata, o que exige uma interpretação construtivista do intérprete; e) a ausência de capacidade institucional da Corte Constitucional para solucionar complexos problemas estruturais.

Representando aqueles que consideram o Parlamento como a instituição mais legitimada para interpretar a Constituição e decidir, em última instância, quanto ao seu conteúdo e alcance, Jeremy Waldron (2012) parte do pressuposto de que, numa sociedade marcada por um profundo e permanente desacordo quanto às questões de justiça, não há como legitimar as decisões apenas por seus conteúdos: também é preciso fazê-lo pela autoridade legitimada a decidir. Desse modo, na concepção do teórico, deve-se separar a teoria da justiça da teoria da autoridade, isto é, deve-se separar “o que se decide” do “quem decide”. Assim, em sociedades marcadas pelo desacordo, não há como definir qual decisão seria a mais justa. Portanto, o que define a decisão não é a substância, mas quem a decide.

Assim, nessa ótica, a autoridade que possui a qualidade democrática para a interpretação última da Constituição é o Parlamento, uma vez que é a instituição representante da democracia. É pelo Parlamento que o princípio da participação democrática é respeitado. A compreensão da legitimidade do Parlamento como intér-

prete último da Constituição não significa que essa instituição não é passível de erro, mas que é a única que possibilita a participação dos detentores do direito quando esses direitos são objetos de desacordos (MENDES, 2008, p. 81-110).

Por outro lado, representando aqueles que entendem a Corte Constitucional como a mais legitimada para interpretar a Constituição, Ronald Dworkin (2010, p. 128-234) compreende a democracia não apenas como decisão majoritária ou somatório das vontades, mas como resultado da ação coletiva de um povo, refletida nos direitos e princípios fundamentais que permeiam o ordenamento.

Para Dworkin (2010), o ambiente legislativo não é o ambiente ideal para questões de preferências insensíveis (juízos morais), uma vez que direitos são trunfos que não podem se submeter às regras do jogo político. O autor distingue dois tipos de argumentos: argumentos de princípio, que consideram os direitos morais individuais dos indivíduos, e argumentos de política (*policy*), que justificam a decisão em função de algum objetivo comum da comunidade, baseado no bem-estar coletivo.

Esses dois tipos de argumentos diferenciam as argumentações do Legislativo e do Judiciário. O Parlamento tem o monopólio dos argumentos de política, uma vez que seu objetivo é resguardar o bem comum da coletividade, porém pode argumentar baseado em princípios. Juízes, ao contrário, não se utilizam de argumentos de política, e sim de argumentos de princípios, porém não possuem monopólio sobre eles (MENDES, 2008, p. 33-79).

O argumento de princípio possui fundamento de direito moral, devendo, portanto, prevalecer sobre decisões majoritárias, baseadas em argumentos de política. Quando um juiz ultrapassa decisões políticas baseado em argumentos de princípio não está legislando, e sim levando os direitos a sério, considerando os direitos individuais como trunfos da sociedade, os quais não podem ser objetos de barganhas ou interesses. O juiz está cumprindo o seu papel de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos (MENDES, 2008, p. 33-79).

O ideal democrático não se esgota nas instituições, pois a democracia deve promover não apenas decisões de política, baseadas no critério majoritário, mas decisões de princípio, de preferências insensíveis. Para essas questões é impossível estabelecer um procedimento decisório *a priori*. O teste da legitimidade é *ex post*, consequencialista, pois não interessa o procedimento (*input*), e sim a decisão (*output*). A legitimidade da revisão judicial está no teste de resultado, teste de *output*. Se a Corte consegue tomar as decisões corretas, por meio de argumentos de princípios, não há problema que se sobreponha ao legislador (MENDES, 2008, p. 70).

Já Jürgen Habermas, a partir de uma perspectiva deliberativo-procedimental da Constituição, defende uma jurisdição constitucional procedimentalista. Considera a Constituição como um projeto, o qual não define uma única forma de vida ou concepção de bem para a sociedade como um todo, e sim regula os procedimentos necessários à formação discursiva da opinião e da vontade legítima no Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1997). Nesse sentido:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. (HABERMAS, 1997, p. 347).

Assim, o controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo só pode referir-se à garantia das condições processuais necessárias à realização do processo legislativo e das formas deliberativas de formação democrática da opinião e da vontade:

Ao tribunal constitucional, cumpre circunscrever-se na fiscalização e guarda das condições procedimentais de participação política e das regras de formação da vontade legislativa, sem ingressar no mérito dos conteúdos normativos e das opções axiológicas. (DOBROWOLSKI, 2004, p. 301).

Essas objeções à atuação da Corte Constitucional, especialmente em relação ao estado de coisas inconstitucional, podem ser superadas caso se considere que ela não detém a palavra definitiva; essa palavra é provisória, necessária para garantir certa estabilidade ou determinar algum rumo em temas controvertidos. No contexto das sociedades complexas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo e pelo dissenso, a palavra provisória, seja da Corte Constitucional ou do Parlamento – a depender do desenho institucional definido na Constituição –, é necessária para uma delicada coesão e a definição de políticas públicas a serem elaboradas e implementadas pelo Estado. Nas palavras de Dobrowolski (2004, p. 320):

[...] para que não se deflagre a luta permanente, inviabilizadora do convívio social, a fixação de algum sentido para o jogo político-institucional e para a vivência coletiva torna-se imperativa, ainda que não se trate de uma norma universalizável. E mesmo em face das questões morais ou ético-culturais, é preciso, em termos práticos, adotar uma solução que, se não derivar de um consenso, deve, ao menos, provir da busca cooperativa – e, nesta medida, não decorrente da simples *autoritas*, mas oriunda de algo equiparável a uma *ratio* intersubjetivamente alcançada –, da decisão mais justa possível, à luz das circunstâncias concretas e dos pontos de vista dos diferentes afetados. Uma tal meta vale, inclusive, para o âmbito da jurisdição constitucional, tanto em abstrato quanto em concreto.

Essa decisão encerra uma primeira rodada procedimental que pode ser reaberta por outros poderes que se sintam desafiados a deliberar em argumentos de princípio. A definição da Corte como detentora dessa última palavra provisória não decorre da sua capacidade superior em proteger direitos ou deliberar em princípios, mas sim do desenho institucional escolhido pelo poder constituinte (MENDES, 2008).

O questionamento quanto à legitimidade ou não do papel da Corte é apenas um pano de fundo para se debater o verdadeiro significado e alcance da Constituição. Esta é um pacto firmado entre o poder constituinte e os legisladores ordinários estabelecendo que há valores essenciais à existência da própria democracia. Esses valores



são dispostos na Constituição em uma linguagem abstrata, aberta, de forma que, a cada geração, o pacto possa ser interpretado de acordo com os próprios valores sociais de sua época. A Constituição garante, por meio de sua construção deliberativa, a sua continuidade.

A interpretação da Constituição, porém, não é privilégio de um seletivo grupo, mas é dever de toda a sociedade. Como lembra Peter Häberle (1997), povo não é apenas um parâmetro quantitativo que se manifesta em épocas eleitorais, mas é também um elemento pluralista para a interpretação da Constituição que legitima o processo constitucional por meio de sua participação como cidadão, como partidos políticos, como grupos de interesses. Conforme Häberle (1997, p. 41):

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juizes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição.

O conceito de sociedade aberta de intérpretes de Peter Häberle é compatível com a concepção de democracia deliberativa, a qual pode ser concebida como um modelo ou processo de deliberação política caracterizado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Esse modelo enfatiza o caráter de auto-determinação da cidadania e o caráter transformador e pedagógico da participação política (LÜCHMANN, 2002, p. 21).

Segundo Dobrowolski (2004, p. 317), a materialização do Direito ao longo das transformações por que o Estado vem passando no curso da Modernidade, especialmente no âmbito constitucional – dominado por uma linguagem aberta e principiológica –, exige uma atuação concretizadora nas três esferas de poder para fins de realização dos ditames constitucionais derivados da escolha autônoma dos sujeitos de direito. A jurisdição constitucional, desse modo, deve estar aberta à interpretação construtiva do conceito e alcance dos direitos

fundamentais trazida tanto por outras esferas de poder quanto pela população, o que exige canais de comunicação de grupos minoritários comumente não representados nos demais Poderes:

Constata-se, em suma, que, diante do desenho institucional da democracia contemporânea, que se deve adequar ao pluralismo e seus desdobramentos – multiculturalismo, demandas de direitos e de expansão da cidadania, lutas por reconhecimento e inclusão, necessidade de integração político-social mínima, num mundo racionalizado e em condições de pensamento pós-metafísico –, também o exercício da jurisdição constitucional deve abrir-se a estes influxos, passando a compreender mecanismos efetivos de participação dos cidadãos nos processos formais de construção do sentido da Constituição, que não deve ser descoberto nem revelado, mas racional e publicamente estabelecido, com a inserção e a consideração de todos os pontos de vista pertinentes, sobretudo dos que não detêm suficiente representação política, não têm voz nem vez perante a maioria. (DOBROWOLSKI, 2004, p. 318).

A jurisdição constitucional, portanto, estaria legitimada tanto por uma escolha do poder constituinte originário quanto pela sua capacidade em promover o diálogo entre instituições e o povo, em suas variadas organizações, e de inserir na esfera deliberativa argumentos de princípios. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pode ser mais uma ferramenta da Corte Constitucional de diálogo e cooperação com os demais Poderes e a sociedade para a superação de uma situação de inegável violação sistemática e generalizada dos direitos fundamentais.

Por isto, é que se pode concluir que um sistema aberto e participativo de jurisdição constitucional, que se volte para além do controle estritamente formal da constitucionalidade das normas e busque assegurar a concretização dos direitos fundamentais constitucionalizados, a partir dos insumos fornecidos pelos próprios cidadãos, não é intrinsecamente antimajoritário nem se presta a desestabilizar as instituições sócio-políticas democráticas. Funciona, ao contrário, como instrumento democraticamente legitimado, politicamente controlado e responsável, além de apto a contribuir para o aperfeiçoamento dos direitos básicos dos cidadãos e para a conservação das

condições procedimentais igualitárias que lhes permitem participar efetivamente da formação da opinião e da vontade comuns, principalmente na delicada tarefa de determinação do conteúdo concreto da Constituição e da ordem jurídica. (DOBROWOLSKI, 2004, p. 318).

De acordo com Garavito e Franco (2010, p. 170–180), as decisões das cortes em litígios ou casos estruturais, nas quais se inserem o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, têm convergido para um novo tipo de ativismo judicial, denominado como “ativismo dialógico”, o qual tenta responder às objeções à jurisdição constitucional.

Os litígios estruturais representativos do ativismo dialógico possuem três características: a) tendem a ditar ordens mais abertas que as do ativismo clássico; as sentenças da jurisprudência dialógica podem abrir um processo de discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural; b) a implementação das medidas dá-se por mecanismos de acompanhamento periódico e público; ao manter a sua competência sobre o caso após a sentença, as cortes podem prolar novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo, além de orientar a discussão dos atores sociais envolvidos em audiências públicas e deliberativas; c) o ativismo dialógico tende a envolver um número mais amplo de atores sociais no processo de deliberação de políticas públicas a serem elaboradas e implementadas.

Em análise da sentença T-025 da Corte Constitucional colombiana (caso da população deslocada), Garavito e Franco (2010, p. 133) concluíram que a maioria das ordens da Corte foram de meios, e não de resultados, isto é, em lugar de fixar os detalhes das reformas, exigiu-se do Estado a elaboração de um plano de ação para se enfrentar o problema dos deslocados. Por outro lado, a Corte estabeleceu prazos peremptórios e fixou remédios fortes, de resultado, para a garantia eficaz de direitos mínimos das pessoas deslocadas. Essas características da sentença T-025, bem como o fato de que a Corte se preocupou em realizar audiências públicas para discussão dos aspectos centrais, demonstram o efeito deliberativo do ativismo dialógico nos litígios estruturais.

Constata-se, portanto, que a jurisdição constitucional, antes de ser uma ameaça à democracia, pode atuar para fortalecê-la quando há a preocupação das cortes e dos demais atores sociais envolvidos em estabelecer canais de participação de outros Poderes e da sociedade como um todo na busca de superação das situações de violação de direitos fundamentais, como no caso do sistema prisional brasileiro, bem como na fixação de conceitos e alcances dos direitos.

## 5 Considerações finais

Este artigo se preocupou em apresentar o instituto do estado de coisas inconstitucional, seu conceito e sua evolução no contexto da Corte Constitucional da Colômbia, bem como a possibilidade de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 374 e as objeções levantadas em face de seu reconhecimento e da atuação da jurisdição constitucional em litígios denominados estruturais.

Como qualquer outro instituto ou conceito formulado em contexto fático específico, a adoção, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, do estado de coisas inconstitucional exige a sua análise e adaptação a partir da realidade do País (VIEIRA; BEZERRA, 2015). Contudo, percebe-se que o instituto pode ser mais uma das ferramentas a serem utilizadas pela sociedade na provocação do Supremo Tribunal Federal para se manifestar em situações violadoras de direitos fundamentais.

Ressalva-se a previsão da Lei n. 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade), da possibilidade de manifestação de outros órgãos e entidades (figura do *amicus curiae*) e da realização de audiências públicas, em seus arts. 7º, § 2º, e 9º, § 1º, respectivamente. Dispositivos que inegavelmente contribuem para a participação da sociedade civil nas decisões do Supremo Tribunal Federal e que representam uma perspectiva dialógica na atuação da Corte.

No caso específico da ADPF n. 347, a decisão do Supremo Tribunal Federal demonstra-se essencial para a superação do bloqueio institucional existente na questão do sistema prisional brasileiro. Apesar

de ser inequivocamente conhecido o caos do sistema penitenciário do Brasil, inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há políticas públicas efetivas para a superação do problema.

A situação prisional brasileira é semelhante àquela encontrada pela Corte Constitucional da Colômbia, na época da prolação da sentença T-153/98, em que se constatou uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, cujas causas são de natureza estrutural, isto é, exigem, para a solução, uma atuação coordenada de distintas entidades estatais. A omissão estatal é um resultado perverso da lógica do princípio da maioria norteador dos regimes democráticos, conforme constatado pela Corte colombiana. Os presos condenados não possuem direito ao voto e, conseqüentemente, não possuem relevância quando são formuladas as políticas públicas: “[...] por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana”<sup>16</sup>.

Nesse sentido, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais é essencial para a superação da violação massiva e generalizada de direitos de presos brasileiros. A Corte Constitucional está numa posição mais apta a ouvir os reclamos dos grupos vulneráveis de forma a garantir-lhes o mínimo existencial. No caso dos presos, a obrigação estatal em garantir esses direitos fundamentais mínimos se caracteriza por uma especial relação de sujeição entre Estado e detento, consubstanciada no inciso XLIX do art. 5º da CF/1988: “[...] é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 23, set./out./nov. 2010.

---

16 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Revista Consultor Jurídico*, 1º set. 2015. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#\\_ftn3](http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3)>. Acesso em: 11 fev. 2016.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da constituição*. 2004. Tese de Doutorado – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colom-

biano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. *Possibilidades e limite da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000246426>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?). *Jota*, Brasília, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

WALDRON, Jeremy. The constitutional conception of democracy. In: *Law and Disagreement*. Oxford Scholarship Online: March 2012, p. 11. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2016.





# Processo Civil e Direito Eleitoral



# Aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil ao processo eleitoral brasileiro

Priscila Batista de Matos

Servidora do Ministério Público da União, lotada no Ministério Público Federal na Bahia. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Damásio Educacional. Bacharela em Direito pela Faculdade Social da Bahia. Bacharela em Comunicação Social pela Universidade Católica do Salvador.

**Resumo:** Este artigo busca analisar a aplicação dos princípios do contraditório e da não surpresa, previstos nos arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil, ao processo eleitoral brasileiro. Considerando a natureza de direito coletivo do Direito Eleitoral, a temporariedade dos mandatos eletivos e o curto lapso de tempo que decorre entre as convenções partidárias e a diplomação dos eleitos, a celeridade torna-se uma característica central do processo eleitoral. Daí o conflito aparente entre as normas processuais eleitorais, em particular as previsões dos arts. 7º e 23 da Lei Complementar n. 64/1990 e os princípios do contraditório e da não surpresa. Apesar de a Resolução n. 23.478/2016, do Tribunal Superior Eleitoral, prever, no art. 3º, a aplicação do contraditório e da não surpresa aos processos eleitorais, existe uma dificuldade entre os juízes eleitorais em conciliar os princípios e regras envolvidos quando aplicam fundamentos fáticos e jurídicos não discutidos pelas partes no processo. Não obstante, é possível conciliar os referidos princípios e regras jurídicas.

**Abstract:** This paper seeks to analyze the application of the principles of contradiction and non-surprise, provided for in articles 9 and 10 of the new Code of Civil Procedure, in the Brazilian electoral process. Considering the nature of the collective right of electoral law, the temporary nature of elective mandates, and the short period of time that elapses between party conventions and the diplomacy of the elect, celerity becomes a central feature of the electoral process. Hence the apparent conflict

between electoral procedural rules, in particular the provisions of articles 7 and 23 of Complementary Law 64/1990 and the principles of adversarial and non-surprise. Despite Resolution 23.478/2016, of the Higher Electoral Tribunal, to provide, in article 3, the application of the contradictory and non-surprise to the electoral processes, there is a difficulty among electoral judges in reconciling the principles and rules involved when applying factual and legal grounds not discussed by the parties to the proceedings. Nevertheless, it's possible to reconcile those principles and legal rules.

**Palavras-chave:** Processo eleitoral. Princípio do contraditório. Vedação de surpresa. Celeridade processual. Código de Processo Civil de 2015.

**Keywords:** Electoral process. Principle of contradictory. Prohibition of surprise. Procedural celerity. Code of Civil Procedure of 2015.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Princípios e regras jurídicas. 3 O processo eleitoral e o princípio da celeridade. 4 Arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). 5 Arts. 7º e 23 da Lei Complementar n. 64/1990 e o sistema do livre convencimento motivado. 6 Art. 3º da Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral. 7 Considerações finais.

## 1 Introdução

A Lei n. 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), estruturando-o sobre normas fundamentais processuais, algumas das quais previstas expressamente na Constituição Federal. É o caso do princípio do contraditório e da não surpresa, previstos nos arts. 9º e 10 do novo CPC, de observância obrigatória.

Tal obrigatoriedade vai além do direito processual civil, estendendo-se a outros ramos do direito processual. Pergunta-se: e quanto ao Direito Eleitoral? Considerando sua natureza de direito coletivo e o interesse público em questão, o processo elei-

toral estaria submetido às normas do processo civil, em particular aos arts. 9º e 10, consagradores dos princípios do contraditório e da não surpresa?

O Direito Eleitoral é marcado pelo princípio da celeridade. Se houver delongas excessivas no *iter* eleitoral, todo o processo eleitoral e a própria democracia podem sofrer prejuízos. Para garantir a celeridade do processo eleitoral é que são previstas normas como o prazo recursal de 3 dias, via de regra; a irrecorribilidade das decisões do TSE, salvo as que contrariem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou de mandado de segurança; e o prazo de um ano como duração razoável do processo que possa resultar em perda do mandato eletivo.

Além dessas e outras previsões, a Lei Complementar n. 64/1990, nos seus arts. 7º e 23, prevê a possibilidade de o juiz decidir com base em fundamento que não foi alegado pelas partes, mas resultante da livre apreciação da prova. Referidos dispositivos, apesar de dotarem o processo eleitoral de maior celeridade, vão de encontro aos princípios do contraditório e da não surpresa.

Verifica-se, portanto, um conflito entre princípios e regras. De um lado, os princípios do contraditório e de outro, a regra da persuasão racional.

Para acirrar o debate, a Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral, que estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei n. 13.105/2015 no âmbito da Justiça Eleitoral, determina, expressamente, no art. 3º, a aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do novo CPC ao processo eleitoral.

Logo, a finalidade do presente artigo consiste em encontrar uma solução prática para composição entre os princípios do contraditório e da não surpresa e a regra da persuasão racional no processo eleitoral. Para tanto, partiremos da distinção entre princípios e regras e da definição de processo eleitoral, com uma breve análise da natureza específica do Direito Eleitoral e do princípio da celeridade. Em seguida, iremos analisar os princípios do contraditório, da não sur-

presa e a regra da persuasão racional no processo eleitoral. A partir do disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.082<sup>1</sup> e na Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral, veremos se é possível conciliar os princípios do contraditório e da vedação da surpresa com a regra da persuasão racional no processo eleitoral.

## 2 Princípios e regras jurídicas

Há muitas teorias para definir princípios e regras jurídicas. Ficaremos aqui, com a clássica definição de Canotilho (1993), segundo a qual princípios e regras são espécies de norma jurídica.

Segundo o autor, os princípios são o fundamento de todo o ordenamento jurídico. Representam o substrato, a matéria-prima com a qual as regras jurídicas são elaboradas; são os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas, caracterizando-se pela abstração e generalidade.

Por sua vez, as regras jurídicas podem trazer uma obrigação, uma faculdade ou uma proibição. Por isso, são de aplicação mais direta, representando, muitas vezes, a densificação de um princípio geral do direito.

Observe-se, por exemplo, os princípios do contraditório e ampla defesa. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Com base nesse princípio constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em diversos dispositivos, os meios pelos quais os litigantes exercerão o contraditório e a ampla defesa, como, por exemplo, o art. 336: “Incumbe ao réu alegar, na

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1082* – Tribunal Pleno. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Relator atual: min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065151>>. Acesso em: 21 maio 2017.

contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

Percebe-se aí a presença de um princípio – art. 5º, LV, CF –, que foi densificado, isto é, recebeu concretude na regra do art. 336, CPC/2015.

Princípios e regras jurídicas, portanto, diferem entre si. Observe-se, nesse sentido, a lição do eminente professor português (CANOTILHO, 1993, p. 190-191):

[...] Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas – as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: (1) – os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; [...] Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se; (2) – consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...]

Do exposto, conclui-se que, se por um lado, os princípios e regras jurídicas são espécies de normas, por outro, é de notar-se que os princípios estão numa hierarquia superior em relação às demais regras do ordenamento, na medida em que são os elementos estruturantes do próprio sistema jurídico.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes (2009, p. 191-192) leciona que “os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados

[...]”. E complementa: “Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.”

### **3 O processo eleitoral e o princípio da celeridade**

O Direito Eleitoral possui natureza de direito coletivo. É o ramo do direito público que regula os direitos políticos e o processo eleitoral, sendo instrumento para a efetivação do princípio democrático e do Estado Democrático de Direito.

Por tratar de interesse público de alta relevância, caracteriza-se por princípios e regras bastante peculiares, tal como o denominado princípio da supraceleridade. Antes, porém, de analisar a aplicação de alguns princípios ao processo eleitoral, mister compreender o significado de processo eleitoral.

Processo é termo plurívoco, que abarca várias concepções. Ferreira (2008, p. 655) define processo como:

1. Ato de proceder, de ir por diante.
2. Sucessão de estados ou de mudanças.
3. Modo por que se realiza ou executa uma coisa; método, técnica.
4. *Jur. V. demanda* (2) [...].

No Direito, diz-se do processo como a relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu e o procedimento ínsito àquela. Nesse sentido, Gomes (2016, p. 297):

Notadamente no Direito Processual, esse termo traduz a relação jurídica que se estabelece entre autor, Estado-juiz e réu. Trata-se de relação abstrata direcionada à prestação jurisdicional; é, pois, instrumento de exercício da jurisdição.

Ademais, é assente na doutrina contemporânea a distinção entre processo e procedimento. Este se consubstancia na técnica que organiza e disciplina a atividade desenvolvida no interior da relação jurídica processual; é o *iter* ou caminho seguido na expansão do processo rumo à sua finalidade, que é a prestação jurisdicional.



No Direito Eleitoral, a expressão *processo eleitoral* comporta uma acepção ampla e outra restrita. Em sua acepção ampla, diz-se da sucessão de fases para concretização das eleições, desde as convenções partidárias até a diplomação dos eleitos. Na acepção restrita, trata-se do processo jurisdicional em si, ou seja, do conjunto de atos jurídicos concatenados para resolução de conflito eleitoral. De acordo com Gomes (2016, p. 298):

Em sentido amplo, processo eleitoral significa a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa. O procedimento, aqui, reflete o intrincado caminho que se percorre para a concretização das eleições, desde a efetivação das convenções pelas agremiações políticas até a diplomação dos eleitos. Em geral, quando se fala em processo eleitoral, é a esse sentido que se quer aludir.

Em seguida, esclarece o que seja processo eleitoral, em sentido restrito (GOMES, 2016, p. 299-300):

Em sentido restrito, a expressão processo eleitoral designa processo jurisdicional eleitoral contencioso eleitoral. Seu fundamento é o controle das eleições. O processo jurisdicional eleitoral é instaurado e se desenvolve perante órgão jurisdicional com vistas à resolução de conflito eleitoral; é individualizado, veiculando pedido específico entre partes bem definidas. Deve subsumir-se ao modelo do processo jurisdicional constitucional, observando, portanto, princípios como *due process of law* e seus consectários. A ele se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil. Ora se apresenta em sua feição clássica, em que se divisa uma relação triangular, da qual participam autor, juiz e réu; é isso o que ocorre em ações como impugnação de mandato eletivo, investigação judicial eleitoral, captação ilícita de sufrágio e conduta vedada. Ora se apresenta na forma de relação linear, integrada por um requerente e pelo órgão judicial, tal qual ocorre no pedido de registro de candidatura.

Portanto, ante as múltiplas acepções que a expressão *processo eleitoral* comporta, o presente artigo utilizar-se-á dessa expressão em seu sentido restrito, isto é, o processo (procedimento) jurídico

instaurado perante órgão jurisdicional para resolução de matéria de natureza eleitoral.

Como citado por Gomes (2016, p. 299-300), o processo eleitoral não prescinde da observância dos princípios processuais constitucionais.

Assim é com o princípio da celeridade. Se a razoável duração do processo deve ser assegurada a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, nos termos do art. 5º da CF/1988, no processo eleitoral, o dever de respeito ao princípio da celeridade é ainda maior, “em razão da temporariedade do exercício dos mandatos eletivos [...]” (ALMEIDA, 2016, p. 48) e da brevidade do processo eleitoral em sentido lato, que se inicia com as convenções partidárias (entre julho e agosto) e se encerra com a diplomação dos eleitos (dezembro). Alguns autores, inclusive, o denominam de princípio da supraceleridade dos feitos eleitorais, visto que “o princípio veda a procrastinação dos feitos e faz com que as decisões eleitorais sejam tomadas de forma rápida, evitando-se delongas para fases posteriores à data da diplomação” (BARROS, 2014, p. 21).

Para Almeida (2016, p. 48), “a rapidez na tramitação processual, portanto, deve ser a marca registrada do processo eleitoral”.

Entretanto, em prol da celeridade, os juízes têm proferido decisões alegando fatos e direitos não debatidos por autor e réu, sem lhes oportunizar a efetiva participação no processo. Tal postura contraria os princípios do contraditório e da não surpresa. A título de exemplo, seguem os seguintes julgados:

STJ:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO ELEITO (COLIGAÇÃO IACANGA – PP/ PT/ PMDB/ PR/ DEM/ PSB/ PV/ PSDB). INDEFERIDO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. AUSÊNCIA. INTIMAÇÃO. PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

1. À luz do art. 282, § 2º, do CPC/2015, se absterá o juiz de declarar a nulidade, quando puder decidir a favor da parte a quem aproveite. Nesse contexto, o reconhecimento do cerceamento de defesa pela decisão agravada não prejudicou o exame da agitada afronta ao princípio da dialeticidade – por suposta dissociação entre as razões do apelo no âmbito da instância ordinária e a sentença recorrida –, cujo acolhimento importaria, desde já, o provimento do recurso para restabelecer a decisão que havia deferido o registro de candidatura em apreço, ante a incognoscibilidade do apelo aviado. 2. O novo julgamento do recurso eleitoral, decorrente da nulidade decretada, pressupõe o reexame, pela Corte Regional, tão somente das questões que vieram a lume a partir da documentação acostada, posteriormente ao manejo do apelo perante a instância de origem, sobre as quais não facultado prévio pronunciamento à parte – em franca violação das garantias do contraditório e da ampla defesa –, o que não importa, em absoluto, reabrir nova discussão quanto a óbices processuais já agitados oportunamente pelo ora agravante, em notória rediscussão da causa. 3. A despeito de inaugurada a divergência no âmbito da Corte Regional no que pertine à cognoscibilidade do recurso eleitoral manejado, a maioria daquele Colegiado entendeu suficientemente fundamentado o apelo, premissa que não pode ser afastada sem proceder-se à comparação de peças processuais – com análise da sentença e do recurso contra ela interposto, em confronto com as conclusões do acórdão recorrido –, providência inviável na via estreita dos recursos excepcionais, cristalizada a Súmula nº 24/TSE. 4. O prévio conhecimento do candidato acerca da existência do parecer exarado pelo Tribunal de Contas – em razão de ter subsidiado o ajuizamento de ação anulatória no âmbito da Justiça Comum –, não afasta, por si só, a nulidade por cerceamento de defesa. O contraditório significa o direito de influir no resultado do julgamento, evidente o “dever de debate, consulta, de diálogo, de consideração” com as partes (MARINONI. Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2015. Editora RT, pg. 445). 5. “A vedação à decisão surpresa no processo – corolário do princípio constitucional do contraditório –, impõe ao magistrado o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, inclusive aqueles sobre os quais deva conhecer de ofício”. (NERY JR. Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado. Ed. RT. 2015, pg. 215). A propósito, o disposto no art. 437, § 1º, do CPC/2015: “sempre que uma das partes requerer a

juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436”. Agravos regimentais conhecidos e não providos. (STJ, RESPE – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.092 – Iacanga-SP – rel. min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, publicação: *DJe* de 5 abr. 2017, p. 19).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. CONHECIMENTO. INVIABILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA DO CONDENADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O recurso ordinário não foi ratificado após o julgamento dos embargos de declaração, o que impede o seu conhecimento. No entanto, nos termos da jurisprudência do TSE, é possível a análise das razões recursais tendo em vista a possibilidade de concessão da ordem de ofício na hipótese de flagrante ilegalidade. Precedentes. 2. Configura constrangimento ilegal sanável por meio de habeas corpus a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do condenado. 3. Ordem concedida de ofício para anular a decisão do Juízo da 138ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e decretou a prisão da paciente. (STJ, RHC n. 30.241 – Queimados-RJ, rel. min. João Otávio de Noronha, publicação: *DJe*, tomo 178, de 23 set. 2014, p. 47).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. VERIFICAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, 1, DA LC Nº 64/90. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INOCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 1º, I, d, DA LC Nº 64/90. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABUSO APURADO EM SEDE DE AIME. DESPROVIMENTO.

1. *In casu*, a decisão do Tribunal de Justiça local que condenou o agravado por improbidade administrativa não foi juntada aos

autos com a inicial da impugnação ao seu registro de candidatura, mas tão somente após a apresentação de contestação por parte do impugnado, sobre a qual não foi oportunizado manifestar-se. É flagrante, portanto, o prejuízo acarretado à sua defesa, cuja plenitude deve ser preservada, de acordo com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. 2. Nos termos da alínea l do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, para a incidência da causa de inelegibilidade nele prevista, é necessária não apenas a condenação à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, mas, também, que tal ato tenha importado lesão ao patrimônio público, bem como enriquecimento ilícito. 3. Conforme assentado por esta Corte nos autos do RO nº 3128-94/MA, para que haja a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, d, da LC nº 64/90, a condenação por abuso deve ser reconhecida pela Justiça Eleitoral por meio da representação de que trata o art. 22 da LC nº 64/90, não incidindo quando proferida em sede de recurso contra expedição de diploma ou ação de impugnação a mandato eletivo, hipótese dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 371.450 – Belo Horizonte-MG, rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, publicação: *DJe* de 15 abr. 2011, p. 72).

TRE-PR:

RECURSO ELEITORAL – EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2014 – PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PARTIDO POLÍTICO – PARECERES TÉCNICO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL PELA DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS PARTIDÁRIAS – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA DEFESA DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO E SEUS RESPONSÁVEIS – INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 38 DA RESOLUÇÃO TSE Nº 23.432/2014 – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NULIDADE PROCESSUAL DE OFÍCIO – SENTENÇA ANULADA – PROVIMENTO.

1. A inobservância do rito previsto pelo art. 38, da Resolução TSE n.º 23.432/2014, para o processamento da Prestação de Contas de exercício financeiro de partido político, viola o princípio constitucional do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e reflete em nulidade dos atos. 2. Precedentes do TRE/PR (RE

n<sup>o</sup>s 7-25.2015.6.16.0159, j. 17/11/2015, DJE de 20/11/2015; 109-92.2015.6.16.0144 e 111-62.2015.6.16.0144, j. 30/11/2015, DJE de 03/12/2015; n<sup>os</sup> 110-77.2015.6.16.0144, 115-02.2015.6.16.0144, 116-84.2015.6.16.0144, 117-69.2015.6.16.0144 e 119-39.2015.6.16.0144 e 120-24.2015.6.16.0144, j. 04/12/2015, DJE de 14/12/2015 e o mais recente o de n<sup>o</sup> 11-75.2015.6.16.0090, j. 09/12/2015, DJE de 14/12/2015, todos de relatoria do Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen; debate em sessão de julgamento nos feitos de Prestação de Contas n<sup>o</sup> 159-65.2015.6.16.0000 e 156-13.2015.6.16.0000, ambos de relatoria do Dr. Josafá Antonio Lemes). 3. Nulidade processual de ofício. 4. Recurso conhecido para, de ofício, declarar a nulidade processual e anular os atos processuais posteriores. (TRE/PR – Recurso Eleitoral n. 2.183 – Paranaguá-PR, rel. Josafá Antonio Lemes, publicação: *DJ* de 10 mar. 2016).

Verificam-se, portanto, na Justiça Eleitoral de 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> graus, decisões prolatadas com base em provas e fatos a respeito dos quais não foi dada às partes oportunidade de se manifestar.

No segundo julgado, observa-se, inclusive, a conversão de pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem oitiva do condenado, o que foi considerado constrangimento ilegal pelo STJ.

Logo, tanto no 1<sup>o</sup> grau como nos tribunais regionais, há juízes que claramente não oportunizam às partes a efetiva participação no processo, em frontal desrespeito aos princípios do contraditório e da vedação de surpresa.

#### **4 Arts. 9<sup>o</sup> e 10 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)**

Aplicam-se também ao processo eleitoral os princípios do contraditório e da não surpresa. No texto constitucional, o princípio do contraditório está previsto no art. 5<sup>o</sup>, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por sua vez, o novo CPC traz a previsão do princípio do contraditório juntamente com o da vedação da surpresa no capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil – arts 9º e 10. Observe-se:

Art. 9. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Tradicionalmente, o princípio do contraditório é entendido como o direito de as partes serem informadas dos atos processuais e de serem ouvidas oportunamente no curso do processo. Por meio do contraditório, autor e réu participam do processo exercendo o direito de defesa, seja a defesa do direito que se pleiteia por meio da ação, seja a defesa dos direitos do demandado. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 136) dispõem:

A legitimidade do exercício do poder estatal, e assim da decisão judicial depende da oportunidade à participação àqueles que podem sofrer os seus efeitos. De modo que o direito de participar do processo está centrado na própria noção de democracia.

A participação é outorgada ao autor e ao réu mediante o que se denomina contraditório, garantido no art. 5º, LV, da CF, o qual diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O direito de participar, assim, relaciona-se com a possibilidade de alegar, provar, participar

da produção da prova e falar sobre o seu resultado, enfim de influir sobre o convencimento do juiz.

Depreende-se que o exercício do contraditório, para além de sua concepção tradicional, visa oportunizar aos litigantes a efetiva participação no processo, com possibilidade de influir no convencimento do juiz. Nesse sentido, também, Didier Jr. (2016, p. 81-82):

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório.

[...]

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Portanto, o princípio do contraditório deve permitir a real possibilidade de as partes influírem na decisão judicial. Sua aplicação, entretanto, “depende essencialmente de se convencerem os juízes de que assim deve ser no caso concreto”, pois “somente por meio de um constante e intenso diálogo do juiz com as partes se



concretizará o contraditório participativo, mediante o qual o poder de influência se tornará uma realidade” (NEVES, 2016, p. 23).

De outro vértice, verifica-se que o princípio do contraditório está diretamente ligado ao princípio da não surpresa, materializado no art. 10 do novo CPC. O dispositivo determina que nenhum juiz poderá decidir com base em fato ou fundamento não debatido pelas partes.

Ora, se autor e réu foram ouvidos no curso do processo e o juiz não pode decidir com base em fato sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, é pouco provável que haja qualquer surpresa em sua decisão. O problema ocorre nas matérias que podem ser conhecidas de ofício, quando os princípios do contraditório e da não surpresa deveriam ser respeitados, mas não o são. Nesse sentido, Neves (2016, p. 26-27):

Os problemas verificam-se no tocante às matérias de ordem pública, na aplicação de fundamentação jurídica alheia ao debate desenvolvido no processo até o momento da prolação da decisão, e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio juiz. São matérias e temas que o juiz pode conhecer de ofício, havendo, entretanto, indevida ofensa ao contraditório sempre que o tratamento de tais matérias surpreender as partes. Ainda que a matéria de ordem pública e a aplicação do princípio do *iura novit cura* permitam uma atuação do juiz independentemente da provocação da parte, é inegável que o juiz, nesses casos – se se decidir sem dar oportunidade de manifestação prévia às partes – as surpreenderá com sua decisão, o que naturalmente ofende o princípio do contraditório.

Infelizmente os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir de ofício e decidir sem a oitiva das partes. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir

as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa.

No mesmo sentido, Didier Jr. (2016, p. 84):

Imagine a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, no momento da sentença, baseia-se em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. O juiz não pode fazer isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes. Isso feriria, escancaradamente, o contraditório. A decisão formar-se-ia com base em questão de fato sobre a qual as partes não falaram, e, portanto, basear-se-ia em questão a respeito da qual as partes não puderam ter exercitado o “poder de influência”, não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela ou de outra forma.

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido.

Como se pode observar, a possibilidade de decidir de ofício não pode prescindir da oitiva das partes. Os princípios do contraditório e da não surpresa têm por objetivo permitir aos litigantes o direito de serem informados sobre os atos processuais, de participar do processo e de influir concretamente no convencimento do magistrado, evitando-se a prolação de decisões surpresas.

Posto isso, uma decisão com base em fundamentos de fato ou de direito que não foram discutidos pelas partes vai de encontro aos princípios previstos nos arts. 9º e 10 do CPC/2015, contrariando o direito fundamental constitucional ao contraditório.

## **5 Arts. 7º e 23 da Lei Complementar n. 64/1990 e o sistema do livre convencimento motivado**

A despeito de o princípio do contraditório nortear todo o direito processual brasileiro, as regras dos arts. 7º e 23 da LC 64/1990 vão de encontro a este princípio ao permitir a decisão baseada em fatos não alegados pelas partes.

Note-se que a LC n. 64/1990 regula o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, o qual determina:

Art. 14. [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994).

Logo, a LC n. 64/1990 trata dos casos de inelegibilidade, dos prazos de cessação, das ações cabíveis contra a influência do poder econômico e de autoridade, da impugnação ao registro de candidatura e dá outras providências.

Nos arts. 7º e 23, a LC n. 64/1990 dispõe que o juiz ou tribunal formará sua convicção pela livre apreciação da prova, ainda que não alegada pelas partes. Observe-se:

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Tais dispositivos estão em consonância com o art. 371 do novo CPC, que trata do sistema do livre convencimento motivado do juiz na apreciação das provas constantes dos autos. Apesar de a Lei n. 13.105/2015 ter suprimido o termo *livre* do dispositivo, isso não significa que o juiz não tenha mais liberdade para apreciação da prova. Nesse sentido, Neves (2016, p. 371):

No sistema de persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. [...].

Mais adiante, acrescenta (NEVES, 2016, p. 372):

Entendo que o Novo Código de Processo Civil manteve o sistema de valoração do livre convencimento motivado, anteriormente previsto no art. 131 do CPC/1973 e atualmente consagrado no art. 371 do Novo CPC, não me impressionando com a supressão do ordenamento processual a todas as referências ao termo livre convencimento e a outras expressões em sentido parelho.

Não obstante, há um conflito entre as regras previstas nos arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990 e os princípios dispostos nos arts. 9º e 10 do novo CPC, na medida em que a LC n. 64/1990 permite a decisão com base em fatos não alegados pelas partes. Tal conflito, porém, é apenas aparente.

Os arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990, ao permitirem a livre apreciação da prova pelo juiz eleitoral, inclusive atribuindo-lhe o poder de julgar com base em fatos e circunstâncias não indicados, atendem à supraceleridade típica do processo eleitoral. Mas a celeridade não justifica a supressão de oitiva das partes em relação aos fundamentos que não foram por elas alegados.

O juiz pode, na formação de seu convencimento, apreciar livremente as provas produzidas no processo e atribuir-lhes o valor que entender cabível. Contudo, a LC n. 64/1990 não autoriza o desrespeito ao contraditório, pois decisão de ofício ou decisão com base em fatos não alegados é diferente de decisão sem oitiva das partes.

Nesse sentido, o STF julgou improcedente a ADI n. 1.082. Na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Partido Socialista Brasileiro requereu a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990, sob o argumento de ofensa ao devido processo legal e ao contraditório, na medida em que tais dispositivos autorizam o magistrado a proferir decisões com base em fatos e circunstâncias não alegados pelas partes, bem como a partir de fatos públicos e notórios. Observe-se a ementa do julgado:

PROCESSO – ELEITORAL – ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – JUIZ – ATUAÇÃO. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/90, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.

De acordo com o voto do relator, Ministro Marco Aurélio:

Em síntese, o dever-poder conferido ao magistrado para apreciar os fatos públicos e notórios, os indícios e presunções por ocasião do julgamento da causa não contraria as demais disposições constitucionais apontadas como violadas. A possibilidade de o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária, de fatos publicamente conhecidos ou das regras da experiência não afronta o devido processo legal, porquanto as premissas da decisão devem vir estampadas no pronunciamento, o qual está sujeito aos recursos inerentes à legislação processual.

Assim, as regras estampadas nos arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990 podem e devem ser aplicadas pelo juiz com vistas à celeridade do

processo eleitoral e ao interesse público que lhe é ínsito. Sua aplicação deverá sempre estar norteada pelos princípios processuais basilares do contraditório e da vedação da surpresa, a fim de garantir aos litigantes o respeito ao devido processo legal com a possibilidade de exercer seu direito de defesa e influir efetivamente no convencimento do magistrado.

## **6 Art. 3º da Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral**

Uma importante norma que veio reforçar o entendimento da Suprema Corte expresso na ADI n. 1.082 é a Resolução n. 23.478/2016 do TSE. O art. 3º da resolução em comento expressamente determina a aplicação dos princípios do contraditório e da não surpresa aos processos eleitorais: “Art. 3º. Aplicam-se aos processos eleitorais o contido nos arts. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)”.

Temos, com isso, três situações:

- A LC n. 64/1990, que permite ao juiz prolatar decisões com base em fatos e circunstâncias não alegados pelas partes. Trata-se de lei anterior e específica.

- O CPC/2015, arts. 9º e 10, que determina a todos os juízes o respeito aos princípios do contraditório e da não surpresa, em consonância com a Magna Carta. Trata-se de lei posterior e geral.

- A Resolução TSE n. 23.478/2016, que determina a aplicabilidade aos processos eleitorais dos arts 9º e 10 do novo CPC. Trata-se de exercício do poder regulamentar, oriundo do poder normativo da Justiça Eleitoral.

Logo, o aparente conflito entre a LC n. 64/1990 e o CPC/2015 foi devidamente resolvido também pelo TSE, por meio da Resolução n. 23.478/2016. O TSE, no exercício de seu poder regulamentar, sanou definitivamente a dúvida existente, determinando expressamente a aplicação dos arts 9º e 10 do novo CPC aos

processos eleitorais, na mesma linha do posicionamento já consagrado pelo STF na ADI n. 1.082.

## **7 Considerações finais**

A aplicação dos princípios, regras e institutos do novo CPC – vigente desde 18 de março de 2016, portanto há pouco mais de um ano – ainda gera muita dúvida. Com isso, a discussão sobre a aplicação dos arts. 9º e 10 ao processo eleitoral ainda é muito incipiente.

Se, no Judiciário, em geral, há uma resistência em compreender que agir de ofício não implica na dispensa da oitiva das partes, na Justiça Eleitoral essa resistência é ainda maior, haja vista a natureza coletiva do Direito Eleitoral e a necessidade de imprimir a maior celeridade possível às ações judiciais.

A aplicação do entendimento esposado na ADI n. 1.082 e na Resolução TSE n. 23.478/2016 exige uma mudança cultural entre os juízes.

Se a Suprema Corte e o TSE já resolveram sobre a aplicabilidade do contraditório e da vedação da surpresa aos processos eleitorais, cabe aos operadores do Direito compatibilizarem as regras e princípios processuais, ainda que aparentemente conflituosos, no curso do processo.

Tendo em vista a necessidade de se estabelecer um diálogo normativo, harmonizando os princípios em questão, parece ser razoável a reforma legislativa, a fim de conceder o prazo comum de 48 horas para as partes e o MPE se manifestarem a respeito dos fatos públicos e notórios e das provas constantes dos autos, mas não alegadas pelos litigantes.

Tal reforma, sem desprezar a relevância das disposições do STF e TSE, representaria, sem dúvida, um marco para o Direito Eleitoral e um avanço para a democracia, por conferir maior efetividade e clareza na aplicação dos princípios do contraditório e da não surpresa ao processo eleitoral.

## Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de processo eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1993. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/jose-joaquim-gomes-canotilho-direito-constitucionalpdf.html#>>. Acesso em: 25 maio 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



# Direito Administrativo



# A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT – titular da 3ª Promotoria de Justiça de Violência Doméstica de Brasília. Pós-doutor em Criminologia pela Universidade Monash, Austrália. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Professor de Direito Processual Penal, Temas de Direitos Humanos e de Atuação do Ministério Público perante a FESMPDFT e diversas instituições.

Teofábio Pereira Martins

Advogado. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMPDFT. Especialista em Direito Penal pelo Instituto Processus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio – Brasília.

**Resumo:** O presente artigo analisa a possibilidade de utilização pelo Ministério Público da recomendação como instrumento de comprovação do dolo, para fins de posterior ação de responsabilização por improbidade administrativa. Para tanto, estuda o perfil constitucional do Ministério Público após a Constituição de 1988, com sua atuação resolutiva e como promotor da concretização de direitos sociais e indisponíveis, especialmente no âmbito da improbidade administrativa, bem como discute os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público. Ao final, a utilização da recomendação para comprovação do dolo da improbidade administrativa é ilustrada com estudo de casos concretos, delimitando-se suas hipóteses e pressupostos de utilização

**Palavras-chave:** Ministério Público. Recomendação. Dolo. Improbidade administrativa.

**Abstract:** This paper analyses the possible use by the Public Prosecution Service of the recommendation to prove the *mens rea* in civil judicial cases of administrative improbity. It analyses the constitutional role of the Brazilian Public Prosecution Service, in a resolutive approach, acting as a promoter of the concretization of social rights, especially holding civil servers accountable of administrative improbity. It also discusses the extrajudicial tools available for the Public Prosecution Service, as the recommendation. The paper illustrates the use of the recommendation to prove the *mens rea* of the administrative improbity with a case study, clarifying the situations and requisites of its use.

**Keywords:** Brazilian Public Prosecution Service. Recommendation. Malicious intent. Administrative dishonesty.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O perfil constitucional do Ministério Público pós-1988. 3 A atuação do Ministério Público na Lei de Improbidade Administrativa. 4 Ministério Público resolutivo e o uso da recomendação. 4.1 Visão inicial. 4.2 Distinção entre a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta. 5 A possibilidade de a recomendação ser utilizada como instrumento para fixação do dolo na ação civil pública por improbidade administrativa. 5.1 A teoria. 5.2 A casuística. 6 Considerações finais.

## 1 Introdução

O presente artigo tem a finalidade de analisar a possibilidade de utilização, pelo Ministério Público, da recomendação como instrumento para a fixação do dolo do agente público para eventual responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Conforme entendimento pacífico nos Tribunais, somente é possível a condenação de agentes públicos por improbidade administrativa quando comprovados, além da violação aos princípios da Administração Pública, o elemento subjetivo do tipo.

Considerando que a Lei Complementar n. 75/1993, em seu art. 6º, inciso XX, bem como a Lei n. 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV, conferiram aos membros do Ministério Público a

possibilidade de expedir recomendação, cabe analisar os efeitos de tal medida extrajudicial caso agente público venha a descumpri-la, especialmente para explicitar o dolo em relação aos tipos de improbidade administrativa de violar os princípios da Administração Pública, causar dano ao Erário e enriquecer ilicitamente.

Para o desenvolvimento do estudo, será feita uma análise do perfil constitucional do Ministério Público após a Carta Magna de 1988, destacando especialmente seu perfil resolutivo e promotor ativo de concretização dos direitos sociais e indisponíveis, bem como a atuação do Ministério Público especificamente no âmbito da responsabilização por improbidade administrativa. Ao final, se discutirá como a recomendação, enquanto instrumento de atuação extrajudicial, se correlaciona com a comprovação do dolo de eventual improbidade administrativa, expondo-se tanto a teoria quanto a análise de casos concretos que ilustrem essa atuação.

## **2 O perfil constitucional do Ministério Público pós-1988**

O Ministério Público passou, em sua evolução histórica, de Procurador do Rei (*les gen du Roi* durante o *Ancien Regime*) para um apêndice do Poder Judiciário (em 1603, quando o promotor de Justiça da Casa de Suplicação era escolhido dentre um dos seus desembargadores), ou ainda de procurador da Fazenda com atribuições de promotor de Justiça (em 1609, perante o Tribunal de Relação do Brasil, no Estado da Bahia). Teve configurações oscilantes nas diversas Constituições brasileiras, ora pendendo para braço do Executivo, ora configurando-se como apêndice do Judiciário, ora ainda exercendo funções de fiscalização que são típicas do Legislativo (ver por todos PAES, 2003).

A Constituição Federal de 1988 realizou uma revolução na estrutura do Ministério Público, dando-lhe independência institucional em relação ao Executivo e ao Judiciário, e assegurando à instituição (e aos seus membros) as garantias institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF/1988, art. 127, § 1º).

Certamente a independência funcional tem sido a característica mais marcante da atuação ministerial, em especial para permitir-lhe a contraposição ao Executivo, principalmente quando o interesse estatal entre em colisão com o interesse social. Este princípio institucional confere aos membros do Ministério Público a chamada autonomia de convicção, que lhe garante independência no desempenho de suas funções, sendo cada Órgão independente dos demais, ou seja, a manifestação de um membro não vincula o outro (GARCIA, 2014, p. 139).

Ao longo desse amadurecimento histórico, o Ministério Público deixou de ser mero defensor dos interesses do Estado, para defender os interesses da sociedade, especialmente para contrapor-se às eventuais arbitrariedades e desmandos estatais. Também deixou de ser mero parecerista inerte adjunto ao Judiciário, para se tornar um ativo promotor dos interesses sociais que não limita sua atuação à esfera judicial, ao contrário, possui um variado leque de instrumentos de atuação extrajudicial.

Esse quadro se acentuou com a evolução do chamado neo-constitucionalismo, uma forma de compreender o marco constitucional de forma efetivamente comprometida com os princípios constitucionais e com uma hermenêutica coerente com a plena concretização do projeto constitucional. Essa virada axiológica altera a atividade hermenêutica de mera reprodução da realidade para motor de transformações sociais, à luz do projeto constitucional (ALMEIDA, 2010). O Ministério Público possui um *locus* central nessa arquitetura constitucional, tendo como uma de suas atribuições fiscalizar a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Portanto, sua função é a de diminuir o hiato entre a realidade e o projeto constitucional. Essa nova forma de atuação exige que se foquem não apenas as consequências, mas especialmente as causas (atuação preventiva), na fiscalização da concretização das políticas públicas, portanto no controle orçamentário, no maior diálogo com a sociedade civil enquanto fator de legitimação de sua intervenção. Toda essa nova forma de agir vem sendo denominada de um verdadeiro novo paradigma de Ministério Público: a atuação resolutiva ao revés da atuação meramente demandista (ALMEIDA, 2010).

O caminho desta evolução rumo à atuação resolutiva passa, num primeiro momento, pela criação da tutela coletiva em juízo com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). O supracitado diploma legal não concedeu legitimidade ativa exclusiva ao Ministério Público, sendo possível seu exercício por entes públicos ou privados, concedendo a lei, assim, a chamada legitimidade concorrente e disjuntiva. Concorrente, pois a legitimidade foi conferida a vários entes e disjuntiva, porque cada legitimado poderá agir sozinho. Todavia, o Ministério Público tem-se destacado, dentre os diversos colegitimados, na utilização da ação civil pública para o controle da Administração Pública. Mesmo quando outros colegitimados dela a utilizam, ele é o legitimado subsidiário principal, já que, em caso de desistência da ação pelo autor original, será o Ministério Público intimado para manifestar seu interesse em assumir a titularidade plena do polo ativo da demanda, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985.

Esta ação pode ser utilizada para a defesa de direitos difusos – aqueles de transindividualidade real essencialmente coletivos, de objeto indivisível, de titulares agregados por circunstâncias do fato e indeterminabilidade absoluta dos titulares –, bem como de direitos coletivos, aqueles de transindividualidade real, objeto indivisível, titulares agregados por relação jurídica entre si ou com a parte contrária e determinabilidade dos titulares (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2012, p. 76).

Apesar de a Lei n. 7.347/1985 aparentemente ainda se focar na atuação judicial do Ministério Público, ela abriu as portas para sua atuação extrajudicial, prevendo dois importantes instrumentos de atuação: o inquérito civil público e o termo de ajustamento de conduta.

O inquérito civil é um procedimento preparatório, com a finalidade de obter elementos probatórios para a propositura de futura ação civil pública, bem como de “fornecer ao Ministério Público subsídios para que possa formar seu convencimento sobre os fatos e, sendo necessário, identificar e empregar os melhores meios” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2013, p. 163).

O inquérito civil poderá ser instaurado de ofício, por intermédio de requerimento apresentado por qualquer pessoa e por deter-

minação do procurador-geral de Justiça ou pelo órgão superior do Ministério Público (Resolução n. 23/2007 – CNMP, art. 2º).

A instauração do inquérito civil abre ao Ministério Público a possibilidade de realizar ampla atividade de investigação para esclarecimento de uma situação possivelmente violadora de direitos. Todavia, a atividade do Ministério Público não se limita a documentar a violação de direitos e a acionar o Poder Judiciário para restaurar a ordem jurídica constitucional; poderá o Ministério Público entender-se diretamente com as instituições públicas ou privadas para realizar uma composição extrajudicial, por meio do termo de ajustamento de conduta.

Os dois modelos de Ministério Público (demandista e resolutivo) não se excluem, mas são faces distintas de uma mesma moeda, pois conferem ao *Parquet* a possibilidade de atender suas finalidades e os objetivos da Carta da República, tendo como ponto de partida maneiras de atuar diferentes.

Nesse sentido afirma Rodrigues (2015):

O MP Resolutivo não implica num combate irracional ou iconoclasta ao perfil demandista da instituição (e nem poderia em face à Constituição). E sim num fortalecimento do perfil proativo, uma mudança necessária para preservar e não destruir a própria natureza da instituição. É a junção do passado com o futuro, construindo o presente. É o vinho novo despejado em barril velho [...].

Essa mudança de acento poderia ser sintetizada de duas formas: o modelo resolutivo impõe ao Ministério Público uma atuação na prevenção da ocorrência da violação de direitos de interesse social e, uma vez ultimada a violação do direito, cabe ao Ministério Público procurar solucionar a situação de violação de direitos preferencialmente com recursos de autocomposição extrajudicial (conciliação, mediação, práticas restaurativas) visando à construção de um compromisso significativo para a recomposição da plena fruição dos direitos violados<sup>1</sup>.

---

1 Sobre o compromisso significativo como técnica de afirmação (aqui jurisdicional) de direitos fundamentais sociais que exijam implementação de políticas públicas, ver Araújo Júnior (2015).



Nesse sentido, Rodrigues (2015) afirma que o modelo resolutivo pode ser conceituado como “uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem [...] conflituosos, utilizando seu perfil de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de [...] demandar, como *prima ratio*, a justiça”.

Na mesma linha, Goulart (2016) afirma:

Proativa no sentido de que o agente do Ministério Público deve se antecipar às situações de crise, atuando independentemente de provocação, tomando iniciativa com base nos estudos e diagnósticos que nortearam a elaboração dos planos e programas de atuação. Resolutiva no sentido de que deve resolver as questões que lhe são postas preferencialmente de forma direta, nos seus próprios procedimentos e em diferentes fóruns, deixando a judicialização das questões como último recurso.

E ainda, Almeida (2010, p. 60) assevera que:

[...] nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea.

Esse leque de instrumentos de atuação extrajudiciais foi fortalecido com o advento da LC n. 75/1993 e da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica do MPU e dos Ministérios Públicos estaduais, respectivamente). A nova legislação previu o uso da recomendação (LC n. 75/1993, art. 6º, inciso XX), e novos instrumentos de diálogo com a sociedade, como os relatórios periódicos para avaliação de políticas públicas e as audiências públicas (Lei n. 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV). Apesar da separação umbilical do Ministério Público em relação ao Executivo, com a proibição de consultoria jurídica (CF/1988, art. 129, inciso IX), a LC n. 75/1993 previu em seu art. art. 6º, §§ 1º e 2º a

possibilidade de o Ministério Público participar ativamente da construção das políticas públicas, mediante a participação em órgãos colegiados (como Conselhos de Direitos) e ainda como instituição observadora de deliberações de órgãos públicos em temas relacionados às suas atribuições.

Ao lado da atuação proativa e preventiva, a legislação veio igualmente prever um instrumento de responsabilização pessoal dos agentes públicos em caso de efetiva violação dos direitos sociais ou indisponíveis em jogo: a improbidade administrativa. Com efeito, o Ministério Público possui a atribuição constitucional de tutelar o patrimônio público (CF/1988, art. 129, III). Essa atribuição constitucional legitima-o à titularidade ativa da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.426/1992). Outrossim, a legitimidade infraconstitucional do Ministério Público para a tutela do patrimônio público está disposta na Lei Orgânica do Ministério Público estadual (Lei n. 8.625/1993, art. 25, IV, *b*) e na Lei Complementar n. 75/1993 (art. 6º, VII).

Assim, o inquérito civil é um importante meio para a investigação da prática do ato de improbidade administrativa pelo Ministério Público. Mesmo que a Lei de Improbidade Administrativa não conferisse ao Ministério Público a possibilidade da instauração do inquérito civil nesse domínio, o Ministério Público inevitavelmente poderia utilizar este instrumento, uma vez que a Carta da República assim determina em seu art. 129, inciso II, bem como na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.437/1985) em seu art. 8º, § 1º.

Nesse sentido, asseveram Garcia e Alves (2013, p. 750):

Pelo que se percebe da disciplina constitucional e legal, ação civil pública e inquérito civil são instrumentos que se relacionam com grande intimidade, servindo este último à identificação da hipótese legitimadora do *Parquet*, possibilitando-lhe detectar, em última análise, a existência, ou não, do interesse de agir. Apresentam-se, deste modo, como mecanismos indissociáveis no cumprimento dos misteres constitucionalmente conferidos à Instituição, vocacionados, ambos, à *proteção do patrimônio público e social*. [Grifo no original].

Dessa forma, se verificado no curso do ICP a prática de improbidade administrativa, será possível aviar-se ação civil pública para promover a responsabilização do agente público. A legitimidade do Ministério Público para esta ação está lastreada na função institucional disciplinada no art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Com efeito, a jurisprudência pátria há muito afirma que o ato de improbidade administrativa afeta o interesse coletivo<sup>2</sup>. Nesse sentido, afirmam Garcia e Alves (2013, p. 750):

Se considerarmos que a Lei n. 8.429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesse difuso, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais legitimados, torna-se clara.

Vejamos com mais vagar.

### **3 A atuação do Ministério Público na Lei de Improbidade Administrativa**

A improbidade administrativa surge como mais um instrumento de combate à corrupção. Esta perspectiva de corrupção “indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiro” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 49).

No Brasil, a primeira lei a tratar do combate à improbidade administrativa foi a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei n. 3.164/1957), diploma normativo que veio a lume onze anos após o seu marco constitucional (Carta da República de 1946), tendo como ponto relevante a legitimidade ativa do Ministério Público e de qualquer pessoa do povo, consubstanciando, neste último caso, verdadeira

---

2 Ver: STJ, 1º T., REsp 154128/SC, rel. min. Milton Luiz Pereira, j. 15.5.1998, *DJ* 18 dez. 1998; STJ, S1, REsp 1366721/BA, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão min. Og Fernandes, j. 26.2.2014, *DJe* 19 set. 2014; STJ, S1, REsp 1319515/ES, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão min. Mauro Campbell Marques, j. 22.8.2012, *DJe* 21 set. 2012.

“ação popular de improbidade administrativa” que não foi repetida na atual Lei n. 8.429/1992 (NEVES; OLIVEIRA, 2014, Kindle 502).

Todavia, a improbidade administrativa transcende o tradicional crime de corrupção, abrangendo o conceito de moralidade e probidade administrativa. Há certa divergência doutrinária acerca da diferença de moralidade e probidade. Para Wallace Paiva Martins Júnior, a probidade administrativa é um subprincípio da moralidade, pois aquela “estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito)” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 103). Por sua vez, Garcia e Alves afirmam que o princípio da probidade administrativa é mais amplo do que o da moralidade, porque a probidade vai além dos elementos morais, bem como sua violação acaba englobando a moralidade administrativa (GARCIA; ALVES, 2013, p. 120).

Impende destacar a lição de Di Pietro (2003, p. 657):

[...] quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquele tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente ilegais.

Por fim, há aqueles que asseveram não existir diferenças entre ambos, pois é “desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1089). Para os fins deste artigo, adota-se este último posicionamento, tendo-se em vista que a própria Constituição Federal não buscou diferenciá-los.

O princípio jurídico da moralidade administrativa surge com Maurice Hauriou, com a instalação do Conselho de Estado, na França, após a queda do Regime Francês, tendo como propulsor a análise do elemento móvel do agente público, a fim de evitar o excesso e o desvio de poder pelos agentes do Estado (v. GARCIA; ALVES, 2013, p. 131).

A moral administrativa não se confunde com a moral comum, pois esta é eminentemente volátil e norteada por conceitos filosóficos e sociológicos, sendo “o conjunto de valores comuns entre membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, ou manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo seus deveres consigo [...]” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 127).

Ao contrário, moralidade administrativa, enquanto conceito jurídico derivado da moral comum, possui especial relação com os conceitos de legitimidade política e de finalidade pública, justamente por ser o conjunto de regras retirado da estrutura interna da própria Administração Pública (MOREIRA NETO, 2014, Kindle 4070).

Nesse sentido, afirma Mello (2014, p. 123):

[...] entendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma moral social que traga consigo o menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

Assim, o princípio da moralidade administrativa exige um *plus* em relação à moralidade comum, pois deve observar a disciplina interna da Administração Pública, sendo que as normas desta visam a que o agente público aja com honestidade e com boa-fé. Este conceito de legalidade não é simplesmente formal, mas abrange a efetiva concordância prática com os princípios constitucionais que informam toda a atividade administrativa (legalidade constitucional).

O Ministério Público é legitimado a promover a responsabilização por improbidade administrativa. Nesse sentido, estabelece a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n. 8.426/1992, art. 15 – que é obrigação da autoridade administrativa cientificar o Ministério Público da existência de procedimento administrativo para apuração de ato ímprobo, para que aquele exerça sua função institucional de fiscalização da ordem jurídica. Além deste requerimento pela autoridade administrativa, o Ministério Público poderá

agir de ofício, ou mediante representação (art. 22 da LIA). Ao tomar conhecimento de um ato de improbidade administrativa, o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo, ou ainda diretamente instaurar inquérito civil público para esclarecer os fatos.

Nesse sentido, aduzem Garcia e Alves (2013, p. 745):

[S]endo instrumento posto pelo legislador, com exclusividade, à disposição do *Parquet*, é o inquérito civil um precioso elemento de formação de *opinio actio*, viabilizando, a depender dos resultados alcançados, o exercício da ação civil pública. Por seu intermédio, através de coleta de documentos e de testemunhos, da realização de perícias e de inspeções pessoais etc., busca-se, num primeiro momento, a identificação das hipóteses que, em tese, ao teor do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, legitimam a atuação do Ministério Público, vale dizer, a identificação da existência de lesão ou ameaça a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. [Grifos no original].

A investigação do ato de improbidade administrativa terá como objeto colher provas relacionadas: a) ao sujeito ativo do ato ilícito; b) à espécie de ato praticado e, em caso de dano ao Erário, da extensão deste; e c) ao elemento subjetivo do tipo. A investigação da improbidade administrativa também buscará a cessação da ilegalidade e a reparação do ato ilícito, estando assim relacionada ao paradigma resolutivo do Ministério Público.

## **4 Ministério Público resolutivo e o uso da recomendação**

### **4.1 Visão inicial**

Conforme analisado anteriormente, o novo perfil resolutivo do Ministério Público trouxe-lhe um enorme leque de atribuições, diante da gama de direitos sociais previstos constitucionalmente. Em praticamente todas as áreas de atuação estatal há uma correspondente área de fiscalização pelo Ministério Público: saúde,

educação, segurança pública, trabalho, meio ambiente, proteção de crianças, adolescentes, idosos, deficientes e grupos vulneráveis, seguridade social, assistência social etc. E, para cada uma dessas áreas de atuação, é possível que uma grave violação dos deveres relacionados à legalidade constitucional (que abrange o conjunto de princípios que emolduram a atuação estatal) venha dar ensejo a uma ação de responsabilização no âmbito da improbidade administrativa, especialmente na modalidade de violação dos princípios da Administração Pública (LIA, art. 11).

Sobre o tema, afirma Ávila (2016, p. 502-503):

[H]á uma consolidação da função “resolutiva” do Ministério Público, em promover diretamente (em atuação extrajudicial) entendimentos e gestões tendentes à resolução de problemas, atuando como um relevante “catalizador jurídico” para que o Estado ou outras instituições da sociedade venham aderir ao projeto constitucional de justiça social. Exemplo relevante são os constantes Termos de Ajustamento de Conduta celebrados entre o Ministério Público e instituições públicas ou privadas para assegurar que essas instituições venham aderir ao modelo legal, sob pena de ações concretas de responsabilização pelo Ministério Público, e que acabam tendo um relevante efeito de propulsão de alteração de práticas institucionais.

Esse quadro impõe uma atuação proativa do Ministério Público na fiscalização da concretização das diversas políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, que passa pelo acompanhamento da construção das políticas públicas e pelo monitoramento de sua efetiva implementação e execução. Nessa atividade há um espaço inicial de liberdade do Administrador na escolha das diversas opções de concretização das políticas públicas, especialmente quando a própria lei já indica qual é o mínimo necessário à concretização de um direito fundamental. Havendo diversas possibilidades de concretização de um direito fundamental social, a escolha da “melhor” opção está na liberdade do Administrador, sujeita ao controle político pela sociedade (escolha de um programa político durante as eleições). Na ausência da definição infraconstitucional desse mínimo necessário, os princípios constitucionais abstratos encontram vigência na proi-

bição de proteção insuficiente, enquanto integrante do princípio da proporcionalidade em sua perspectiva de exigência de atuação ativa do Estado na promoção dos direitos fundamentais sociais (dever de proteção)<sup>3</sup>. Trata-se de reconhecer que há um núcleo essencial nos direitos fundamentais que não pode ser suprimido e que já exige coercibilidade imediata, não sendo lícito ao Administrador não permitir nenhuma concretização dos direitos fundamentais sociais.

Mesmo no campo do controle político, onde há efetivamente um espaço de liberdade de escolha ao Administrador, entende-se que ainda aí há um espaço importante para a atuação fiscalizatória do Ministério Público, na qualidade de promotor qualificado do debate democrático. Nesse sentido, não pode o Ministério Público determinar de forma cogente que uma determinada linha política deve ser necessariamente seguida. No entanto, pode analisar qual tem sido a linha política seguida pelo Executivo para a concretização dos direitos sociais, quais são as evidências dos estudos sobre a efetividade dessas políticas e as melhores práticas recomendadas para o aperfeiçoamento da atuação Executiva. Essa função de análise da efetividade das políticas públicas está respaldada pela previsão legal de elaboração de relatórios anuais e periódicos sobre a atividade de fiscalização realizada pelo Ministério Público (Lei n. 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV), típica da função de *Ombudsman*. Esses relatórios deveriam ser antecedidos de amplo debate democrático, tendo como instrumento relevante as audiências públicas. Ainda que não possam num primeiro momento exigir que determinada política seja executada de determinada forma, os relatórios do Ministério Público serão mais um elemento de informação no mais amplo debate democrático sobre as políticas públicas, tornando-se, na expressão de Habermas, mais um dos canais de institucionalização de formas procedimentais de participação discursiva na formação das políticas públicas (HABERMAS, 1997, p. 182).

Assim, não se veem problemas em o Ministério Público expedir recomendações que visem à melhoria dos serviços públicos, conforme

---

3 Discutindo os limites do dever de proteção dos direitos fundamentais, especificamente no âmbito da segurança pública, ver Ávila (2014).



expressamente prevê a primeira hipótese indicada no art. 6º, inciso XX, da LC n. 75/1993, ainda que essa melhoria não seja imediatamente judicializável por meio de uma ação civil pública respectiva, diante da inexistência de norma legal que preveja especificamente que a alternativa indicada pelo Ministério Público é a única juridicamente aceitável. Nesse caso, apesar de haver diversas opções políticas a princípio abertas ao Administrador, um dos interlocutores do debate democrático, o Ministério Público, está a apontar, de forma fundamentada, que uma das alternativas é a mais eficiente de todas, e tal manifestação se incluirá num debate democrático mais amplo sobre as opções administrativas possíveis. O uso ético desta possível modalidade de recomendação há de residir em explicitação de seu caráter não imediatamente coercitivo, não sendo ético seu uso acompanhado de “ameaça” de pronta responsabilização por não atendimento da recomendação que visa tão somente à melhoria dos serviços públicos, ainda que sem base normativa cogente para a judicialização. Eventual responsabilização aqui, na seara de escolha de uma das diversas opções de concretização das políticas públicas relativas aos direitos sociais, ocorreria com a análise, *a posteriori*, da gravidade dos erros do Administrador, certamente qualificada pela oportuna expedição das recomendações do Ministério Público<sup>4</sup>. Obviamente, se já estiver documentado que a opção administrativa em curso é claramente ineficiente, então haverá imediatamente uma violação ao princípio da eficiência, a ensejar tutela judicial para a anulação desta opção inconstitucional. Escolhas administrativas claramente ineficientes violam o princípio da proporcionalidade, em sua modalidade “adequação”.

---

4 Não se procura aqui retirar a força normativa da recomendação para as situações de violações de direitos já configuradas (como se verá adiante), mas ampliar a tradicional atuação reativa do Ministério Público para uma atuação proativa e de viés preventivo, igualmente compatibilizando essa atuação com a não invasão da esfera de liberdade do Administrador para a escolha entre as diversas opções de concretização de políticas públicas dos direitos sociais. Essa atuação de “fiscalização de contribuição” não é totalmente nova, pois quando o Ministério Público participa do acompanhamento da construção de políticas públicas, por exemplo, mediante sua participação em órgãos colegiados estatais de defesa de direitos (v. LC n. 75/1993, art. 6º, § 2º), igualmente sua atuação não será imediatamente cogente, mas tão somente uma das contribuições à formação da decisão final.

Nessa atuação extrajudicial de fiscalização, é possível que o Ministério Público depare com violações de disposições normativas expressas já consumadas. Nessa situação, será cabível a celebração de termo de ajustamento de conduta, visando a reparar os direitos violados. Todavia, também é possível que o Ministério Público esteja acompanhando uma política pública e vislumbre uma possível situação de iminente violação de direitos; ou ainda que haja uma situação controvertida que está ensejando violações de direitos e, por se prolongar no tempo, é necessário advertir o Administrador de que a continuidade da situação ilegal poderá ensejar sua responsabilização. É possível, ainda, que em outras situações, quando não haja balizas legais estritas determinando como um direito fundamental deveria ser realizado, haja uma situação de concretização não ideal do direito, de forma que isoladamente uma microviolação não ensejaria, em tese, responsabilização do Administrador, por estar aparentemente na esfera de liberdade de concretização do direito fundamental; todavia, a iminente repetição em massa das microviolações e suas consequências para o sistema de proteção de direitos fundamentais ensejaria uma acumulação a adquirir relevância jurídica a ponto de configurar violação ao mínimo existencial desse direito.

Nessas situações, a recomendação mostra-se como relevante instrumento de diálogo interinstitucional, no sentido de clarear a posição do Ministério Público sobre uma situação potencialmente controvertida e indicar de forma expressa qual é a postura jurídica esperada pelo Ministério Público como lícita.

Apesar de não constar expressamente no texto constitucional, o instrumento da recomendação igualmente provém da Constituição da República, tendo em vista que a partir desta as funções institucionais do Ministério Público foram substancialmente aumentadas para incorporar a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais homogêneos e, ainda, zelar pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância social.

No plano infraconstitucional, a recomendação está disciplinada no inciso XX do art. 6º da Lei Complementar n. 75/1993, que se

aplica aos estados por força do art. 80 da Lei n. 8.625/1993, e no art. 15 da Resolução n. 23/2007 do CNMP, como instrumento competente para o Ministério Público cumprir com suas funções de supervisão e observância da ordem jurídica pelos agentes públicos. Há ainda uma previsão genérica do instituto no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993, sem disciplina específica.

Essa atribuição do Ministério Público possui paralelo no Direito estrangeiro com a figura de origem sueca do *Ombudsman*, a quem compete “supervisionar a observância da ordem jurídica pelos agentes públicos” (GARCIA, 2014, p. 563), ou seja, cabe a este receber as denúncias de irregularidades ligadas ao Poder Público, realizar as diligências que se fizerem necessárias, a fim de esclarecer a veracidade dos fatos, bem como buscar judicialmente a responsabilização dos agentes públicos.

Corroborando este entendimento, Rodrigues (2012, p. 57) afirma:

A recomendação legal é, pois, um dos instrumentos típicos de atuação do *Ombudsman*, conferida pelo constituinte ao Ministério Público, e consiste numa tomada de postura da instituição em favor da adequação da prestação de um serviço público, ou da implementação de uma política pública ou da observância de condutas mais consentâneas pelos particulares ou pelo Poder Público com a efetivação de determinados direitos dos cidadãos. Sua autoridade reside na autoridade constitucional da função de *Ombudsman* e, embora lhe falte eficácia impositiva em decorrência de sua lógica intrínseca e pela dificuldade de o Ministério Público impor condutas unilateralmente sem recorrer ao Poder Judiciário, estabelece para o destinatário o dever de justificar seu não atendimento [...].

Assim, apesar da ausência expressa da figura da recomendação na Carta da República, há de se reconhecer sua decorrência lógica das atribuições do *Parquet*, enquanto um dos poderes implícitos da instituição. Nesse sentido, afirma Miranda (2013, p. 493):

[...] de que adiantaria a Constituição da República dotar o Ministério Público de seu atual perfil de defensor do Estado Democrático de Direito, se não lhe proporcionasse os meios – mormente os mais céleres – para atingi-los? A previsão constitucional

(art. 129, II – CF/88) de atribuição de *Ombudsman* (defensor do povo) ao Ministério Público não deixa dúvida quanto ao amparo implícito do texto constitucional ao instituto da recomendação, que é, historicamente, um dos principais instrumentos utilizados pelo *Ombudsman* no Direito Escandinavo, onde nasceu tal figura.

E conclui Miranda (2013, p. 496):

Busca-se, com a recomendação, a escorreita prestação dos serviços públicos ou de relevância pública, bem como o respeito a direitos e bens pelos quais tem incumbência de velar o membro do Ministério Público, o que evidencia uma ampla possibilidade de se utilizar o instituto, na medida que é enorme a gama de direitos sociais e individuais indisponíveis protegidos em nosso país e que, portanto, encontram-se sujeitos à fiscalização ministerial.

Portanto, a recomendação é um ato administrativo à disposição do Ministério Público, a fim de facilitar que este cumpra com suas funções institucionais de fiscalização da ordem jurídica, exarado de forma unilateral, não tendo natureza de título executivo extrajudicial, bem como não possuindo característica de ato jurisdicional.

Em regra, a recomendação é expedida em procedimento administrativo ou inquérito civil, o que permite a constatação de que a natureza jurídica da recomendação é de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos. Esta tem sido a posição da doutrina<sup>5</sup> e da jurisprudência<sup>6</sup>.

---

5 Ver por todos Miranda (2013, p. 499).

6 “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, OBJETIVANDO A CIENTIFICAÇÃO ACERCA DE OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AO REQUERIDO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, I C/C ART. 295, INC. III, AMBOS DO CPC. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [omissis] 6 - Instrumentalidade do procedimento positivado no art. 867 que se vincula, eminentemente, às relações jurídicas entre partes posicionadas no mesmo plano horizontal de igualdade. De forma antagônica, a notificação recomendatória possui natureza de ato administrativo enunciativo, como reflexo do poder de império imanente à atuação extrajudicial do Ministério Público, enquanto ente estatal. 7 - Recomendação emitida diretamente pelo ‘Parquet’ que mostra-se ser medida mais célere, eficaz e de menor custo, em relação ao ajuizamento de uma demanda, para o mesmo fim, por intermédio do

Após a expedição da recomendação ou celebração do termo de ajustamento de conduta, será necessário um procedimento de acompanhamento do acatamento da recomendação ou cumprimento do acordado no TAC. Nesse sentido:

[...] acompanhar a implementação das recomendações abrange esclarecer se elas foram implementadas, ou seja, prosseguir na investigação dos eventuais desvios decorrentes da sua não implementação, especialmente no âmbito de um Inquérito Civil Público. Caso não haja cumprimento das recomendações, o Ministério Público deve providenciar a responsabilização cabível ou o ajuizamento da ação civil pública pertinente, sob pena de esvaziamento desse instituto processual. (ÁVILA, 2016, p. 609).

#### 4.2 Distinção entre a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto somente versava sobre os tutelados pelo diploma normativo. Posteriormente,

---

Poder Judiciário. [omissis] (PROCESSO: 00004853020124058204, AC543944/PB, DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA), Terceira Turma, JULGAMENTO: 25.4.2013, PUBLICAÇÃO: DJE 21 maio 2013 - Página 272).

MANDADO DE SEGURANÇA. RECOMENDAÇÃO EXARADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A não intervenção do Ministério Público Federal em 1ª instância como custos legis, muito embora se consubstancie em irregularidade, não enseja a anulação da sentença, se não ficou evidenciado prejuízo. Na hipótese, o ato inquinado de ilegal foi praticado por Procuradora da República, que apelou da sentença concessiva de segurança. Em segundo grau, o Representante do Ministério Público Federal no Tribunal exarou parecer. A irregularidade advinda do fato de o Ministério Público Federal não ter exarado parecer em 1º grau restou sanada, portanto. 2. Recomendação expedida pelo Ministério Público, com fundamento no art. 6º, XX, da Lei Complementar 75/93, é ato enunciativo de efeito concreto, com poder coercitivo sobre seus destinatários, passível portanto de ser impugnada por mandado de segurança. 3. Na hipótese, a recomendação impugnada violou o direito à livre associação sindical, previsto no art. 8º, I, da Constituição Federal. 4. Apelação e remessa a que se nega provimento (AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 37026 – Processo 200002010556481. UF: RJ. Órgão Julgador: Primeira Turma - Data da decisão: 30.9.2002 – rel. juíza Simone Schreiber).”

o Código de Defesa do Consumidor acresceu o § 6º ao art. 5º da LACP (Lei n. 7.347/1985), fortalecendo esse instrumento de atuação extrajudicial no âmbito da tutela coletiva.

A primeira distinção da recomendação e do compromisso de ajustamento de conduta é a legitimidade; pois, enquanto naquela somente o Ministério Público tem legitimidade para sua expedição, neste todos os órgãos públicos poderão tomar do interessado compromisso de ajustamento de sua conduta (LACP, art. 5º, § 6º).

A segunda distinção é a natureza jurídica, uma vez que, enquanto na recomendação a doutrina majoritária é de que esta é ato administrativo, no compromisso de ajustamento de conduta há quem entenda ser ato jurídico unilateral (CARVALHO FILHO, 2009, p. 222), quem entenda ser uma espécie de acordo (AKAOUI, 2008, p. 70) e, por fim, quem entenda ser ato administrativo negocial (MAZZILLI, 2009, p. 408).

A terceira distinção é a possibilidade de no compromisso de ajustamento de conduta o Poder Público fixar multa diária, o que não poderá ser feito na recomendação, tendo-se em vista ser um ato unilateral.

A quarta distinção é que a recomendação tem caráter preventivo, pois, caso o agente público corrija sua postura após o recebimento da recomendação, não haverá a necessidade de outras providências; por sua vez, o compromisso de ajustamento de conduta tem caráter repressivo, haja vista que será manejado pelo Ministério Público/Poder Público após a constatação do dano causado pelo compromitente.

Por fim, o compromisso de ajustamento de conduta possui força de título executivo extrajudicial, não tendo a recomendação a mesma força executiva. Assim, descumprida a recomendação, deverá o Ministério Público promover a responsabilização do agente e/ou ainda manejar a competente ação civil pública para determinar a correção da ilegalidade.

Por não ter efeitos coercitivos imediatos, trata-se de um instrumento de comunicação da posição unilateral do Ministério Público, assemelhando-se a uma notificação, com a finalidade de

promover a adequação de determinada situação, comportamento ou conduta que esteja em descompasso com o determinado pela ordem jurídica. Na prática, acaba tendo o efeito de meio alternativo de resolução de conflitos.

A recomendação, apesar da denominação, não poderá ser vista como simples sugestão, conselho ou forma de persuasão sem força cogente. Nas hipóteses de ilegalidades e violações de direitos, já há um ilícito concretizado a ensejar responsabilização. Ainda que a recomendação não seja condição de procedibilidade da futura responsabilização, o recebimento da recomendação e seu não atendimento fortalece a prova do dolo do agente e abre a via da responsabilização penal, civil e administrativa, sem prejuízo das medidas judiciais para a correção do ato ilegal.

Vale ressaltar que não é cabível transação sobre a responsabilização decorrente de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, LIA)<sup>7</sup>.

## **5 A possibilidade de a recomendação ser utilizada como instrumento para fixação do dolo na ação civil pública por improbidade administrativa**

### **5.1 A teoria**

Conforme demonstrado em linhas pretéritas, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social (CF, art. 129, inc. III). Com lastro nesta função, cabe ao *Parquet*, quando tomar ciência da prática de ato de improbidade administrativa, utilizar dos meios postos à sua disposição e tomar as providências adequadas para a correção da conduta ilícita, sendo possível a instauração do inquérito civil.

---

7 A Medida Provisória n. 703, de 18.12.2015, suspendeu a vigência do referido dispositivo, todavia teve sua própria vigência encerrada no dia 29.5.2016, de sorte que o dispositivo original, que proibia acordos em casos de improbidade administrativa, voltou a ter vigência.

A instauração do inquérito civil é um passo para a propositura da ação civil por ato de improbidade administrativa, uma vez que visa colher provas, por intermédio da expedição de notificações, requisições e recomendação para a propositura de uma futura ação civil pública de improbidade administrativa. No bojo deste procedimento inquisitivo será possível a expedição de recomendação. Apesar de a prévia recomendação não ser condição de procedibilidade da ação civil pública, este é um instrumento relevante de fortalecimento da atuação extrajudicial do Ministério Público, especialmente quando o ato ilegal ainda não se consumou (atuação preventiva), ou ainda está numa possível situação controvertida, de sorte que o não atendimento da recomendação explicitaria o elemento subjetivo do ilícito.

Com efeito, com o passar dos anos, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não há previsão de responsabilidade civil objetiva no âmbito da improbidade administrativa, de sorte que, “para ser reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo”<sup>8</sup>.

O conceito de dolo da ação de improbidade administrativa é extraído das Ciências Penais, sendo determinado como “a vontade consciente de realizar um crime [...], também definido como saber e querer em relação às circunstâncias do fato do tipo legal” (SANTOS, 2006, p. 132).

No mesmo sentido, afirma Bitencourt (2015, p. 355) que o “dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Wezel, ‘dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito’”. Do conceito de dolo percebemos dois elementos integrantes: elemento intelectual (consciência) e elemento volitivo (vontade).

---

<sup>8</sup> STJ, 2T, AgRg no AResp 435657-SP, rel. min. Humberto Martins, j. 15.5.2014, *DJe* 22 maio 2014. Ver ainda: STJ, 1T, AgRg no Resp 1190403-MG, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 7.6.2016, *DJe* 23 jun. 2016; STJ, 2T, AgRg no Resp 210361-PE, rel. min. Herman Benjamin, j. 17.5.2016, *DJe* 1º jun. 2016; e TJDFT, 2T, APC 2090111241564, rel. des. Sérgio Rocha, rel. designado des. João Egmont, j. 24.2.2016, *DJe* 15 mar. 2016.



O elemento intelectual é a consciência do preenchimento dos requisitos objetivos do ato de improbidade administrativa, ou seja, o agente tem o entendimento de que com sua conduta viola o bem juridicamente tutelado pelo legislador. Esclarecendo o sentido deste elemento, assevera Busato (2013, p. 413):

É óbvio, porém, que não se exige para o dolo um conhecimento absoluto ou exato dos elementos componentes do tipo de ação ou omissão. Por exemplo: não é necessário que se saiba a quem pertence a coisa furtada, basta somente que se saiba que é alheia. Fala-se, no caso, na exigência de uma valoração paralela na esfera do leigo, ou seja, o sujeito deve ter um conhecimento aproximado da significação social ou jurídica de tais elementos, pois do contrário apenas os juristas seriam capazes de atuar dolosamente.

Por sua vez, o elemento volitivo é a vontade de realizar o ato ímprobo que conduz à violação do objeto tutelado, pois “a primeira questão a colocar é o fato de que quem atua com dolo atua com o compromisso para com a realização do resultado, ou seja, com um querer dirigido à produção do resultado, já que quem quer, quer algo” (BUSATO, 2013, p. 414). Logo, para ficar caracterizada a prática do ato ímprobo, deverá ser demonstrado ao menos o dolo genérico de violar o disposto na Lei n. 8.429/1992. Seria possível questionar se a configuração do dolo na improbidade administrativa demandaria o mesmo nível de rigor usualmente exigido no âmbito criminal, haja vista a existência de um conjunto de deveres de cuidado (e precaução) próprios das autoridades administrativas, todavia tal análise transcenderia os limites estritos do presente estudo.

O outro elemento subjetivo é a culpa, sendo esta verificada quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência é a conduta comissiva, marcada por um descuido ou falta de cautela por parte do agente.

Impende salientar que o dolo é elemento subjetivo que poderá ser demonstrado nas três espécies de ato de improbidade administrativa, ou seja, no caso de enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao Erário (art. 10) e violação aos princípios da Administração Pública (art. 11). No entanto, conforme entendimento jurisprudencial, a

culpa poderá ser demonstrada somente no caso de dano ao Erário, pois somente neste caso o legislador possibilitou a responsabilização a título de ação culposa<sup>9</sup>.

Assim, sendo o agente público cientificado pelo Ministério Público, por intermédio da recomendação, de que seu comportamento está em desconformidade com a Lei e, em sequência, se negando a cumprir o recomendado, o agente demonstra ter consciência da ilicitude de sua conduta e vontade de violar a norma jurídica, estando formalmente explicitado seu dolo, havendo a subsunção de sua conduta à norma (LIA).

Essa possível finalidade da recomendação de comprovação documental do dolo tem sido recorrentemente destacada pela doutrina. Nesse sentido, afirma Brasil (2014, p. 114-115):

Como é evidente, a não-adoção das providências indicadas na recomendação, por parte do destinatário, ensejará, em regra, a propositura da ação civil pública prevista na Lei n.º 8.429/1992. Cumpre, portanto, esclarecer as exatas conseqüências do descumprimento do instituto, destacando o que possa reforçar a pretensão do Ministério Público à obtenção das medidas sugeridas. [...]

---

9 “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. PRODUÇÃO DE PROVAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [omissis] 4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [omissis] (STJ, AgRg no AREsp 798.434/SP, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. em 19.4.2016, *DJe* 25 maio 2016).”

Destarte, um efeito direto dessa força moral e política é proporcionar a comprovação documental da ausência de boa-fé da pessoa ou ente destinatário que, mesmo tendo recebido a recomendação, continuou a proceder ilicitamente. Nesse passo, o instituto assemelha-se à notificação: uma vez comunicado do conteúdo da recomendação, não poderá o destinatário escudar sua conduta no desconhecimento prático de suas consequências – ou seja, não poderá invocar a boa-fé em seu comportamento. Esse efeito comunicativo é comum a todos os modos de recomendação.

Corroborando este entendimento, Garcia (2014, p. 555-556) afirma:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação dos elementos anímicos que direcionaram o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação dos princípios da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará demonstrado.

Posto isto, fica demonstrado que, expedida a recomendação e restando esta descumprida pelo agente público, o dolo da improbidade administrativa, ou seja, o saber e querer praticar o ato ímprobo estará devidamente comprovado, de forma que o procedimento no qual foi expedida a recomendação poderá validamente lastrear o acervo probatório que sustenta a posterior ação civil pública de responsabilização.

## 5.2 A casuística

Como exemplificação da teoria supraindicada, serão analisados dois casos em que houve expedição de recomendação pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com possível efeito de individualização do dolo para futura ação de improbidade administrativa, e um caso em que não houve tal utilização.

No primeiro caso, no dia 23 de setembro de 2016, o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP) e a Procuradoria Distrital dos Direitos do Cidadão (PDDC) expediram a Recomendação Conjunta n. 2/2016, endereçada ao governador do Distrito Federal, ao diretor-geral da Polícia Civil do Distrito Federal e ao diretor do Departamento de Polícia Circunscricional da Polícia Civil do Distrito Federal, com a finalidade de revogarem a Ordem de Serviço n. 46/2016, expedida pelo diretor de departamento da Polícia Circunscricional, a qual cedia diversos policiais para trabalharem em outros órgãos públicos, por conveniência e liberalidade administrativa. Ficou documentado no procedimento instaurado que, após a expedição da referida ordem de serviço, houve a suspensão do atendimento ao público e registro de ocorrências policiais não flagranciais em regime de plantão em diversas delegacias de Polícia, atividades que passaram a ficar a cargo de apenas nove centrais de flagrante em todo o DF. A recomendação indicou que a liberação de servidores públicos por mera liberalidade deveria atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição Federal de 1988); todavia, no caso concreto, o fechamento do plantão de diversas unidades policiais para permitir a liberação de policiais para fora da Polícia estaria causando transtornos à população e seria contraditório com tais princípios administrativos. A recomendação afirmou: “o descontrole administrativo destas ações de alocação de pessoal tem ocasionado deficiência destes servidores – Delegados de Polícia e Agentes de Polícia – na principal atividade da Polícia Civil de atendimento à população nas Delegacias de Polícia Circunscricionais”. Com essas considerações, recomendaram-se, no prazo de 10 dias, a revogação da Ordem de Serviço que cedia policiais a outros órgãos do Executivo e a realização de adequação da alocação de policiais nas estruturas da Polícia Civil do DF, com a finalidade de se restabelecer o pleno funcionamento das Delegacias de Polícia Circunscricionais em regime de plantão.

Neste caso, apesar de a recomendação não ter feito menção expressa a eventual improbidade administrativa, houve a indicação clara de uma determinada conduta praticada pelo diretor de departamento da Polícia Circunscricional, e a seguinte omissão de controle

hierárquico pelo diretor-geral da Polícia Civil e pelo próprio governador do Distrito Federal, o que viola os princípios da Administração Pública ao não permitir uma boa prestação dos serviços. Portanto, a violação dos princípios da Administração Pública poderia, se persistisse a situação, configurar eventual improbidade administrativa, na modalidade do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. Vale ressaltar que a Resolução n. 20/2007 do CNMP disciplina que a repercussão na área civil, na execução da atividade do controle externo, é justamente a possibilidade de protocolizar ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa, nos casos em que o ordenamento jurídico e as recomendações não são observadas (art. 4º, § 3º)<sup>10</sup>. Também há precedentes jurisprudenciais admitindo a responsabilização por improbidade administrativa de autoridades policiais, no âmbito do exercício do controle externo da atividade policial<sup>11</sup>.

Assim, não poderia posteriormente o diretor-geral da Polícia Civil alegar que não tinha conhecimento de que a liberação de policiais estaria causando sérios transtornos ao bom funcionamento das demais unidades policiais, pois o fato lhe fora formalmente comunicado pelo Ministério Público, com a recomendação individualizada das medidas que deveriam ser adotadas para a solução do problema e que efetivamente estavam ao seu alcance. Ademais, o exemplo indica uma situação que se prolonga no tempo, já que, enquanto os policiais estiverem cedidos indevidamente, permanecerá diminuída a capacidade laborativa da instituição policial, de sorte que igualmente há especial interesse do Ministério Público

---

10 “Art. 4º [...] § 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição. (Redação dada pela Resolução nº 65, de 26 de janeiro de 2011).”

11 Ver: TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20.10.2011; TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20.10.2011; TJRS, 2ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042394650, rel. des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, j. 22.6.2011.

em resolver isso o mais rápido possível, o que recomenda a auto-composição extrajudicial mediante o instituto da recomendação.

No segundo caso, o governador do Distrito Federal nomeou sua mãe e filha para exercerem cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo do Distrito Federal. A 5ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social instaurou o Inquérito Civil Público n. 08190.064722/14-10, no qual ficou comprovada a prática de nepotismo, tendo então expedido a Recomendação n. 17/2014, onde informou expressamente ao então governador, Agnelo Queiroz, a situação de nepotismo, bem como recomendou-lhe a exoneração de, ao menos, uma das servidoras envolvidas. No entanto, a recomendação não foi atendida, sendo mantida a nomeação das suas familiares, em evidente violação do Enunciado Sumular Vinculante n. 13 do STF. Diante dessa situação, o não atendimento da recomendação explicitou de forma inquestionável o dolo do governador na improbidade, pelo que após seis meses foi ajuizada Ação Civil Pública de Responsabilização por Ato de Improbidade Administrativa, para aplicação das sanções do art. 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/1992). Curiosamente neste caso a defesa do governador na ação foi que ele não tinha conhecimento de que a mãe e filha foram nomeadas para os cargos; obviamente, esta defesa não poderá ser aceita, pois a expedição da recomendação e a omissão de seis meses em tomar providências deixam explícito e inquestionável o dolo sobre a situação ímproba de nepotismo<sup>12</sup>.

---

12 No dia 15 de dezembro de 2014, foi protocolizada ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, em desfavor de Agnelo Queiroz, Lânia Maria Alves e Stefânia Alves Pinheiro, sob o n. 2014.01.1.196733-0. Em 16 de novembro de 2016, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, e o réu Agnelo Santos Queiroz Filho foi condenado pela prática de ato de improbidade administrativa capitulado no artigo 11, I, da Lei n. 8.429/1992, o que o sujeitou à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de três anos, ao pagamento multa no valor de duas vezes a remuneração então percebida e à proibição de contratar com o Poder Público ou creditício, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos, conforme o art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992. No dia 13 de março de 2017, o réu Agnelo Queiroz protocolou recurso de apelação, distribuído para a 2ª Turma Cível, tendo como relatora a Desª. Sandra Reves Vasques Tonussi. Em

Noutro giro, apesar dos exemplos antes indicados, impende salientar que a recomendação não pode ser considerada como pré-requisito necessário para a configuração do ato ímprobo, mas, sim, um instrumento relevante e facilitador da comprovação do dolo posto à disposição do Ministério Público, pois tal instrumento tem uma alta carga probatória (impossibilidade de posteriormente se alegar desconhecimento da situação).

Foi o que ocorreu no âmbito da ACP n. 2015.01.1.130851-7, ajuizada pelo Ministério Público em desfavor do deputado distrital Christianno Araújo e de Ana Lúcia Pereira de Melo. Após notícias veiculadas pela imprensa, ficou documentado que o deputado distrital nomeou a esposa de seu tio para trabalhar diretamente em seu gabinete. Por se tratar de parente por afinidade de terceiro grau, diretamente vinculada à autoridade pública, inexistente qualquer possível dúvida a justificar a necessidade de prévia documentação do dolo mediante expedição de recomendação<sup>13</sup>.

Ademais, considerar a recomendação como um pré-requisito obrigatório para a configuração do ato de improbidade seria diminuir o alcance da Lei n. 8.429/1992, haja vista que tal interpretação restringiria os legitimados ativos para a propositura da ação de improbidade administrativa, uma vez que a recomendação somente está à disposição do Ministério Público, diante de sua função de *Ombudsman*.

---

22 de maio de 2017, o recurso de apelação não foi conhecido, ante sua extemporaneidade. No fechamento da redação deste artigo, o processo ainda estava pendente de trânsito em julgado.

13 No dia 17 de novembro de 2015, foi protocolizada ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, em desfavor de Christianno Nogueira Araújo e Ana Lúcia Pereira de Melo, sob o n. 2015.01.1.130851-7. No dia 24 de abril de 2017, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, e os réus condenados a ressarcir integralmente o dano que causaram – o qual deverá ser calculado em liquidação de sentença –, bem como ao pagamento de multa civil no valor do dano causado, à perda da função pública, caso ainda exercida, e à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos. No fechamento da redação deste artigo o processo estava pendente de apreciação de embargos de declaração contra a sentença, opostos pelos réus no dia 2 de maio de 2017.

Assim, se a situação de improbidade já está claramente configurada, será possível imediatamente ajuizar-se a ação de improbidade administrativa, sendo desnecessária a prévia recomendação. Todavia, se a situação é possivelmente dúbia, a expedição da recomendação tornará certa a ciência do fato e, persistindo a ilicitude sem pronta correção, clareará a vontade de praticar o ato, facilitando sobremaneira a prova do dolo em juízo. Igualmente, caso se trate de condição que se prolonga no tempo, a recomendação, enquanto instrumento de atuação extrajudicial, terá especial utilidade para fazer cessar imediatamente o ilícito.

## **6 Considerações finais**

A Carta Constitucional concedeu ao Ministério Público o papel de fiscal dos direitos sociais, equiparando-se tal atuação à figura nórdica do *Ombudsman*. Além de a Constituição Federal prever a figura do inquérito civil público, posterior legislação infraconstitucional reforçou a atuação extrajudicial do Ministério Público, com instrumentos como termo de ajustamento de conduta, recomendação, relatórios periódicos e audiências públicas.

O Constituinte elencou como princípio constitucional a moralidade/probidade administrativa, sendo o Ministério Público um dos legitimados para promoção da responsabilização decorrente da improbidade administrativa, bem como da reparação do dano causado à Administração Pública. A promoção desta reparação decorre de a probidade administrativa configurar um interesse público primário.

O Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de evitar a responsabilidade objetiva dos sujeitos ativos do ato de improbidade, pacificou o entendimento de ser necessária a demonstração do dolo ou da culpa para a configuração da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992).

Nesse contexto, a recomendação apresenta-se como instrumento útil à demonstração do dolo do sujeito ativo do ato ímprobo, pois, diante da notícia de que o agente público está exercendo um comportamento ilícito, o órgão ministerial poderá utilizar tal instru-



mento para admoestar este, a fim de corrigir o comportamento considerado ilícito. Este artigo defende a possibilidade de utilização da recomendação sem caráter imediatamente coercitivo, na hipótese de indicação de “melhorias nos serviços públicos” cujo não acatamento não acarrete imediatamente uma ilegalidade, de forma a fortalecer a atuação do Ministério Público como mais um dos canais de institucionalização de formas procedimentais de participação discursiva na formação das políticas públicas (HABERMAS, 1997).

No caso de ilegalidades na iminência de serem praticadas ou já praticadas, mas que necessitem de cessação imediata, a notificação da recomendação comprova a ciência do ilícito, e a omissão injustificada em tomar as providências cabíveis comprova a vontade de praticar (ou de continuar praticando) o ilícito. Este instrumento possui especial relevância quando a ilegalidade está em vias de ser praticada (atuação preventiva), ou ainda quando há um quadro de possível controvérsia jurídica que poderia trazer eventuais dúvidas sobre o dolo do agente.

Nessa perspectiva, caso seja atendida, a recomendação será um instrumento de autocomposição extrajudicial do Ministério Público e, caso não seja atendida, será relevante instrumento preparatório de documentação do dolo do agente para a posterior responsabilização por improbidade administrativa. Apesar de não ser um instrumento obrigatório antes do ajuizamento da ação civil pública de responsabilização por improbidade administrativa, a casuística analisada indicou que a recomendação se mostra como relevante estratégia de intervenção extrajudicial do Ministério Público.

## Referências

AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta*. Ambiental. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. *Revista Jurídica*, Bebedouro-SP,

UniFafibe, a. II, n. 1, mar. 2010. Também disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landoufo. *Interesses difusos e coletivos*. Esquematizado. 3. ed. São Paulo: Gen/Método, 2013.

ARAÚJO JÚNIOR, Ronaldo Jorge. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. *Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal - Texto para discussão n. 186*, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, v. 4, p. 159-189, 2014.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 52, p. 103-120, 2014. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273861356.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273861356.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei 7.347/1985)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuição e regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOULART, Marcelo. Ministério Público resolutivo. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartataforense.com.br/conteudo/entrevistas/ministerio-publico-resolutivo/16918>>. Acesso em: 30 set. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição Kindle.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Edição Kindle.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Limites da utilização de ameaças de responsabilização pessoal em recomendações feitas por membros do Ministério Público. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, v. 8, n. 31, p. 45-72, jul./set. 2012.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo: um novo perfil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 20, n. 4.240, 9 fev. 2015.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30584>>. Acesso em: 30 set. 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICP; Lumen Juris, 2006.



# Direito Penal e Processo Penal





# O Direito Registral e o combate ao estelionato previdenciário

Túlio Fávaro Beggiato

Procurador da República. Pós-graduando em Direito pela Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-graduando em Direito pela UNIDERP.

**Resumo:** O atual panorama nacional de numerosos casos relacionados à prática delitiva de estelionato previdenciário, que totalizam vultosas quantias em prejuízos à Previdência Social, especialmente diante do descumprimento, inexactidão ou retardo na comunicação de óbito ao INSS por diversos Oficinas de Registro Civil das Pessoas Naturais, exige a atuação mais efetiva e criativa dos órgãos envolvidos. No referido contexto, acentua-se a necessidade de atuar preventivamente na melhoria desse sistema de comunicação, como, por exemplo, pela formulação de normativas infralegais mais adequadas, especialmente em tempos de informatização, além de se criar e recrudescer mecanismos de fiscalização de maneira que o sistema de registros públicos possa, de fato, exercer sua nobre dimensão social.

**Palavras-chave:** Estelionato previdenciário. Comunicação de óbito. Regulação. Eficiência. Fiscalização.

**Abstract:** The current national scene of numerous cases related to illegal activities of pension embezzlement, that totalizes a considerable amount in damages to social security, mainly in light of the breach, inaccuracy or delay in death communication to the social security by several Civil Registry of Individuals Offices, requires more effective and creative work of the agencies involved. In this context, increases the need to act preventively to improve this communication system, as, for example, by the formulation of more appropriate infralegal regulations, mostly in technological era, in addition to create and intensify supervision's mechanisms, so the registry system can, in fact, exercise its noble social dimension.

**Keywords:** Larceny pension. Death communication. Regulation. Efficiency. Supervision.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O estelionato previdenciário. 3 Breve panorama nacional. 4 A obrigação legal de comunicação do óbito e o princípio da eficiência. 5 O não cabimento da responsabilidade civil. 6 A necessária atuação dos envolvidos. 7 Considerações finais.

## 1 Introdução

O elevado número de estelionatos previdenciários praticados em todo o território nacional, com a consequente dilapidação do patrimônio público em notório prejuízo à Previdência Social, é um problema que não tem sido bem resolvido pelo Direito Penal.

A necessidade do envolvimento de outros ramos do Direito, de outros órgãos e de uma nova perspectiva pode alterar o referido cenário. Como consequência, a contenção desses prejuízos poderia, eventualmente, evitar eventuais reformas com a supressão ou limitação de direitos sociais já conquistados. De outro lado, haveria, ainda, a racionalização na atividade dos órgãos de justiça, com economia e melhor atendimento ao interesse público.

Nessa ordem de ideias, mostra-se importante analisar a obrigação do Registrador Civil de Pessoas Naturais de comunicar os óbitos registrados ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o que, por vezes, evita o pagamento de benefícios previdenciários indevidos após a morte do segurado. Assim, é importante verificar a proporcionalidade do prazo legal de comunicação, em comparação com outros prazos análogos estipulados pelo ordenamento jurídico, bem como a necessidade de norma legal, em sentido estrito, para a sua alteração. Notadamente, a mudança a ser efetivada na sistemática de comunicações envolve discussão sobre a hierarquia das normas e a função das Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos estados.

Ademais, é imprescindível delinear a atuação dos Registradores Civis de Pessoas Naturais, das Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos estados, do Conselho Nacional de Justiça e, por fim, do Ministério Público Federal, de maneira que esses órgãos, juntos,

reduzam o número de estelionatos previdenciários praticados por todo o País em uma atuação preventiva.

## 2 O estelionato previdenciário

Dispõe o *caput*<sup>1</sup> do art. 171 do Código Penal o tipo penal referente ao crime de estelionato. A doutrina penalista explicita os elementos do mencionado delito da seguinte forma:

Apresenta o estelionato os seguintes elementos particulares: objetivo de vantagem ilícita; emprego de meio fraudulento; erro causado ou mantido por esse meio; nexo de causalidade entre o erro e a obtenção da vantagem e lesão patrimonial. (PRADO, 2006, p. 545).

Lado outro, o § 3<sup>o</sup><sup>2</sup> do mencionado dispositivo legal encarta maior reprovabilidade na conduta praticada em detrimento de entidade de direito público. A doutrina fundamenta o maior apenamento da seguinte maneira:

A razão de ser do aumento de pena diz respeito ao fato de que todas as entidades arroladas pelo parágrafo prestam serviços fundamentais à sociedade. Assim, o comportamento do agente, causando prejuízo a essas entidades, atinge, reflexamente, a sociedade. Na verdade, embora a entidade prejudicada seja determinada, o número de pessoas que sofre com a conduta do agente é indeterminado. (GRECO, 2007, p. 258).

Em atenção à natureza jurídica do INSS, o Superior Tribunal de Justiça expediu o enunciado sumular n. 24<sup>3</sup>, de maneira a evidenciar a referida autarquia previdenciária como inserida na mencionada regra de maior reprovabilidade. Assim, consolida-se a expressão

---

1 “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.”

2 “A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.”

3 “Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da previdência social, a qualificadora do § 3<sup>o</sup>, do art. 171 do Código Penal.”

“estelionato previdenciário” como o delito de estelionato praticado em desfavor da Previdência Social, especificamente, do INSS.

Por conseguinte, a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo ao INSS, por meio fraudulento, com a indução a erro (recebimento de benefício previdenciário indevido) ou manutenção em erro (reiteração e continuidade no recebimento do benefício previdenciário indevido), enquadra-se na figura do denominado estelionato previdenciário.

Em que pese a viabilidade de o referido delito ser praticado pelo próprio segurado (que recebe a prestação previdenciária indevidamente) ou por terceiro não beneficiário (que insere dados falsos no sistema para a concessão do benefício indevido), é oportuno destacar a hipótese em que o crime é praticado por terceiro que, após a morte do beneficiário, recebe o benefício destinado àquele.

A hipótese destacada ordinariamente ocorre naquelas situações pelas quais o segurado – antes de falecer – encontrava-se em situação de enfermidade, senilidade ou vulnerabilidade que, por vezes, lhe retirasse condições de receber o benefício pessoalmente. Também ocorre naqueles casos em que a cessão do cartão magnético e da senha a algum familiar ou conhecido para o saque do benefício é realizada com o intuito de facilitar os saques. Ocorre que, após a morte do beneficiário, não raro, há a percepção dessas prestações indevidamente, ao longo de vários meses (ou até de anos), de sorte a evidenciar a prática mês a mês do delito de estelionato previdenciário.

### **3 Breve panorama nacional**

De início, é imperioso repisar que o Registro Civil de Pessoas Naturais exerce a importante função de evitar prejuízos à Previdência Social. O art. 68 da Lei n. 8.212/1991, em seu *caput*<sup>4</sup>,

---

4 “Art. 68. O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar, ao INSS, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no

traduz o seu dever de comunicar ao INSS, até o dia 10 de cada mês, os registros dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior.

Ocorre que o descumprimento, o retardo ou o cumprimento inexato da referida obrigação legal têm-se mostrado como facilitadores da prática do estelionato previdenciário, inclusive, por longos lapsos temporais. Ademais, o demasiadamente elástico prazo legal de comunicação oportuniza a prática do referido delito, ainda que a mencionada obrigação seja adequadamente cumprida.

Nessa linha, o Acórdão n. 2.812/2009 do Tribunal de Contas da União (TCU) evidencia auditoria no sistema de controle de óbitos do INSS, com o reconhecimento de falhas no cancelamento de benefícios de titulares falecidos. Seguem alguns excertos do referido julgado:

A primeira análise apontou a existência de 346.126 benefícios nestas condições e o total de créditos irregulares foi estimado em R\$ 456.781.688,71 (fl. 03, anexo 2). Já a segunda análise apontou a existência de 682.964 benefícios nesta situação, com créditos indevidos estimados em R\$ 1.483.205.571,33 (fl. 04, anexo 2). [...] Este achado reúne os benefícios ativos em abril de 2008 para os quais há suspeita de que o titular do benefício já havia falecido antes dessa data. Foram detectados 33.086 registros nessa situação (excluídos 21 benefícios requisitados, conforme próximo parágrafo), o que corresponde a um prejuízo potencial de R\$ 15.586.791,23 por mês (fl. 20, anexo 1).

A partir da leitura do mencionado acórdão e das transcrições expostas acima, observa-se: milhares de benefícios previdenciários ativos com a suspeita de que os beneficiários estejam falecidos; vultosas cifras em prejuízos mensais no pagamento desses benefícios; e existência de benefícios ativos com data de óbito há mais de dez anos.

Para além dessas constatações, o mencionado acórdão destaca que o cancelamento desses benefícios indevidos (pela morte do

---

mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15.4.94).”

titular) resta inviabilizado ou retardado por falhas que decorrem do descumprimento da obrigação legal de comunicação pelos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), tendo em vista que muitos deles deixam de enviar a comunicação de óbito, enviam-na com atraso ou com dados inexatos. Assim, segue outro trecho do multicitado acórdão, que demonstra o referido descumprimento:

5.23. Foram encontradas 47.052 ocorrências de inadimplências, no período analisado, considerando cada competência (fl. 135, anexo 3). No gráfico abaixo, está representado o período de 01/2003 a 01/2008.5.24. Caso os 47.052 casos de inadimplência cartorial ocorridos entre 01/2003 e 04/2008 fossem objeto de autuação pelo INSS, na forma dos artigos 68 e 92 da Lei nº 8.212/91 c/c Portaria MPAS nº 727/2003, o montante arrecadado estaria entre R\$ 46.629.943,56 (mínimo) e R\$ 4.662.952.950,24 (máximo). Observe-se, ainda, que o gráfico apresentado mostra uma curva ascendente de inadimplência de cartórios, talvez porque os cartórios já tenham percebido que o INSS não mais dispõe de pessoal para a fiscalização. Na primeira reunião de encerramento realizada com os gestores do INSS, em 2/9/2008, alertou-se para o fato de que a ausência de fiscalização de cartórios era a principal causa da maioria dos problemas detectados na auditoria.

A partir do excerto acima, verifica-se o elevadíssimo índice de descumprimento da obrigação de comunicação de óbito pelos Registros Cíveis de Pessoas Naturais. É importante frisar que os números citados (*verbi gratia*, 47.052 ocorrências de inadimplências no período analisado) desconsideraram os atrasos em comunicações e as omissões ou incorreções nessas comunicações (a exemplo do preenchimento do campo de CPF e da data de nascimento, além da troca de letras nos nomes), que também geram prejuízos ao erário diante da impossibilidade de cancelamento dos respectivos benefícios. Ademais, restou alertado o fato de que os descumprimentos analisados decorrem da ausência de fiscalização desses cartórios.

É imprescindível destacar que o descumprimento adequado da multicitada obrigação legal, com o decorrente estelionato previdenciário, por vezes, individualmente, gera prejuízo considerado inexpressivo que, por via de consequência, sequer é levado adiante em

investigações e em processos criminais<sup>5</sup>, tendo em vista critérios de racionalização. Na mesma lógica, em que pese a inexistência de valor mínimo no que diz respeito ao ressarcimento ao erário, nos termos das normativas da Advocacia-Geral da União<sup>6</sup>, é certo que, na prática, essas demandas recorrentemente são infrutíferas em razão da inviabilidade de se identificar e/ou localizar aqueles que receberam os valores indevidamente. Ademais, a cobrança das multas que deveriam ser aplicadas pelo INSS aos cartórios, caso houvesse a fiscalização adequada, segue um limite mínimo de custo-benefício para a judicialização, o que também inviabilizaria, por vezes, a sua efetiva cobrança.

Por fim, cabe registrar que, ainda que individualmente tais delitos não repercutam, na prática, em alguma resposta criminal, cível ou administrativa, certamente o elevado número de estelionatos previdenciários em todo o País, globalmente considerados, repercute em altíssimas cifras em prejuízo ao erário e em desequilíbrio nas contas da seguridade social.

#### **4 A obrigação legal de comunicação do óbito e o princípio da eficiência**

Em primeiro lugar, é digno de nota que a previsão de encaminhamento em lote, pelo RCPN, ao INSS, das informações sobre óbitos apenas uma vez por mês pode ensejar o pagamento de benefícios indevidos. Para além do lapso temporal necessário

---

5 Orientação 4 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: “A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão ORIENTA os membros do Ministério Público Federal que oficiam na área criminal, respeitada a independência funcional, nos termos do art. 62-I da Lei Complementar nº 75/93: 1. a dispensar liminarmente a instauração de investigação criminal própria ou de inquérito policial e determinar, se assim o entender, o arquivamento das peças de informação que serão encaminhadas em cumprimento ao item 9.1.2 do Acórdão 2.812/2009 – TCU – Plenário em duas situações, assim considerada a jurisprudência da 2ª CCR: i) relativas a fatos já abrangidos pela prescrição da pretensão punitiva, cujo termo inicial é a data do último saque efetuado após o óbito do beneficiário; e ii) quando não houver prova de dolo no saque de até três benefícios previdenciários”.

6 Portaria da AGU n. 377, de 25.8.2011 (DOU 29 ago. 2011), e Portaria da PGF n. 916, de 31.10.2011 (DOU 3 nov. 2011).

de processamento interno relativo ao cancelamento do benefício, o referido prazo legal viabiliza que, por exemplo, a comunicação possa ser efetivada em até quarenta dias em caso de óbito no início do mês, o que não se mostra proporcional nem se coaduna com o princípio da eficiência.

É importante destacar que a Corregedoria Geral de Justiça, no Estado de São Paulo, por intermédio do Provimento CGJ n. 11/2016, alterou suas normas de serviço<sup>7</sup> para determinar que a multicitada comunicação seja encaminhada por meio eletrônico ao INSS e que os respectivos dados sejam inseridos na Central de Informações do Registro Civil (CRC).

Em que pese a melhoria do sistema de comunicação no Estado de São Paulo, o que também homenageia critérios de eficiência e celeridade, é certo que na era digital, também denominada era da informação, a referida comunicação, mesmo nesses moldes, ainda observa prazo legal arcaico que, como demonstrado, não se mostra razoável.

Considerando o disposto no art. 236, § 1º, da Constituição Federal de 1998, que atribui a fiscalização dos atos notariais e de registro ao Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu o Provimento n. 46/2015, que dispõe sobre mencionada Central de Informações de Registro Civil das Pessoas Naturais (CRC). Trata-se da exigência de concentração de dados em uma única plataforma, com o objetivo de que os serviços registrais sejam prestados com rapidez, qualidade e eficiência. Entre os considerados do referido ato normativo consta que a interligação entre os cartórios de RCPN e os órgãos da Administração Pública atende

---

7 Item 27.6: “Serão informados mensalmente, até o dia 10 do mês subsequente, à Receita Federal do Brasil - SRB e ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio eletrônico, a relação de óbitos registrados, independentemente da idade dos falecidos.”

Item 27.8: “Serão encaminhadas mensalmente, até o dia 10 do mês subsequente, ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt - IIRGD e à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, através da Central de Informações do Registro Civil - CRC, os dados de todos os óbitos registrados.”



ao interesse público, à racionalidade e à economicidade<sup>8</sup>. Nesse cenário, dispõe o art. 6º do referido provimento:

Art. 6º - Os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais deverão disponibilizar para a Central de Informações de Registro Civil das Pessoas Naturais – CRC as informações definidas pela Arpen-Brasil, observada a legislação em vigor no que se refere a dados estatísticos, no prazo de dez dias, corridos, contados da lavratura dos atos, respeitadas as peculiaridades locais.

Parágrafo único - Qualquer alteração nos registros informados à Central de Informações do Registro Civil deverá ser atualizada no mesmo prazo e forma do parágrafo anterior.

Observa-se, da leitura do referido dispositivo, que os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais possuem o prazo de dez dias corridos, contados da lavratura dos atos, para disponibilizar tais informações à CRC. Cuida-se de um prazo razoável que, de fato, prestigia a eficiência. Entre as referidas informações, como mencionado, estão os dados de todos os óbitos registrados.

Diante do panorama normativo vigente, observa-se que a lei oferece o prazo máximo de até quarenta dias para a comunicação de óbito ao INSS pelo registrador civil, ao passo que um ato ilegal oferece o prazo máximo de dez dias corridos para que seja comunicado o mesmo óbito à CRC.

Registre-se que a Central Notarial de Serviços Eletrônicos (Censec) exerce, no que tange ao Tabelionato de Notas, função similar à CRC no que diz respeito ao RCPN. A Censec possui prazos estipulados pelo Provimento n. 18 do CNJ, a exemplo do prazo de 48 horas para a remessa de informações sobre testamento ou do prazo quinzenal para remessa de informações sobre a lavratura de escritura pública.

---

8 “CONSIDERANDO que a interligação entre os cartórios de registro civil das pessoas naturais, o Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública atende ao interesse público, à racionalidade, à economicidade e à desburocratização da prestação dos serviços correspondentes; [...]”

Notadamente, tais prazos estipulados pelo CNJ compatibilizam-se com a tecnologia utilizada atualmente pelos cartórios, em consonância com os arts. 38 e 30, inciso XIV, da Lei n. 8.935/1994, que preveem a obrigação de notários e registradores cumprirem as normas técnicas editadas pelo juízo competente, encarregado, por sua vez, de zelar para que os serviços notariais e registrais sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e eficiência.

É com a mesma lógica que algumas corregedorias estipulam prazos inferiores aos prazos legais que não mais se coadunam com a razoabilidade e a eficiência esperada dos delegatários. Tal lógica não subverte a hierarquia das normas. Além das previsões legais citadas no parágrafo anterior, que homenageiam o princípio da eficiência, o poder constituinte reformador, com as alterações advindas da Emenda Constitucional n. 19/1998, inseriu formalmente na Constituição Federal o referido princípio, de sorte a evidenciar a necessidade de se efetivar de maneira célere as finalidades públicas em uma lógica de resultados<sup>9</sup>. Esse novo paradigma decorre da superação do modelo burocrático de gestão, que enfatiza os aspectos formais em detrimento dos resultados, o que se coaduna com a fixação de prazos pelas corregedorias, quando desproporcionais diante da tecnologia vigente, em uma analogia ao que ocorre com as agências reguladoras, tendo em vista a dinamicidade dos respectivos setores.

## **5 O não cabimento da responsabilidade civil**

Inicialmente, cabe ressaltar que existem duas correntes sobre a natureza jurídica dos profissionais que desempenham função no âmbito dos cartórios. A primeira delas assevera que seriam eles delegatários da Administração Pública e, por conseguinte, agentes públicos (RE 209.354-AgR, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 2.3.1999, Segunda Turma, DJ de 16 abr. 1999). A outra dispõe que eles não integram o aparelho estatal, atuam em caráter privado e, portanto, seus serviços não

---

<sup>9</sup> Trata-se da denominada “Administração de Resultados” (OLIVEIRA, 2014).

podem ser considerados serviços públicos (ADI 3.643, voto do rel. min. Ayres Britto, julgamento em 8.11.2006, Plenário, *DJ* de 16 fev. 2007).

A distinção entre as duas correntes tem como consequência a aplicação, ou não, da responsabilidade objetiva encartada no § 6º do art. 37 da Constituição Federal<sup>10</sup>. Assim, caso se entenda que a atividade notarial e registral seja uma delegação de serviço público, subsiste a responsabilidade objetiva. A maioria da jurisprudência pátria tem seguido essa corrente, em que pesem o caráter privado da atividade e a inexistência de pessoa jurídica na referida delegação. Noutro giro, a corrente doutrinária que defende a não caracterização de serviço público e, por conseguinte, da responsabilidade objetiva, afina-se com a atual redação da Lei n. 8.935/1994<sup>11</sup>, que dispõe sobre a responsabilização civil, específica dos notários e registradores, apenas na hipótese de dolo ou culpa.

De qualquer modo, o Tribunal de Contas da União, no acórdão citado alhures, manifestou entendimento segundo o qual deveria ocorrer o ressarcimento, pelos cartórios, ao INSS, no que diz respeito ao pagamento indevido de benefícios previdenciários, tendo em vista o descumprimento do dever legal não só de enviar ao INSS os registros de óbitos, mas, ainda, de garantir que as informações contidas nos registros sejam escorreitas e tempestivas.

---

10 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]”

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

11 “Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial.”

Registre-se que tal questão também é objeto de debate no âmbito do CNJ (tendo em vista a necessidade de se fomentar a eficiência no cumprimento das comunicações de óbito) em proposta de ato normativo do referido colegiado. Em que pese não se desconhecer o poder normativo do CNJ, especialmente diante da atividade notarial e registral, calha registrar que o referido órgão não possui representatividade de tabeliães e registradores, diferentemente do que ocorre com juízes, nos mesmos moldes do que ocorre com promotores e procuradores da República no âmbito do CNMP.

Para além da discussão sobre a natureza jurídica da prestação realizada pelos notários e registradores, bem como sobre a sua representatividade no âmbito do CNJ, é imprescindível destacar que a responsabilidade civil é composta por conduta (ação ou omissão), dano, culpa (não discutida em sede de responsabilidade objetiva) e nexo causal.

No que diz respeito ao nexo causal, diversas são as teorias que tratam da relação de causalidade, entre elas a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causa próxima, a teoria da causa eficiente, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato. Na hipótese de se adotar como causa qualquer evento que tenha contribuído para a sua existência (teoria da equivalência dos antecedentes) tal responsabilização seria viável. Entretanto, atualmente, a jurisprudência pátria hesita apenas entre a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato, de maneira a evidenciar limites razoáveis à imputação da causa na responsabilidade civil. A partir dessas duas teorias e dos respectivos critérios, não se mostra viável atribuir a responsabilização ao titular do Registro de Pessoas Naturais, mas apenas àquele que recebeu as vantagens indevidas ou ao servidor que diretamente concedeu o benefício agindo com culpa ou dolo (reais causadores do dano).

Avulta acrescentar que não se pode nesse caso particular aplicar a denominada responsabilidade civil indireta, que incide apenas quando há norma legal expressa nesse sentido, a exemplo

do que ocorre na seara do Direito Ambiental (Lei n. 6.938/1981, art. 3º, IV), quando se considera poluidor todo aquele que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano. É descabida, então, a imposição de ressarcimento aos registradores sob a lógica de que eles deveriam ser responsabilizados indiretamente pelo pagamento do benefício previdenciário indevido, tendo em vista a ausência de previsão legal.

Diante das premissas traçadas, não pode o Registrador Civil de Pessoas Naturais ser responsabilizado civilmente a ressarcir os benefícios pagos pelo INSS indevidamente, cabendo apenas a incidência de consequências administrativas, por inobservância de prescrições legais ou normativas (art. 31, inciso I, da Lei n. 8.935/1994), a exemplo da multa, da suspensão e, eventualmente, da pena de perda da delegação (art. 32 da Lei n. 8.935/1994), a depender da gravidade e reiteração das condutas.

## **6 A necessária atuação dos envolvidos**

É oportuno destacar que a lei não impõe aos familiares do *de cuius* o dever de comunicar o óbito ao INSS. A referida obrigação recai sobre o titular do Registro Civil de Pessoas Naturais<sup>12</sup> e, conforme relatado, não há índices aceitáveis de cumprimento sequer nos moldes do extenso prazo legal vigente.

Nesse quadrante, o multicitado acórdão do Tribunal de Contas da União aduz que “o gráfico apresentado mostra uma curva ascendente de inadimplência de cartórios, talvez porque os cartórios já tenham percebido que o INSS não mais dispõe de pessoal para a fiscalização”. Denota-se a partir daí a necessidade de concretização do art. 125-A da Lei n. 8.213/1991, que atribuiu ao INSS a competência de realizar, por meio dos seus próprios agentes, todos os atos e procedimentos necessários à verificação do atendimento das obrigações não tributárias impostas pela legislação previdenciária, com a respectiva imposição de multa em caso de descumprimento.

---

12 Art. 228 do Decreto n. 3.048/1999.

Registre-se que o § 2º<sup>13</sup> do art. 68 da Lei n. 8.212/1991, por seu turno, dispõe que a falta da mencionada comunicação “na época própria, bem como o envio de informações inexatas” sujeita o titular do Registro Civil de Pessoas Naturais a pena de multa<sup>14</sup>.

Nessa lógica, em caso do descumprimento do dever de fiscalização e de imposição de multas pelo INSS, cabe ao Ministério Público Federal (MPF) adotar medidas extrajudiciais (a exemplo de termo de ajustamento de conduta e recomendações) ou judiciais (por intermédio de ação civil pública ou ação penal, a depender do caso), com lastro nos incisos I, II, III, VI, VIII e IV do art. 129 da Constituição Federal e em diversas disposições da Lei Complementar n. 75/1993, de sorte a obrigar que a referida autarquia cumpra o referido dever legal, especialmente nas localidades com alta incidência de estelionatos previdenciários. Registre-se, ainda, que a referida atuação do MPF, em última análise, busca salvaguardar direito social (considerado também direito humano), qual seja o direito à previdência social relacionado ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

A atuação do INSS e do MPF é necessária, porém insuficiente. Os atos normativos da Advocacia-Geral da União<sup>15</sup> autorizam a não inscrição em dívida ativa e a não propositura de demandas,

---

13 “§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais à penalidade prevista no art. 92 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.476, de 23.7.97).”

14 “Art. 92. A infração de qualquer dispositivo desta Lei para a qual não haja penalidade expressamente cominada sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, a multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), conforme dispuser o regulamento.” Valores atualizados pela Portaria MPAS n. 4.479, de 4.6.1998, a partir de 1º de junho de 1998, para, respectivamente, R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) e R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos).

15 Portaria da AGU n. 377, de 25.8.2011 (DOU 29 ago. 2011), e Portaria da PGF n. 916, de 31.10.2011 (DOU 3 nov. 2011).

bem como a desistência daquelas já propostas, quando os créditos do INSS originados de multas decorrentes do seu poder de polícia sejam iguais ou inferiores a R\$ 500,00. Em outros termos, ainda que os servidores do INSS fiscalizem os cartórios e apliquem as respectivas multas, elas sequer podem ser cobradas nessas hipóteses, o que também estimularia o descumprimento do dever de comunicação por determinados cartórios.

Diante desse panorama, exsurge a necessária atuação das Corregedorias-Gerais dos Tribunais de Justiça dos estados. No que diz respeito à normatização dessas atividades, subsiste a compatibilidade dessa regulação pelas mencionadas corregedorias com o sistema brasileiro vigente (RIBEIRO, 2009), o que oportuniza a redução dos prazos de comunicação dos óbitos e a melhoria da efetivação dessa transmissão de dados, em uma analogia ao que ocorre com as agências reguladoras, tendo em vista a evolução tecnológica não devidamente acompanhada pelo legislador, bem como a dinamicidade do setor. De outro lado, cabem às mencionadas corregedorias a fiscalização das normas legais e infralegais bem como a aplicação das respectivas penas administrativas em caso de descumprimento. Essa é a tônica do art. 31, inciso I, da Lei n. 8.935/1994, que trata a inobservância de prescrições normativas (e não apenas de prescrições legais) como infração administrativa.

Por fim, em caso de omissão das mencionadas corregedorias estaduais ou dos juízes corregedores permanentes de cada comarca, cabe ao Ministério Público Federal instá-los a realizarem a devida regulamentação e fiscalização, bem como solicitar pedido de providências perante o Conselho Nacional de Justiça, de maneira que o sistema trabalhe com a integração dos órgãos e evite as consequências relatadas alhures. Nessa lógica, também é viável a atuação direta do MPF perante os titulares de Registro Civil de Pessoas Naturais, para o cumprimento adequado da obrigação de comunicação de óbitos, especialmente nas localidades com alta incidência de crimes de estelionato previdenciário.

## 7 Considerações finais

Não se pode olvidar que o Direito Penal, enquanto instrumento de que se vale o Estado para a manutenção da ordem pública, detém função preventiva e repressiva. De qualquer maneira, cuida-se de um soldado de reserva, que há de ser utilizado apenas quando os demais ramos do Direito não resolvam a questão.

No que diz respeito ao estelionato previdenciário, a atuação apenas do Direito Penal não se tem mostrado suficiente para prevenir, por todo o País, essa prática delitiva que, globalmente considerada, gera prejuízos elevadíssimos ao erário, ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social e, por via de consequência, ao direito à previdência social (direito social e humano).

Nessa ordem de ideias, ganha relevo o Direito Registral, bem como as atribuições e funções dos órgãos que gravitam em derredor dessa atividade. O princípio da eficiência é o norte a ser seguido pelos órgãos envolvidos, seja na fixação dos prazos de comunicação por intermédio de atos infralegais, seja no aperfeiçoamento da referida comunicação, especialmente na era da informação, também denominada era digital. A função de regulação das corregedorias estaduais é primordial nesse mister, bem como a efetiva fiscalização por todos os demais órgãos a respeito do cumprimento adequado das comunicações de óbito, além do eficaz sancionamento das omissões, inexistências ou retardamentos no que diz respeito à multicitada comunicação.

Nessa lógica, mostra-se fundamental o conhecimento sobre as graves repercussões da ausência do cumprimento adequado dessa comunicação. Nesse mister, o Ministério Público Federal, como órgão interessado, pode e deve instar os cartórios de Registro de Pessoas Naturais, as corregedorias estaduais, os juízes corregedores permanentes, o CNJ e o INSS, de maneira a prevenir os delitos de estelionato previdenciário, que só no Estado de São Paulo representam 22% dos inquéritos policiais em andamento<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82150-cnj-debate-criterios-para-multa-a-cartorios-que-nao-comunicam-obitos-ao-inss>>.



Destarte, faz-se necessária a atuação preventiva e conjunta dos referidos órgãos, de sorte a se evitar a prática desses delitos em vez de se gastar recursos públicos com o sistema de justiça na sua repreensão, com a desnecessária estigmatização de pessoas que decorre do processo penal. Verificar-se-ia, assim, uma economia para o INSS que minoraria sensivelmente os seus prejuízos, e também para o sistema de justiça, racionalizando suas atividades para melhor atender ao interesse público, em evidente homenagem ao princípio da eficiência.

## **Referências**

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do Código Civil*: edição comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. 4. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Sérgio Luiz José. *Tabelionato de protesto*. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio; PASSOS, Josué Modesto (Coord.). *Registros públicos e notas*. Conselho Nacional de Justiça: atos normativos apontados. São Paulo: Quinta Editorial/Conselho Nacional de Justiça, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v. III. 4. ed. Niterói: Impetus, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 2014.

PAULINO, Roberto (Coord.). *Direito notarial e registral*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2: parte especial: arts. 121 a 183. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mário de Carvalho. *Registro civil de pessoas naturais I*. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Registro civil de pessoas naturais II*. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.



# Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro

Wellington Luís de Sousa Bonfim

Procurador Regional da República da 1ª Região. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é analisar se os delitos fiscais podem ser crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, tendo como ponto de partida a última versão das 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e a nova redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Na primeira parte do artigo, é analisada a tendência internacional de ampliação do rol de infrações penais antecedentes da lavagem de dinheiro, com destaque para a legislação portuguesa, alemã, francesa, italiana e espanhola. Em seguida, são analisados os argumentos de que a evasão fiscal não é capaz de aumentar o patrimônio do agente, e de que, além disso, o rendimento de origem lícita não pode ser considerado como objeto material da lavagem de dinheiro, pois não é originado de um crime. Ao final, aborda-se a repercussão da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal sobre a efetividade da persecução da lavagem de capitais oriundos de delitos fiscais.

**Palavras-chave:** Delitos fiscais. Lavagem de dinheiro. Crimes antecedentes. Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** The aim of this study is to examine if tax offenses can be predicate crimes for money laundering, having as starting point the last version of the 40 Recommendations of the Financial Action Task Force (FATF) and the new wording of article 1 of Law 9.613/1998. In the first part of the study is analyzed the international trend of expanding the list of criminal offenses underlying money laundering, especially the Portuguese, German, French, Spanish and Italian legislation. Then, is analyzed the understanding that tax evasion is not able to increase the assets of the agent, and that, moreover, the proceeds of lawful activity cannot be considered as material object of money laundering, since they are not originated from a crime. At

the end, is addressed the repercussion of the Binding Summula n. 24 of the Supreme Federal Court on the effectiveness of the prosecution of money laundering arising from tax offenses.

**Keywords:** Tax offenses. Money laundering. Predicate crimes. Binding Summula n. 24 of the Supreme Federal Court.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem no direito comparado. 2.1 Portugal. 2.2 Alemanha. 2.3 França. 2.4 Itália. 2.5 Espanha. 3 Argumentos contrários aos delitos fiscais como antecedentes da lavagem de dinheiro. 3.1 Argumento relacionado ao objeto material: o tributo não pago (cota tributária defraudada). 3.2 O acréscimo patrimonial nos casos de reembolso/restituição/devolução indevida de tributos. 3.3 A vantagem patrimonial ilícita nos delitos fiscais. 3.3.1 Referência ao rendimento não declarado. 3.3.2 O tributo não pago como objeto material da lavagem de dinheiro. 4 Referência à Súmula Vinculante n. 24 do STF e à exigência de decisão administrativa definitiva acerca da constituição do crédito tributário. 5 Conclusões.

## 1 Introdução

Desde a Convenção de Viena, em 1988, até a última versão das 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)<sup>1</sup>, de 2012, vem-se verificando uma tendência internacional de ampliação do elenco de infrações penais antecedentes da lavagem de dinheiro, que acabou por alcançar o Brasil, uma vez que a Lei n. 12.683/2012 alterou a redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), para extinguir o catálogo de crimes antecedentes da reciclagem de ativos.

De fato, a partir da alteração da lei brasileira, qualquer infração penal, inclusive as contravenções penais, tornou-se passível de ser considerada antecedente da lavagem de dinheiro, desde que capaz de gerar bens de procedência ilícita.

---

1 FINANCIAL ACTION TASK FORCE. The FATF recommendations: international standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation. Paris: FATF/OECD, 2012.

Assim afirma Aras (2012, p. 5, grifo do autor):

Situações antes atípicas deixaram de sê-lo. Ainda será necessário observar o binômio *infração antecedente/lavagem de ativos*. Porém, não há mais uma lista fechada (*numerus clausus*) de delitos precedentes. Qualquer infração penal (e não mais apenas crimes) com potencial para gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro. Dizendo de outro modo: a infração antecedente deve ser capaz de gerar ativos de origem ilícita. Infrações penais que não se encaixem neste critério (o de ser um “crime produtor”) não são delitos antecedentes.

Temos hoje uma lei de terceira geração, sem lista fechada de delitos antecedentes. O roubo, o tráfico de pessoas e a contravenção penal de exploração de jogos de azar são algumas das condutas agora incorporadas.

No entanto, no que diz respeito ao objeto de interesse deste artigo, a grande mudança gerada pelo fim do rol de crimes antecedentes foi a possibilidade de, ao menos em tese, os delitos fiscais (notadamente a sonegação fiscal, tipificada no art. 1º da Lei n. 8.137/1990) serem considerados como infrações penais antecedentes da lavagem de dinheiro. A esse respeito, cabe, mais uma vez, recorrer a Aras (2012, p. 5):

O novo enquadramento normativo da lavagem de dinheiro situa o País entre as nações que cumprem, neste aspecto, as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que foram revisadas em fevereiro de 2012, para exigir que os crimes fiscais (*tax crimes*) sejam também delitos antecedentes. Estes foram expressamente incluídos na lista mínima de infrações penais antecedentes (“*designated categories of offences*”), a que se refere a nota interpretativa 4 da Recomendação 3 do GAFI.

De fato, no Glossário Geral das 40 Recomendações do GAFI (2012, p. 111-112), o termo “categorias de infrações designadas” significa um extenso rol de delitos, entre os quais se incluem “os crimes fiscais (relacionados com impostos diretos ou indiretos)”.

Todavia, remanesce a discussão sobre serem os delitos fiscais capazes ou não de gerar capitais de origem ilícita, o que será analisado em seguida, iniciando pelo estudo do direito comparado.

## 2 Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem no direito comparado

De início, é importante ressaltar que a consideração dos delitos tributários como antecedentes da lavagem é algo que preexiste à nova recomendação do GAFI, havendo ordenamentos jurídicos que, expressamente ou não, já previam tal possibilidade.

### 2.1 Portugal

É o caso, por exemplo, de Portugal, onde a Lei n. 10/2002, de 11 de fevereiro, que teve por objeto aperfeiçoar “as disposições legais destinadas a prevenir e punir o branqueamento de capitais provenientes de actividades criminosas e quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro”, deu nova redação ao artigo 2º do mencionado Decreto-Lei, incluindo a fraude fiscal entre os crimes antecedentes ao branqueamento (denominação do crime de lavagem de dinheiro no ordenamento português).

Assim, desde 2002, a legislação penal portuguesa já inclui a fraude fiscal, tipificada nos artigos 103º e 104º do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), como crime antecedente do branqueamento de capitais.

Em seguida, a Lei n. 11/2004, de 27 de março, no seu artigo 55º, revogou expressamente o Decreto-Lei n. 325/1995, de 2 de dezembro, mas, no artigo 53º, aditou ao Código Penal português (CPp) o artigo 368º-A, incorporando o crime de branqueamento nesse diploma legal e mantendo a fraude fiscal entre os delitos antecedentes da lavagem.

### 2.2 Alemanha

Na Alemanha, a tipificação do crime de lavagem de dinheiro (*Geldwäsche*) encontra-se no § 261 do *Strafgesetzbuch* (StGB), que relaciona como ilícitos prévios os *Verbrechen*, ou seja, todos os delitos graves aos quais seja cominada pena de prisão mínima igual ou superior a um ano, além de um elenco de *Vergehen*, delitos punidos com



pena de prisão mínima inferior a um ano ou com multa, incluindo os delitos fiscais tipificados nos §§ 373 e 374 (2) da *Abgabenordnung* (AO), o Código Fiscal alemão, que punem, respectivamente, o contrabando profissional, violento ou organizado e a receptação, guarda ou venda de bens obtidos por meio da evasão fiscal, quando cometidas no exercício de atividade comercial ou por membro de grupo formado com o propósito de cometimento dessas infrações penais.

O StGB expressamente prevê a aplicação do crime de lavagem de dinheiro aos casos de fraude fiscal tipificados no § 370 do Código Fiscal alemão, quando cometidos profissionalmente ou de forma organizada, em relação aos gastos economizados em virtude da fraude fiscal, às compensações tributárias e às restituições de impostos recebidas indevidamente, e, ainda, naqueles casos dos §§ 373 e 374 (2) da AO, aos bens cujos impostos respectivos tenham sido evadidos.

### 2.3 França

Na França, qualquer crime ou delito pode ser antecedente do *blanchiment*, tipificado no artigo 324-1 do Código Penal francês (CPF), não havendo, em princípio, restrições a que os ilícitos penais tributários assim sejam considerados, o que ficou definitivamente assentado em decisão da Câmara Criminal da Corte de Cassação francesa, que manteve condenação exarada contra o réu por haver concorrido para operações de colocação, de dissimulação e de conversão de produtos do delito de fraude fiscal, praticado por ele próprio<sup>2</sup>.

No caso, entendeu a Corte de Cassação comprovado que o réu jamais havia declarado à administração fiscal somas sujeitas à tributação, constituídas por rendimentos ocultos, bem assim que os havia

---

2 FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 20 février 2008: Cass. Crim., 20 févr. 2008, n. 07-82.977. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&i dTexte=JURITEXT000018338279&fastReqId=748356780&fastPos=1>>. Acesso em: 22 maio 2015. Acerca dessa decisão, cf. Blanco Cordero (2012, p. 397-400) e Capdeville (2008, p. 18-20).

investido na subscrição de bônus anônimos e os utilizado em apostas em cassinos, para transformá-los em recursos lícitos e não tributáveis<sup>3</sup>.

Entendeu, ainda, a Corte de Cassação (tradução nossa) que o tipo do artigo 324-1 do CPf não exige nem o prévio oferecimento de acusação nem que tenha sido exarada condenação a respeito do crime ou delito antecedente de onde advieram as somas objeto da lavagem, sendo suficiente o estabelecimento dos elementos constitutivos da infração principal. Assim, no caso concreto, considerou-se o delito fiscal como resultante

[...] da dissimulação de somas sujeitas à tributação, notadamente pela omissão da declaração de recursos ou do recebimento de rendimentos ocultos, que excederam a soma de 153 euros, e que a intenção culpável se deduz da abstenção reiterada da declaração, da importância das somas dissimuladas e da vontade de subtrair os rendimentos da administração fiscal.

## 2.4 Itália

De modo semelhante à França, pela inexistência de um catálogo de infrações precedentes, na Itália, qualquer delito não culposo pode ser antecedente do crime de reciclagem (*riciclaggio*), tipificado no art. 648 *bis* do Código Penal italiano (CPi).

Especificamente quanto à reciclagem de proveitos oriundos da fraude fiscal, tal foi expressamente admitido pela Corte de Cassação

---

<sup>3</sup> Conforme consta da decisão, o recorrente havia sido detido conduzindo um veículo possante, registrado em nome de um testa-de-ferro, e portando consigo uma importante soma em espécie que teria sido obtida em jogos clandestinos. Poucos dias depois, deu-se nova detenção, quando mais uma vez foi encontrado dinheiro em espécie, em soma ainda mais significativa, que seria, também, proveniente de jogo habitual em cassino. Ademais, relatórios do *Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financier Clandestine* (TRACFIN) apontaram que o réu frequentava estabelecimentos de jogos de azar e aplicava os rendimentos obtidos na subscrição de certificados negociáveis, de bônus anônimos e contratos de seguro de vida. Por fim, não havia apresentado nenhuma declaração anual de rendimentos relativa aos anos de 1999, 2000 e 2001, bem assim, quanto à de 2002, havia declarado apenas uma soma mínima.

italiana, podendo-se mencionar a sentença n. 6061/2012, de 17 de janeiro de 2012<sup>4</sup>, cujos fundamentos foram transcritos na sentença n. 47436/2014, de 11 de dezembro de 2014<sup>5</sup>.

Na citada sentença n. 6061/2012 (tradução nossa) foi enunciado “o seguinte princípio de direito”:

[...] a locução “outras utilidades”<sup>6</sup> que consta do art. 648 *bis* deve ser entendida como todas aquelas utilidades que tenham, para o agente que haja cometido o crime antecedente, um valor economicamente apreciável. Nesse devem ser considerados não apenas aqueles elementos que incrementam o patrimônio do agente mas também aquelas atividades fraudulentas a partir das quais o agente impede que o próprio patrimônio empobreça. Como consequência, inclui-se entre os crimes precedentes também o crime de fraude fiscal a partir do qual o agente, evitando o pagamento de impostos, consegue uma economia de despesa que se traduz numa ausência de decréscimo do patrimônio, e, portanto, em uma evidente utilidade de natureza econômica.

Desse modo, a inclusão dos crimes fiscais como antecedentes da lavagem de dinheiro recomendada pelo GAFI ou a possibilidade dessa inclusão aberta com a alteração da lei brasileira não representam propriamente uma novidade no cenário internacional, mas, um reforço na tendência de ampliação do elenco de infrações penais antecedentes para alcançar, também, esses ilícitos criminais.

---

4 ITÁLIA. Corte di Cassazione. Penale Sent. Sez. 2 Num. 6061 Anno 2012. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=../20120217/snpen@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.

5 ITÁLIA. Corte di Cassazione. Penale Sent. Sez. 2 Num. 47436 Anno 2014. Disponível em: <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=../20141119/snpen@s20@a2014@n47436@tS.clean.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.

6 De acordo com o art. 648-bis do CPi (tradução nossa), que incrimina o *riciclaggio*, são objetos materiais deste delito “dinheiro, bens ou outras utilidades provenientes de delito não culposo”.

## 2.5 Espanha

Destaque-se que a Espanha é outro país em que existe expressa referência legal à *cuota tributaria defraudada* como objeto material do *blanqueo de capitales*, o que não tem impedido a existência de acesa discussão doutrinária a esse respeito, conforme referido por Blanco Cordero (2012, p. 407).

Nos termos do artigo 301 do Código Penal espanhol (CPe; tradução nossa), a partir da nova redação que lhe foi dada pela Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, incide no crime de *blanqueo de capitales* quem

[...] adquira, possua, utilize, converta, ou transmita bens, sabendo que estes têm sua origem em uma atividade delitativa, cometida por ele ou por qualquer terceira pessoa, ou realize qualquer outro ato para ocultar ou encobrir sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que tenha participado na infração ou infrações a iludir as consequências legais de seus atos.

Desse modo, tal qual a nova legislação brasileira e as leis francesa e italiana, também a espanhola não prevê um catálogo de infrações penais prévias ao *blanqueo*, bastando que os bens objeto desse crime sejam oriundos de qualquer atividade delitativa, o que, em princípio, já seria o bastante para a inclusão dos delitos fiscais.

Todavia, no mesmo ano em que entrou em vigor a lei que deu nova redação ao artigo 301 do CPe, entrou em vigor também a Lei n. 10/2010, de 28 de abril (tradução nossa), de prevenção do branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, a qual, para o tema do presente estudo, tem como principal destaque o disposto no artigo 1, n. 2, que define, para os efeitos da mencionada lei, os bens que se entenderão como procedentes de uma atividade delitativa, quais sejam,

[...] todo tipo de ativos cuja aquisição ou posse tenha sua origem em um delito, tanto materiais como imateriais, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, assim como os documentos ou instrumentos jurídicos com independência da sua forma, incluídas a eletrô-

nica ou a digital, que comprovem a propriedade desses ativos ou um direito sobre os mesmos, com inclusão da cota defraudada no caso dos delitos contra a Fazenda Pública.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 10/2010, de 28 de abril, quando esta ainda estava na fase de Anteprojeto de Lei de Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo, já se discutia qual seria o seu verdadeiro propósito.

Conforme Álvarez Feijoo (2009, tradução nossa), o então anteprojeto de lei constituía-se em uma tomada de postura por parte do Poder Executivo a favor da possibilidade de o delito fiscal poder ser considerado precedente da lavagem de dinheiro; no entanto, afigurava-se complexo determinar o alcance da previsão expressa da cota tributária defraudada como objeto material do branqueamento: seria um “critério interpretativo autêntico (*‘mens legislatoris’*)” passível de chocar-se com a reserva constitucional de Lei Orgânica para cuidar dos preceitos penais substantivos, ou uma norma extrapenal que completaria o delito de lavagem, entendido este como uma norma penal em branco, mesmo que a redação do tipo penal não traga nenhuma remissão normativa, ou, ainda, teria o efeito apenas de interpretar o elemento normativo *bienes* contido no artigo 301 do CPe, apesar de poder configurar “uma possível interpretação extensiva deste elemento em relação com a definição legal de bens comumente aceita”?

Na opinião de Álvarez Feijoo (2009, tradução nossa), tal preceito transcenderia “o objeto de regulação da Lei de Prevenção do Branqueamento para influir diretamente na interpretação dos tipos penais mencionados”, sendo possível que o seu alcance somente viesse a ser finalmente concretizado pelo Tribunal Constitucional.

A conclusão de Álvarez Feijoo (2009, tradução nossa) foi no sentido de que, na prática, seria aumentado exponencialmente o poder intimidatório da ferramenta punitiva da fraude fiscal, principalmente levando em consideração que este último delito e o de lavagem iriam operar em concurso real, ou seja, “mediante a soma aritmética da pena a impor por cada um deles, de maneira que o

imputado iria deparar-se com penas que poderiam alcançar, ou mesmo superar, a dezena de anos de prisão”.

Crítico da citada norma contida no artigo 1º, n. 2, da Lei de Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo, e mencionando ainda outra possibilidade de interpretação, a de que os efeitos daquele dispositivo seriam meramente administrativos e não penais, Blanco Cordero (2012, p. 393-397, tradução nossa) entende que a intenção não manifestada do legislador foi a de “esclarecer as possíveis dúvidas que parece haver na doutrina na hora de interpretar a legislação penal vigente, que admite qualquer atividade delitiva como prévia do branqueamento”, embora, se este tiver sido o real objetivo, o correto, segundo o autor, teria sido a reforma do CPe, “preservando desta maneira a reserva de Lei Orgânica para a matéria penal”.

É interessante notar que não apenas Álvarez Feijoo (2009) mas também Blanco Cordero (2012, p. 396) mencionam a ausência de posicionamento da jurisprudência tanto sobre o alcance do artigo 1º, n. 2, da Lei de Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo como acerca da possibilidade de considerar-se o delito fiscal como delito prévio do branqueamento de capitais.

Tal definição veio na sentença STS 8701/2012 da Sala Penal do Tribunal Supremo (TS), de 5 de dezembro de 2012<sup>7</sup> (tradução nossa), que, quanto ao disposto na Lei n. 10/2010, de 28 de abril, embora julgando caso anterior à sua entrada em vigor, mas, utilizando, sem a devida referência, diga-se de passagem, as palavras de Blanco Cordero, assim se pronunciou:

Resulta, por isso, razoável entender que a intenção do legislador, não manifestada, não é estabelecer *ex novo* que a fraude fiscal é delito prévio do branqueamento, mas simplesmente esclarecer as

---

7 ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 8701/2012. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6603543/Dolo/20130116>>. Acesso em: 11 maio 2015.

possíveis dúvidas que há na doutrina na hora de interpretar a legislação penal vigente que admite qualquer atividade delitiva como prévia ao branqueamento.

O Tribunal Supremo espanhol (tradução nossa), no mesmo julgado, ainda que por maioria de votos, foi peremptório ao afirmar que “[a] cota tributária defraudada pode ser objeto material do delito de branqueamento”:

Em definitivo, a cota tributária constitui um bem no sentido do art. 301 CP, que constitui simultaneamente um prejuízo para a Fazenda Pública e um benefício para o defraudador (para algum autor o incremento do patrimônio do defraudador por sua atividade delitiva implica a diminuição do patrimônio do erário público). E ademais supõe o benefício ou proveito econômico derivado do delito suscetível de ser considerado bem idôneo do delito de branqueamento de capitais. Portanto, as condutas típicas descritas no art. 301 CP podem recair sobre a cota tributária.

Tem-se, desse modo, que, ao menos nos níveis legislativo e jurisprudencial, parece não haver dúvidas sobre a possibilidade de os delitos fiscais serem considerados antecedentes da lavagem de dinheiro, o que implica, para utilizar a expressão de Aras (2012, p. 5), ver aqueles como “crimes produtores”, ou seja, capazes de gerarem ativos de origem delituosa.

### **3 Argumentos contrários aos delitos fiscais como antecedentes da lavagem de dinheiro**

Todavia, a doutrina parece ser majoritariamente contrária à admissão dos delitos fiscais como subjacentes à lavagem.

Blanco Cordero (2012, p. 408-411, tradução nossa), provavelmente quem mais se aprofundou no estudo do tema aqui tratado, elenca quatro espécies de argumentos contrários a que os delitos fiscais possam ser considerados antecedentes da lavagem de dinheiro: a) o argumento relacionado com o objeto material, cujo ponto principal é considerar que “a cota defraudada não está

originada no delito de fraude fiscal”; b) o argumento relacionado à conduta típica, significando que haveria a vulneração do princípio *ne bis in idem*; c) o argumento da prescrição; e d) o argumento político-criminal.

Entendendo que o argumento mais importante diz respeito à alegada impossibilidade de o tributo não pago (ou prestação tributária não entregue, ou, ainda, cota tributária defraudada) poder ser considerado objeto material da lavagem de dinheiro, este artigo limitar-se-á, aqui, apenas à sua análise.

### 3.1 Argumento relacionado ao objeto material: o tributo não pago (cota tributária defraudada)

Esse argumento é assim resumido por Gómez Benítez (2007, p. 18, tradução nossa, grifos do autor):

O que é técnica e político-criminalmente decisivo para a tipicidade do branqueamento é, pois, que a origem dos bens, isto é a causa de sua obtenção seja um delito base – o narcotráfico, a propina, o sequestro, a extorsão, a malversação, o terrorismo ou o crime organizado em geral, etcétera – distinto da fraude fiscal, *porque a fraude fiscal em si mesma não gera os bens, não é a origem dos bens, mas, simplesmente, oculta à fazenda pública os bens obtidos licitamente. Em sentido estrito, pois, o dinheiro negro ou “B” não procedente de delitos prévios à fraude fiscal não é um bem que tenha sua origem em um delito, senão um bem de procedência ou origem lícita, ainda que ocultado ao fisco.*

Sem embargo, os delitos de branqueamento exigem que *os bens tenham sua origem em um delito*. Em consequência, não se referem à origem fiscalmente ilícita dos bens. A introdução no sistema econômico do dinheiro negro ou “B” não procedente de um delito prévio que haja sido, precisamente, *a origem dos bens* e, portanto, distinto por definição da fraude fiscal cometida com bens de procedência lícita, não é tecnicamente, pois, uma conduta típica de lavagem de capitais<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Entre outros, posicionam-se contra a inclusão dos delitos fiscais como antecedentes da lavagem de dinheiro, especialmente pelo argumento de que não



Tal entendimento foi expressamente utilizado pelo legislador brasileiro para não incluir, na redação original da Lei n. 9.613/1998, a sonegação fiscal no elenco de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, conforme constou da respectiva Exposição de Motivos (BRASIL, 1996):

34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de novos valores. Há, isto sim, manutenção de patrimônio já existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu a obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constituiu na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.

### **3.2 O acréscimo patrimonial nos casos de reembolso/restituição/devolução indevida de tributos**

Todavia, é possível pensar em situações nas quais, a partir de deduções indevidas de impostos, originam-se valores reembolsados/restituídos/devolvidos por parte da administração tributária aos sujeitos passivos da obrigação fiscal.

---

geram bens, Reque Mata (2009, p. 285-288), Santos Tapia (2009, p. 289-291), Choclán Montalvo (2011, p. 333-349), Luzón Campos (2012, p. 1779-1781), Castaldo e Nadeo (2010, p. 154-163) e Mendroni (2013, p. 262-271). Sobre as críticas da doutrina alemã à referência feita no § 261 StGB aos gastos economizados pela fraude fiscal, com indicações bibliográficas, cf. Blanco Cordero (2012, p. 401-404). Destaca o autor espanhol a crítica doutrinária de que tal referência significa converter em bens a não realização de gastos (BLANCO CORDERO, 2012, p. 404).

A esse respeito, Blanco Cordero (2012, p. 407, tradução nossa, grifo do autor) afirma não caber nenhuma dúvida de que, “quando o obtido são *devoluções* na quantia tipicamente indicada, estas constituem bens que ingressam no patrimônio do defraudador que têm sua origem no delito fiscal”, sendo, desse modo, suscetíveis de serem lavadas. Ainda segundo o autor, pode-se dizer o mesmo em relação a delitos como a fraude de subvenções, “porque se produz um traslado de dinheiro das arcas públicas para o patrimônio do defraudador” (BLANCO CORDERO, 2012, p. 407, tradução nossa).

Embora comungando da ideia de que a cota tributária defraudada, de uma maneira geral, quando decorrente de condutas omissivas (“ausência de declaração e de pagamento, inclusive de retenções pela empresa”), não pode ser enquadrada entre os bens objeto de lavagem, Ruano Mochales (2010, p. 1602, tradução nossa) admite que as modalidades de obtenção indevida de devoluções ou de fraude de subvenções podem gerar bens passíveis de lavagem, por corresponderem a uma estrutura distinta, equiparável ao estelionato<sup>9</sup>.

Nesse mesmo sentido, Germano Marques da Silva (2010, p. 245) menciona haver casos

[...] em que da fraude fiscal resulta uma vantagem determinada, correspondente ao benefício patrimonial que o agente retira do

---

<sup>9</sup> Igualmente contrários aos delitos fiscais como antecedentes da lavagem, Reque Mata (2009, p. 285-288), Choclán Montalvo (2011, p. 333-349), Castaldo e Nadeo (2010, p. 154-163) e Cappa e Cerqua (2012, p. 76) expressamente ressaltam situações em que os crimes fiscais efetivamente geram acréscimo patrimonial, como se dá em casos de fraudes de subvenções ou restituição de impostos. O § 261 do StGB é expresso em sua referência às devoluções e benefícios fiscais obtidos indevidamente, e, segundo Blanco Cordero (2012, p. 403), a doutrina alemã destaca que essas devoluções e benefícios fiscais indiscutivelmente procedem diretamente de um delito fiscal. Ainda a respeito dessa previsão constante do último parágrafo do § 261 do StGB, cf. Martínez Egaña (2011, p. 162-164), o qual destaca que a diferenciação entre a economia decorrente da evasão fiscal e as devoluções e benefícios fiscais obtidos indevidamente “parecem ter uma intenção meramente clarificadora, pensando na fraude em IVA [Imposto sobre o Valor Acrescentado], na qual é possível que cotas ingressadas por um empresário sejam devolvidas a um terceiro ou minorem a cota deste último”.

crime, como é o caso em que são acrescidas fraudulentamente as despesas dedutíveis na matéria colectável, diminuindo desse modo o imposto a pagar; a vantagem obtida com a fraude é, nesse caso, o valor correspondente ao imposto não pago. Do mesmo modo, quando a vantagem consista num benefício a obter do Estado em que a vantagem corresponde ao benefício recebido.

Na doutrina brasileira, Badaró e Bottini (2013, p. 73) também admitem as parcelas decorrentes do recebimento de devoluções de valores pelo Fisco por meio das condutas típicas da Lei n. 8.137/1990 como bens originados pela sonegação, “que serão objeto de lavagem de dinheiro caso ocultos ou mascarados”.

Desse modo, sendo esse valor reembolsado/restituído/devolvido diretamente proveniente de um delito fiscal, qualquer conduta que importe em ocultação ou dissimulação da sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, poderá configurar o crime de lavagem de dinheiro, do qual aquele valor é o objeto material.

### 3.3 A vantagem patrimonial ilícita nos delitos fiscais

Todavia, a situação que mais chama a atenção e que é, de fato, polêmica, diz respeito à obtenção de rendimento a partir de uma atividade lícita, rendimento esse não levado à tributação ou em relação ao qual se informou um valor inferior ao efetivamente apurado, reduzindo-se ou suprimindo-se, assim, o montante de tributo a ser pago.

O que se coloca, então, é que, se o valor já ingressara licitamente no patrimônio do agente, e correspondendo o imposto devido a um percentual incidente sobre aquele valor, ao não declará-lo ou ao declará-lo a menor, aquele não acrescenta nada ao seu patrimônio, apenas economiza o montante correspondente ao do tributo que deveria ter pago.

A esse respeito, embora sem abordar a questão do delito fiscal como antecedente da lavagem de dinheiro, pertinente é

trazer a concepção defendida por Dá Mesquita (2002, p. 67, grifo do autor) quanto à questão do enriquecimento ou do empobrecimento do agente ou de terceiro relativamente aos impostos sobre o rendimento:

A questão essencial relativamente aos impostos sobre o rendimento centra-se assim no *resultado enriquecimento do agente ou terceiro*. E quanto a esse ponto afigura-se-nos que a intenção de não pagar o imposto de rendimento devido em face das regras legais não envolve uma intenção de *enriquecimento*, no sentido de aumento do património, mas de *não empobrecimento*. Isto é o *interesse em evitar a amputação do património privado atingido pela tributação* distingue-se do *interesse de aumentar esse património por via ilícita, eventualmente à custa do Estado*. “O imposto não depende de qualquer prestação anterior nem do seu pagamento resulta qualquer prestação futura”, *pelo que a intenção do sujeito passivo da relação tributária de não pagar o imposto devido resulta da pretensão de querer evitar um pagamento que não constitui o sujeito activo (o Estado) em qualquer dever de prestação específico (e não de um benefício de uma prestação sem o correspondente pagamento), isto é, pretende-se diminuir as receitas públicas evitando o empobrecimento do património privado*.

Então, se, na fraude fiscal, o que o agente evita é o seu próprio empobrecimento, deixando de transferir ao Estado o valor correspondente ao tributo devido, a chamada cota tributária defraudada do direito espanhol, valor esse já constante de seu património, alega-se que não se poderia dizer que esse montante teria origem direta ou indireta no delito fiscal.

Todavia, se o imposto não pago ou cota tributária defraudada já integrava o património do agente, é certo, por outro lado, que, quando do não pagamento no prazo devido, em decorrência de quaisquer das condutas que caracterizam a fraude fiscal, esse património passou a ser integrado por uma quantia que ali remanesce de modo ilícito.

Assim, a questão a ser respondida é: a quantia economizada pelo agente em decorrência do não pagamento do imposto, a cota tributária defraudada, pode ser objeto material da lavagem de dinheiro?

### 3.3.1 Referência ao rendimento não declarado

Pois bem, essa pergunta já embute uma resposta a outro questionamento: está-se, aqui, discutindo se a parcela sonogada pode ser objeto material da lavagem de dinheiro, por já se descartar, de pronto, a possibilidade de o próprio rendimento não declarado, como um todo, constituir o objeto do branqueamento.

Diz-se isso a partir de algumas situações postas por Germano Marques da Silva (2010, p. 245, grifo do autor) em virtude das quais defende “que a vantagem obtida com o ilícito é o *produto da fraude*, os bens que constituem a contrapartida do acto ilícito, o seu produto”, depreendendo-se daí a admissão de que tal vantagem vai além do tributo não pago.

Um dos exemplos apresentados por Germano Marques da Silva (2010, p. 245) é o da venda sem a emissão de fatura nos casos em que esta é obrigatória: nesse caso, o resultado da venda não poderá ser contabilizado, de modo que “é toda a receita, o produto da venda que constitui vantagem do facto ilícito”.

Outro exemplo é o do emprego de faturas falsas “em que o respectivo valor é não só contabilizado como despesa, mas efetivamente levantado em benefício de terceiro”: também nesse caso, diz Germano Marques da Silva (2010, p. 245), é o valor constante do documento fiscal que vai constituir a vantagem “e não apenas o imposto que quem paga a factura vai pagar a menos e o imposto daquele que recebe o valor da factura e deixa de pagar o imposto correspondente ao benefício em causa”.

Um terceiro exemplo é o da venda de imóvel por preço superior ao declarado na escritura pública de compra e venda: “a vantagem, para efeitos do art. 368<sup>o</sup>-A, é o preço recebido pelo vendedor e não declarado na escritura; é esse valor, essa quantia, que fica ‘suja’ e precisa de ser ‘lavada’”<sup>10</sup> (SILVA, 2010, p. 247).

---

10 Nessa situação, o autor citado admite dúvidas sobre se o que deveria ser considerado vantagem ilícita não deveria ser todo o valor, inclusive o efetivamente declarado,

O que se depreende dessas situações apresentadas por Germano Marques da Silva, bem assim das conclusões que delas retira, é que as atividades que geraram rendimentos não declarados ou declarados a menor seriam, em si, ilícitas, seja pela não emissão de fatura, seja pela utilização de faturas falsas, ou, ainda, pela inserção, na escritura pública de compra e venda de imóvel, de valor inferior ao da transação realizada.

No entanto, nesse aspecto, é necessário dar razão, em parte, aos críticos da inserção dos delitos fiscais entre as infrações antecedentes da lavagem de dinheiro, quando rejeitam a possibilidade de que os rendimentos auferidos de atividade lícita sejam considerados objeto material da lavagem. Nos exemplos citados, em princípio, foram realizadas atividades comerciais lícitas, mas, concomitante ou posteriormente a estas, realizaram-se condutas, estas, sim, configuradoras de fraude fiscal: a não emissão de fatura; a emissão de fatura falsa; ou a declaração falsa do valor do imóvel vendido.

Noutras palavras, a venda de uma mercadoria cuja comercialização não seja proibida ou a venda de um imóvel são atividades lícitas; ilegal é a não emissão de fatura ou sua emissão com informações falsas, da mesma maneira que é ilícita a inserção, na escritura de compra e venda respectiva, bem assim em posterior declaração de ajuste anual de imposto sobre a renda, de valor inferior ao efetivamente transacionado, que pode gerar um ganho de capital não tributado<sup>11</sup>.

---

“atendendo a que o acto donde provém é ilícito, constitui fraude fiscal, não sendo possível distinguir uma parte lícita e outra ilícita”, acabando por concluir que, “se mesmo relativamente à parte declarada houver prejuízo fiscal (*v.g.*, menor tributação) então é todo o produto do acto que deve ser considerado de proveniência ilícita” (SILVA, 2010, p. 247).

- 11 A rigor, pela legislação brasileira, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) tem como base de cálculo “o valor venal dos bens ou direitos transmitidos” (Código Tributário, art. 38), não correspondendo, pois, necessariamente, ao preço da transação efetiva, mas, a uma estimativa da Administração. Assim, a inserção de informação falsa sobre o valor do imóvel na escritura de compra e venda não irá necessariamente repercutir no valor do ITBI a ser pago. O ilícito fiscal ocorrerá no caso de, na declaração de ajuste anual do imposto de renda, o contribuinte declarar um valor inferior ao da transação efetiva, com isso reduzindo ou suprimindo o

Somente se poderia considerar todo o valor resultante da venda de uma mercadoria como proveniente de um delito quando a operação comercial em si fosse ilegal, como ocorre no tráfico de entorpecentes ou no contrabando – para utilizar um exemplo de crime que, em alguns ordenamentos, como Portugal, é tido como delito fiscal –, na modalidade, prevista no art. 334-A, III, do Código Penal, de vender, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

Ora, nesses dois últimos exemplos, a própria atividade comercial que gera o rendimento é ilícita: mesmo que se leve, de algum modo, à tributação os rendimentos delas obtidos, ainda assim terão sido cometidos crimes que agregaram valores ao patrimônio dos agentes, valores estes que constituem objeto material da lavagem de dinheiro.

Dizendo, ainda, de outro modo: se a atividade que gerou a renda é lícita, tal rendimento, assim considerado, não constituirá objeto material da lavagem, por não ser proveniente de infração penal, mesmo que se omita da administração tributária os valores obtidos ou que se preste declaração falsa ou se utilize documentos falsos para reduzir ou suprimir o pagamento de tributo.

Basta ver que, no exemplo de contrabando acima referido, a conduta incriminada é a de vender, “no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira”. Por sua vez, no exemplo de tráfico de entorpecentes, o art. 33, I, da Lei n. 11.343/2006 pune, entre outras, a conduta de vender drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Portanto, a própria atividade comercial é considerada criminosa, podendo-se considerar que todos os ganhos dela provenientes são ilícitos e passíveis de enquadramento como objeto material da lavagem de dinheiro.

Interessante apontar que, nos termos do último parágrafo do § 261 do StGB, os bens cujos impostos relacionados às condutas do

---

imposto sobre o ganho de capital, ou seja, a diferença entre o valor pelo qual o bem foi adquirido e aquele pelo qual foi vendido.

§ 373 e do § 374 (2) da AO<sup>12</sup> tenham sido evadidos são expressamente previstos como objeto material da lavagem de dinheiro, significando que a própria base imponible é tida como de caráter ilícito<sup>13</sup>.

Nos crimes de fraude fiscal, tanto faz que sejam os tipificados no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, no art. 103º do RGIT ou no art. 305 do CPe, para ficar apenas com as legislações brasileira, portuguesa e espanhola; o que se pune, ao fim e ao cabo, não é a atividade que gerou a renda, mas, a fraude que levou à supressão ou à redução do tributo ou à possibilidade de diminuição das receitas fiscais.

A esse propósito, convém mencionar o que se pode considerar uma incoerência da parte de Germano Marques da Silva (2010, p. 248), pois este também trata de outras situações em que “a proveniência dos bens é lícita, mas que relativamente a eles é praticada *a posteriori* uma fraude fiscal, nomeadamente pela não declaração tributária devida para efeito de tributação”, citando o exemplo do “recebimento de salários ou honorários não declarados à administração tributária”. Diz o autor:

Pode suceder que a vantagem seja contrapartida de acto lícito e só posteriormente, pela omissão da declaração tributária, seja cometida infração tributária, mas pode suceder também que as vantagens sejam *ab initio* provenientes de ilícito tributário, caso em que são todos os valores recebidos ilicitamente que são sujeitos, constituem vantagem da fraude. Os bens que são recebidos legitimamente, que constituem vantagens de um negócio lícito, não são *sujeitos* e por isso não precisam ser *lavados*, ou seja, branqueados. A ilicitude não opera retroactivamente em termos de sujar o que era limpo, mas pode ter relevância a partir do momento da sua prática se, além do ilícito tributário, forem praticados actos posteriores de conversão ou

---

12 Contrabando profissional, violento ou organizado e de receptação, guarda ou venda de bens obtidos por meio da evasão fiscal, quando cometidas no exercício de atividade comercial ou como membro de grupo formado com o propósito de cometimento dessas infrações penais.

13 Menciona Blanco Cordero (2012, p. 403) a existência de críticas na doutrina alemã, por considerar-se que tal previsão legal supõe admitir como objeto material da lavagem bens lícitos pelo fato de não terem sido tributados.



transferência com o fim de ocultar as vantagens ilícitas decorrentes da fraude tributária. De qualquer modo, ainda que posteriormente seja praticado um ilícito tributário não pode considerar-se que é perpetrado o crime de branqueamento na falta do elemento subjetivo específico. (SILVA, 2010, p. 248, grifo do autor).

Vê-se que resulta confusa a distinção realizada pelo citado autor, até porque, tanto faz que seja o rendimento proveniente de salários ou honorários ou de uma transação comercial: o benefício que o agente obtém da não declaração à administração tributária ou de alguma fraude que venha a praticar é a cota tributária defraudada, a parcela sonogada, o tributo não pago, e não o rendimento em si, conforme buscou-se deixar claro aqui<sup>14</sup>.

### 3.3.2 O tributo não pago como objeto material da lavagem de dinheiro

É por isso, pois, que o que se discute aqui não é se o rendimento que gerou a cota tributária defraudada pode ser objeto material da lavagem de dinheiro, mas se essa própria cota pode sê-lo.

Importante registrar que, em Portugal, nos termos do artigo 368º, n. 1, do CPP, as vantagens ou bens provenientes da fraude

---

14 De Carli (2012, p. 110) tem um posicionamento parcialmente coincidente com o de Germano Marques da Silva. Para a autora brasileira, “quando o dinheiro é havido mediante transação onde exista *falsidade de declaração*; *fraude* operada através da inserção de elementos inexatos em documentos ou livros sujeitos à fiscalização; ou *falsificação* ou *alteração* da nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação de venda ou de prestação de serviço, sujeitos à tributação, a ilicitude existe desde o primeiro momento. Logo, para nós, nestas hipóteses de crime contra a ordem tributária, a receita *não* é legal, ou seja, o dinheiro é ilícito” (DE CARLI, 2012, p. 110, grifos da autora). Deduz-se daí que, nesses casos, se a receita em si é ilegal, a autora admite que toda ela seja passível de enquadramento como objeto material da lavagem de dinheiro. Por outro lado, em situações de ocultação da receita legal, que ocorre “quando o crime é apenas a redução ou supressão do tributo pela omissão de declaração sobre rendas, bens ou fatos”, entende De Carli (2012, p. 110) que o dinheiro assim obtido é lícito, por decorrer de atividade legítima, porém, “parte dele, aquela relativa ao imposto devido, torna-se ilícita quando o contribuinte omite informação sobre a renda real, e deixa, em consequência, de recolher o tributo”. Desse modo, é de se entender que, em casos que tais, a parte concernente ao imposto devido é que será o eventual objeto da lavagem de dinheiro.

fiscal são expressamente consideradas como objeto material do crime de branqueamento. Essa vantagem deve ser considerada como correspondente à prestação pecuniária não paga, conforme decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa<sup>15</sup>:

A vantagem patrimonial ilegítima é o montante do imposto que o sujeito passivo deixou de pagar em consequência da omissão da declaração, e os valores a considerar serão os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.

Ainda de acordo com o mencionado julgado, em que se constatou a existência de depósitos em contas na Suíça movimentadas pelo arguido no montante de 101.891,87€, que não declarou ao Fisco,

[...] deve entender-se que o montante concreto branqueado não corresponde ao mencionado valor de 101.891,87€, mas sim ao valor que sobre este deveria pagar a título de IRS<sup>16</sup>, e não pagou, pois só relativamente ao montante de IRS de que se apropriou, e que deveria ter pago ao Estado, é que se verifica a proveniência ilícita da vantagem branqueada.

A propósito, pertinentes são as seguintes observações de Blanco Cordero (2012, p. 412-413, tradução nossa, grifos do autor):

Não é fácil afirmar que a cota defraudada constitui um *bem* no sentido expressado [referindo-se à possibilidade de ser um bem procedente de um delito]. E isso porque o delito fiscal não é como o tráfico de drogas, no qual os bens procedentes do delito serão normalmente o preço da venda das mesmas. De acordo com o art. 305 CP, a ilusão do pagamento de tributos (mediante uma fraude) constitui a conduta típica que gera a *obrigação tributária*, que tem por objeto o pagamento da *cota tributária*. O que surge é a denominada dívida tributária, que segundo o *artigo 58.1 LGT*<sup>17</sup> *está constituída pela cota ou quantidade a*

---

15 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 13 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4ea124142619cd83802577740038bf4d?OpenDocument>>. Acesso em: 15 maio 2015.

16 Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

17 Ley General Tributaria.

*ingressar que resulte da obrigação tributária principal ou das obrigações de realizar pagamentos a conta.* Quer dizer, o bem que procede do delito fiscal é a quantia econômica correspondente à cota tributária. Como sabemos, a cota tributária é uma *quantidade de dinheiro* que constitui normalmente uma proporção que se aplica sobre a base impositiva (gravame). E o dinheiro, evidentemente, constitui um bem no sentido do delito de lavagem de dinheiro. Trata-se, contudo, de uma quantidade de dinheiro que não ingressa no patrimônio do autor do delito fiscal, mas que já se encontra nele porque constitui uma parte do mesmo. Este argumento, sem embargo, não impede considerar que a cota tributária procede do delito fiscal.

Vê-se, pois, que Blanco Cordero expressamente admite a cota tributária como sendo bem procedente de um delito, no caso, de natureza fiscal. Considera esse autor que a cota defraudada “constitui simultaneamente um prejuízo para a Fazenda Pública e um benefício para o defraudador”, configurando, dessa forma, “o benefício ou proveito econômico *derivado do delito* suscetível de ser considerado bem idôneo do delito de lavagem de dinheiro”, de maneira que as condutas descritas no artigo 301 do CPe podem recair sobre a cota tributária (BLANCO CORDERO, 2012, p. 416, tradução nossa, grifo do autor).

Para chegar a tal conclusão, Blanco Cordero (2012, p. 413-417, tradução nossa) utiliza-se das teorias desenvolvidas pela ciência jurídico-penal que tratam da relação de causalidade entre um determinado comportamento e um determinado resultado, especialmente, a teoria da equivalência das condições, para cuja aplicação serve-se da fórmula da *conditio sine qua non*, acabando por afirmar “que um bem procede de uma atividade delitativa prévia quando, suprimindo mentalmente tal atividade prévia, o bem desapareceria em sua concreta configuração”, a qual inclui “tudo o que se relaciona com a existência, composição material, valor ou titularidade econômica”.

Por outro lado, prossegue Blanco Cordero (2012, p. 414, tradução nossa), o nexos causal deixará de existir “se a atividade prévia não constituir uma condição da situação patrimonial atual ou da existência do bem”, de maneira que, se não repercutir direta ou indireta-

mente na existência, composição material, valor, titularidade, posse ou custódia, a atividade delitiva prévia não será causa do bem.

Ademais, se a supressão mental da atividade delitiva levar à exclusão do bem do patrimônio do agente, também aí se poderá falar em conexão causal entre aquela atividade e este bem, podendo-se dizer que este tem sua origem naquela:

Os detratores destacam que a relação causal com a atividade delitiva precisa que o autor obtenha algo que não tinha antes do delito e que este produza um incremento do patrimônio material de seus autores ou partícipes. É evidente que aplicando as teorias causais válidas na ciência jurídico-penal (sem recorrer a causalidades hipotéticas), o delito fiscal supõe um incremento do patrimônio do defraudador, como já indicamos, com bens que de outro modo não estariam no mesmo. E isso vem avalizado pela própria descrição do art. 305 CP, relativo ao delito de fraude fiscal, que quantifica claramente a quantidade de dinheiro que constitui a cota defraudada em mais de 120.000 euros, que são os que incrementam o patrimônio do defraudador. Este dinheiro não estaria em seu patrimônio se não houvesse defraudado a Fazenda Pública e tem, portanto, sua origem e procedência no delito fiscal. (BLANCO CORDERO, 2012, p. 414-415, tradução nossa).

Ainda com Blanco Cordero (2012, p. 415-416, tradução nossa, grifos do autor), este considera que, desde que tenham relevância penal, gastos não realizados e economizados em razão do delito, bem como as dívidas que este gera, podem ser relevantes para fins de lavagem de dinheiro, sendo o que ocorre com o delito de fraude fiscal tipificado no art. 305 do CPe, o qual efetivamente ocasiona uma economia de gastos; no entanto, traduz tal economia “em uma quantidade de dinheiro, isto é, *outorga relevância penal* aos gastos economizados, neste caso, a cota tributária defraudada, que deve superar os 120.000 euros”, quantia essa que “é o *bem derivado do delito* e, portanto, é idônea para ser objeto material do delito de lavagem”, não importando para efeitos deste último delito que já se encontrasse em poder do defraudador.

Panoeiro (2014, p. 243) trata dessa questão de os valores, na sonegação fiscal, já integrarem o patrimônio do agente fazendo

um paralelo com o crime de estelionato, tipificado no art. 171 do CP, mais especificamente, com um tipo particular de estelionato, praticado por meio da adulteração no medidor de energia elétrica, levando a que o consumo registrado seja inferior ao real, fraudando a empresa fornecedora.

No exemplo trazido por aquele autor, o agente, após consumo residencial de energia elétrica, retrocedia o relógio, com o objetivo de pagar valor a menor, de modo que a companhia de energia teria sido induzida a erro, efetuando cobrança a menor. Conforme Panoeiro (2014, p. 243), a semelhança entre esse estelionato e o delito fiscal repousaria “no descumprimento de obrigação, derivada de contrato e da lei, respectivamente”, de maneira que, no estelionato, “a lesão guardaria certa identidade com a do crime tributário”.

Na lição de Hungria (1958, p. 210, grifo do autor), mencionada por Panoeiro (2014, p. 243-244):

A locupletação deve ser *ilícita*, isto é, não corresponder, objetiva e subjetivamente, a qualquer direito. [...] A lesão, no estelionato, pode atingir qualquer bem, interesse ou direito patrimonial (pessoal ou real), sem exclusão dos direitos imobiliários. Pode consistir em desfalcado de alguma coisa o patrimônio alheio, onerá-lo com alguma obrigação sem a correlativa contraprestação, ou privá-lo de uma dívida ou de não aleatórios lucros futuros.

Ora, no crime tributário por excelência, a fraude fiscal, a administração tributária é privada da receita fiscal, no montante equivalente ao do tributo não pago ou reduzido, sendo esse montante a vantagem pecuniária obtida pelo agente, à qual o legislador penal atribui relevância, tanto que, conforme a menção feita por Blanco Cordero ao direito espanhol, só haverá fraude fiscal naquele ordenamento jurídico se o valor da cota tributária defraudada superar 120 mil euros.

Tal também ocorre no ordenamento português, que prevê expressamente no artigo 103º, n. 2, do RGIT que os fatos previstos no citado dispositivo penal “não são puníveis se a vantagem patrimonial ilegítima for inferior a (euro) 15.000”.

No Brasil, embora a Lei n. 8.137/1990 não estabeleça nenhum valor limite para a caracterização do crime contra a ordem tributária, a jurisprudência, construída preponderantemente em relação ao crime de descaminho (Código Penal, art. 334), tem aplicado o princípio da insignificância para afastar a tipicidade da conduta quando o montante dos tributos iludidos não ultrapassar determinada quantia, que, conforme o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>18</sup>, será de vinte mil reais, e, segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>19</sup>, de dez mil reais.

De qualquer forma, embora o patamar abaixo do qual a conduta de evasão de tributos será atípica em decorrência da aplicação do princípio da insignificância ainda não esteja definido, é certo que tanto o STF quanto o STJ atribuem relevância penal ao montante de tributos evadido.

Tem-se, destarte, o reconhecimento legal e jurisprudencial de que a prestação tributária não entregue constitui uma vantagem econômica ilícita. De outra parte, é inegável que tal vantagem, que já integrava o patrimônio do agente, somente nele remanesce em decorrência de um delito fiscal: então, se esse delito produziu uma vantagem pecuniária ilícita, esta pode e deve ser considerada como objeto material da lavagem de dinheiro<sup>20</sup>.

---

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126746 AgR, Relator(a): min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 14.4.2015, processo eletrônico *DJe*-084 divulg. 6.5.2015 public. 7.5.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28penal+e+descaminho+e+insignific%E2ncia%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ls4hprg>>. Acesso em: 11 maio 2015.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 307.791/SP, rel. ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5.3.2015, *DJe* 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=penal+e+sonoga%E7%E3o+e+insignific%E2ncia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=penal+e+sonoga%E7%E3o+e+insignific%E2ncia&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1)>. Acesso em: 11 maio 2015.

20 Igualmente favoráveis à inclusão dos delitos fiscais entre os antecedentes da lavagem de dinheiro, podem ser citados: Aránguez Sánchez (2000, p. 186-187), que vê “hipocrisia política-criminal” quando se tipifica a fraude fiscal para, logo em seguida, ao invés de potencializar a sua persecução, restringir-se a reprovação desse delito, com

Nesse mesmo sentido aqui propugnado, Badaró e Bottini afirmam que “todos os bens *originados* pela *sonegação* serão objeto da lavagem de dinheiro caso ocultos ou mascarados”, acrescentando, porém, que “o *produto* da lavagem de dinheiro será apenas a parcela sonegada e não a totalidade do valor que gerou a obrigação fiscal”. Ainda de acordo com os referidos autores, a sonegação, no caso, “pode se dar pelo recebimento de *devoluções* de valores pelo fisco ou pela *manutenção* de valores que deveriam ter sido pagos, sempre por meio das condutas típicas de crimes tributários (Lei n. 8.137/1990)”, de maneira que “*apenas* essas parcelas são *objeto da lavagem de dinheiro*, restando imaculado o resto do capital sobre o qual incidiu o tributo” (2013, p. 73-74, grifos dos autores).

Por outro lado, Badaró e Bottini defendem que, se o valor previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, de dez mil reais, for utilizado como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários, “a sonegação até essa quantia será *atípica* e a parcela *sonegada* não será *objeto* de lavagem de dinheiro”<sup>21</sup> (2013, p. 74, grifos dos autores).

---

o estabelecimento de “diferenças artificiais” em relação aos outros apenados com a mesma severidade, não percebendo nenhuma razão para que, em relação à lavagem, os crimes contra a Fazenda Pública tivessem tratamento diferenciado de outros delitos graves (o autor falava em uma época em que os delitos prévios não se referiam a todas as atividades delitivas); Angelini (2008, p. 136-145); Castilho (2004, p. 49-57); D’Álora (2001); Lombardero Expósito (2009, p. 161-164); Mallada Fernández (2012, p. 172-177) e Weber e Moraes (2013, p. 348-350 e 359-360).

- 21 Conforme se vê da própria divergência entre STF e STJ acerca do patamar aplicável para a caracterização da insignificância nos crimes de descaminho e contra a ordem tributária, definir-se, desde já, que se a parcela sonegada ficar abaixo de dez mil reais ou de vinte mil reais, não poderá ser considerada objeto material da lavagem de dinheiro, parece prematuro, até porque ambas as Cortes estão de acordo com o afastamento da insignificância em caso de reiteração da conduta. Então, ainda que se admita qualquer desses dois patamares, no caso concreto, será necessário analisar, ainda, a existência de outras autuações fiscais lavradas contra o agente, pois, se, apesar do valor, a insignificância for afastável pela reiteração da conduta, esta será típica e, portanto, o tributo sonegado poderá ser considerado objeto material da lavagem de dinheiro. Essa questão da aplicação da insignificância em delitos fiscais no Brasil é abordada de maneira mais aprofundada por Panoeiro (2014, p. 202-211), que apresenta uma solução *de lege ferenda*, à qual se adere aqui, no sentido de que

Esse entendimento de que a cota tributária defraudada pode ser objeto material da lavagem de dinheiro foi referendado, por maioria de votos, pelo TS (STS 8701/2012, tradução nossa), que assim se pronunciou acerca da matéria:

Definitivamente, a cota defraudada constitui um bem no sentido do art. 301 CP, que constitui simultaneamente um prejuízo para a Fazenda Pública e um benefício para o defraudador (para algum autor o incremento do patrimônio do defraudador por sua atividade delitativa implica a diminuição do patrimônio do erário público). E ademais supõe o benefício ou proveito econômico derivado do delito suscetível de ser considerado bem idôneo do delito de branqueamento de capitais. Portanto, as condutas típicas descritas no art. 301 CP podem recair sobre a cota tributária.

Registre-se que, para chegar a tal conclusão, embora sem citá-lo, o julgado do TS utiliza-se dos mesmos fundamentos expostos por Blanco Cordero para considerar a cota tributária defraudada objeto material da lavagem de dinheiro.

---

“o ideal seria que se colhesse na experiência espanhola [e também na portuguesa, acrescenta-se] um exemplo de regulamentação adequada a tais situações, o que se daria, por exemplo, pela fixação de valor no próprio tipo penal e, além disso, do período de apuração ou determinado quantitativo de fatos praticados, que traduzam a afetação relevante do bem”. Outra dificuldade para a definição desse limite para a aplicação do princípio da insignificância é que, conforme exposto em julgado do STJ, que trata de um caso de sonegação de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), tributo da competência dos estados e do Distrito Federal, e não da União (CF/1988, art. 155, II), “[t]al entendimento, contudo, tem aplicação somente aos tributos da competência da União. Para ser estendido ao âmbito estadual, necessária seria a existência de lei local no mesmo sentido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 307.791/SP, rel. ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5.3.2015, *DJe* 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=penal+e+crime+e+ordem+e+tribut%E1ria+e+insignific%E2ncia+e+icms+e+tributo+e+estadual&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22 jan. 2017). Portanto, a aplicação do princípio da insignificância para afastar a possibilidade de a prestação tributária não paga ser considerada, em cada caso concreto, objeto material da lavagem de dinheiro deveria levar em consideração eventual limite estabelecido pelas respectivas legislações para o arquivamento das execuções fiscais das Fazendas de cada ente. Tal só reforça a necessidade de, conforme proposto por Panoeiro (2014, p. 202–211), o valor abaixo do qual a conduta não seria típica seja fixado no próprio tipo penal.



Importante relembrar que a Corte de Cassação italiana, na já mencionada sentença n. 6.061/2012 (tradução nossa), enunciou, como princípio de direito, que, entre os crimes precedentes do *riciclaggio*, também está incluído o crime de fraude fiscal a partir do qual o agente, ao evitar o pagamento de tributos, “consegue uma economia de despesa que se traduz numa ausência de decréscimo do patrimônio, e, portanto, em uma evidente utilidade de natureza econômica”.

#### **4 Referência à Súmula Vinculante n. 24 do STF e à exigência de decisão administrativa definitiva acerca da constituição do crédito tributário**

Resolvida a questão concernente à possibilidade de os delitos fiscais poderem ser considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, é inevitável abordar o problema da exigência da constituição definitiva do crédito tributário para a consumação da sonegação fiscal, ante o disposto na Súmula Vinculante n. 24 do STF<sup>22</sup>, que estabelece o seguinte: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

O precedente representativo dessa Súmula Vinculante é o HC n. 81.611/DF, julgado em 10 de dezembro de 2003, tendo por relator o ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa segue abaixo transcrita:

EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADIInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8.137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administra-

---

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 24. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 12 maio 2015.

tivo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo<sup>23</sup>.

Desse precedente representativo da mencionada súmula vinculante, destacam-se os seguintes trechos do voto do ministro Cezar Peluso, que acompanhou o relator:

De modo que, sendo tributo elemento normativo do tipo penal, este só se configura quando se configure a existência de tributo devido, ou, noutras palavras, a existência de obrigação jurídico-tributária exigível. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição desse elemento normativo do tipo não depende de juízo penal, porque, dispõe o Código Tributário, é competência privativa da autoridade administrativa defini-lo. Ora – e aqui me parece o cerne da argumentação do eminente Relator –, não tenho nenhuma dúvida de que só se caracteriza a existência de obrigação jurídico-tributária exigível, quando se dê, conforme diz Sua Excelência, a chamada preclusão administrativa, ou, nos termos no Código Tributário, quando sobrevenha cunho definitivo ao lançamento. [...] E isso significa e demonstra, a mim me parece que de maneira irrespondível, que o lançamento tem natureza predominantemente constitutiva da obrigação exigível: sem o lançamento, não se tem obrigação

---

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 81.611, Relator(a): min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10.12.2003, DJ 13 maio 2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28penal+e+sonega%E7%E3o+e+consuma%E7%E3o%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzterje>>. Acesso em: 13 maio 2015.

tributária exigível. [...] Retomando o raciocínio, o tipo penal só estará plenamente integrado e perfeito à data em que surge, no mundo jurídico, tributo devido, ou obrigação tributária exigível. Antes disso, não está configurado o tipo penal, e, não o estando, evidentemente não se pode instaurar por conta dele, à falta de justa causa, nenhuma ação penal<sup>24</sup>.

Pois bem, conforme exposto posteriormente pelo mesmo ministro Cezar Peluso quando da discussão da então Proposta de Súmula Vinculante n. 29 Distrito Federal<sup>25</sup>, em sessão do Tribunal Pleno do STF, ocorrida em 2 de dezembro de 2009, naquele momento já estava assentado que, se “há dúvida sobre a existência do crédito, evidentemente há dúvida sobre a existência do elemento normativo do tipo”; havia, porém, naquele momento, divergências quanto a fundamentos, especialmente sobre a existência de condição de procedibilidade ou sobre a inexistência de elemento normativo do tipo.

No entanto, julgados mais recentes deixam patente que, na compreensão do STF, não se trata o lançamento definitivo do tributo de uma condição objetiva de punibilidade, mas, de requisito para a própria consumação do crime, de modo que a conduta será atípica enquanto não verificado o caráter definitivo do lançamento do tributo.

Assim, por exemplo, no HC n. 122.755/PE, de relatoria do ministro Luiz Fux, decidiu a Primeira Turma do STF do seguinte modo:

[...]. 1. Os crimes contra a ordem tributária previstos no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, pressupõem a prévia constituição definitiva do crédito na via administrativa para fins de tipificação

---

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 81.611, voto do ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 10.12.2003, DJ 13 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 12 maio 2015.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 29. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_29.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_29.pdf)>. Acesso em: 13 maio 2015.

da conduta (Súmula Vinculante n. 24 desta Corte, verbis: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”). Precedentes: HC 108.159, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 19.04.13; HC 105.197, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 15.06.12. 2. A ratio da Súmula Vinculante n. 24 é a exigibilidade do exaurimento da via administrativa para a consumação do ilícito tributário. [...]²⁶.

Conclui-se daí, portanto, que, embora a redução ou supressão do tributo já tenha se configurado, ainda não haverá crime contra a ordem tributária enquanto o lançamento não se tornar definitivo. Nesse sentido, diz Pelella (2013, p. 356, grifos do autor) que

[...] o fato causador da suposta supressão/redução do tributo e *potencialmente criminoso* só poderá ser assim considerado quando houver decisão definitiva sobre a questão na seara tributária. Enquanto pendente tal decisão, o fato, podemos dizer, experimenta um estado de *latência típica*. Em palavras mais simples: *o fato ainda não é típico*.

Importante dizer que a conclusão a que chegou aquele autor não significa sua concordância com a tese adotada pelo STF, inicialmente, no HC n. 81.611 e sedimentada na Súmula Vinculante n. 24, mas, apenas, aceitação do fato consumado, a partir do qual, “procurando preservar ainda uma nesga de coerência interpretativa”, estabelece que:

a) a prejudicial administrativa, se admitida, é condição objetiva do tipo (e não da punibilidade); b) enquanto não ultimado o procedimento na seara tributária, não há de se falar em fato típico; c) sem que haja consumação, não correrá a prescrição, não porque estaria suspensa, mas pelo simples motivo de que não há ação exercitável apta a deflagrar a pretensão punitiva do Estado. (PELELLA, 2013, p. 360).

---

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 122.755/PE, rel. min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28penal+e+ordem+adj+tribut%E1ria+e+crime+consuma%E7%E3o%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/prlolrt>>. Acesso em: 13 maio 2015.

Tal, na prática, implica a submissão da instância penal à administrativa<sup>27</sup>, uma vez que “a tipicidade, nesse caso, fica a depender de conduta lícita, vinculada e praticada de ofício pela administração” (PELELLA, 2013, p. 356).

Intuitivamente, a verificação acerca da existência de crédito de natureza tributária assemelhar-se-ia mais a uma atividade de *constatação* da figura típica e não componente de sua própria *formação*. Mas não há remédio. Com efeito, se o fato de o ser delito material impõe à persecução penal a prejudicialidade de ver constituído definitivamente o crédito tributário na seara administrativa, o lançamento não é mera *verificação da materialidade delitiva*, mas etapa *própria da constituição do tipo*. (PELELLA, 2013, p. 356, grifos do autor).

Ora, a mesma conclusão extraída por Pelella para definir que não há contagem da prescrição enquanto não se tornar definitivo o lançamento tributário (que, de resto, resulta clara das discussões que levaram à aprovação da Súmula Vinculante n. 24), por ainda não ter havido consumação do delito fiscal, conduz à conclusão de que, se crime tributário ainda não existe, e enquanto não houver a constituição definitiva do crédito na via administrativa, nenhum ato de ocultação/dissimulação da origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do montante equivalente ao da parcela sonogada já significará lavagem de dinheiro, dado que ainda

---

27 Na Espanha, ocorre o contrário, ou seja, é a instância administrativa que se submete à penal, dada a vigência do “princípio da não concorrência de infrações tributárias”, disciplinado no art. 180 da LGT (tradução nossa), que determina que, se a administração tributária estimar que a infração pode ser constitutiva de delito contra a Fazenda Pública, dará conhecimento à jurisdição competente ou remeterá o expediente ao Ministério Público, abstendo-se de dar seguimento ao procedimento administrativo. A “sentença condenatória da autoridade judicial impedirá a imposição de sanção administrativa”. A propósito da submissão da instância administrativa à penal no contexto da evolução do tratamento da fraude fiscal na Espanha, cf. Panoeiro (2014, p. 276-288). Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, especialmente a respeito da paralização administrativa ante os indícios de delito fiscal, o princípio *ne bis in idem* e o problema do “paralelismo procedimental”, cf. Espejo Poyato (2013, p. 424, tradução nossa), que entende, no entanto, que “o delito fiscal não deve paralisar a prática da liquidação”. Também sobre a concorrência do procedimento sancionador tributário com um procedimento penal, cf. Almudí Cid (2009, p. 504-505).

não se poderá dizer que tal parcela seja decorrente de infração penal tributária, pois esta simplesmente não se consumou<sup>28</sup>.

Destarte, a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012, não há mais empecilhos a que os delitos fiscais possam ser considerados crimes antecedentes da lavagem de dinheiro.

Todavia, a efetividade da persecução da reciclagem de capitais oriundos da sonegação fiscal é comprometida pela compreensão, consolidada na Súmula Vinculante n. 24 do STF, de que a consumação do delito tributário depende da constituição definitiva do crédito tributário, pois, somente após esse fato é que a parcela sonegada poderá ser considerada objeto material da lavagem, o que pode resultar em um tempo demasiado largo para que aquela possa ser concretizada e individualizada.

## 5 Conclusões

Do exposto, tem-se que os delitos fiscais podem ser crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, uma vez que são “produtores” de capitais de origem ilícita, tanto no que se refere a valores provenientes de reembolsos/restituições/devoluções obtidos ilícitamente quanto em relação à prestação tributária não entregue.

Nesse último caso, é inegável que tal prestação pecuniária, que já integrava o patrimônio do agente, somente nele remanesce

---

28 Cabe, neste ponto, sem maiores aprofundamentos, destacar a existência de controvérsia sobre ser a lavagem de dinheiro, especialmente, nas modalidades de ocultação ou dissimulação, crime instantâneo ou permanente. De Carli (2013, p. 245-246) e Aras (2012, p. 6), por exemplo, defendem o caráter permanente da lavagem, ao passo em que Bottini (2017) sustenta ser delito instantâneo. Assim, tendo sido praticadas operações de ocultação ou dissimulação do montante equivalente à parcela sonegada após o vencimento do prazo para o pagamento do tributo, mas antes da constituição definitiva do crédito tributário, elas somente poderão vir a ser consideradas típicas caso, adotando-se o entendimento de que a lavagem de dinheiro é crime permanente, constate-se a manutenção da ocultação ou da dissimulação após o lançamento do tributo, ou, ainda, se, após esse último evento, mesmo compreendendo que se trate de delito instantâneo, lograr-se demonstrar a ocorrência de novas movimentações, hábeis a aprofundar a ocultação ou a dissimulação da origem dos valores sonegados.

em decorrência de um delito fiscal: então, se esse delito produziu uma vantagem pecuniária ilícita, esta pode e deve ser considerada como objeto material da lavagem de dinheiro.

Porém, dada a exigência da constituição definitiva do crédito tributário para a consumação da sonegação fiscal, somente após esse fato é que a parcela sonegada poderá ser considerada objeto material da lavagem, o que compromete a efetividade da persecução da lavagem de capitais oriundos de delitos fiscais, dado o tempo demasiado largo que pode levar até que a prestação tributária não paga possa ser concretizada e individualizada.

## Referências

ALMUDÍ CID, José Manuel. El procedimiento sancionador em materia tributaria. In: TOLEDO Y UBIEDO, Emilio Octavio (Dir. e Coord.). *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 423-522.

ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. Delito fiscal y blanqueo de capitales. *Legaltoday.com*, [S. 1.], 18 maio 2009. Disponível em: <[http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/blanqueo\\_capitales/delito-fiscal-y-blanqueo-de-capitales](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/blanqueo_capitales/delito-fiscal-y-blanqueo-de-capitales)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

ANGELINI, Marco. *Il reato di riciclaggio: (art. 648 bis c. p.): aspetti dogmatici e problemi applicativi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, ago. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Arazandi, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: crime permanente ou instantâneo? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 maio 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/direito-defesa-lavagem-dinheiro-crime-permanente-ou-instantaneo>>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de motivos n. 692/MJ*. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

CAPDEVILLE, Jérôme Lasserre. Le délit de blanchiment de fraude fiscale peut être caractérisé même si les conditions procédurales nécessaires à la poursuite pour fraude fiscale n'ont pas été respectées. *La Semaine Juridique*, [S. l.], Édition Entreprise et Affaires, n. 26, p. 18-20, 26 jun. 2008.

CAPPA, Ermanno; CERQUA, Luigi Domenico. *Il riciclaggio del denaro: il fenômeno, il reato, l enorme di contrasto*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

CASTALDO, Andrea R.; NADDEO, Marco. *Il denaro sporco: prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*. Padova: Cedam, 2010.



CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*. Barcelona: Bosch, 2011.

D'ÁLBORA, Francisco J. Lavado de dinero y delito tributário. *NDP – Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2001/A, p. 3-10, 2001.

DÁ MESQUITA, Paulo. A tutela penal das deduções e reembolsos indevidos de imposto: contributo para uma leitura da protecção dos interesses financeiros do estado pelos tipos de fraude fiscal e burla tributária. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 23, n. 91, p. 55-80, jul./set. 2002.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

\_\_\_\_\_. Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 215-274.

ESPEJO POYATO, Isabel. *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia com la defraudación fiscal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 91, p. 5-26, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 7.

LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona: Bosch, 2009.

LUZÓN CAMPOS, Enrique. Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja Mcfly. *Diario La Ley*, Madrid, n. 718, ano XXXIII, ref. D-120, p. 1779-1781, 14 mar. 2012.

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga. *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

MARTINEZ EGAÑA, Daniel. El delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales em Alemania. *Cronica Tributaria*, Madrid, n. 141, p. 149-177, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PANOEIRO, José Maria. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PELELLA, Eduardo. Sobre a prescrição nos crimes tributários: a *actio nata* e a prejudicial administrativa. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 339-361.

REQUE MATA, Susana. ¿Puede considerarse el delito fiscal delito previo al delito de blanqueo de capitales? In: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). *I Congresso de prevenção y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 285-288.

RUANO MOCHALES, Teresa. Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. *Diario La Ley*, Madrid, n. 7352, ano XXXI, ref. D-64, p. 1599-1606, 1º mar. 2010.

SANTOS TAPIA, Juan Carlos. El delito fiscal como subyacente del delito de blanqueo de capitales. In: ABEL SOUTO, Miguel; SANCHEZ STEWART, Nielson. *I Congresso de prevenção y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 289-291.

SILVA, Germano Marques da. O crime de branqueamento de capitais e a fraude fiscal como crime pressuposto. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 239-253.

WEBER, Patrícia Maria Nuñez; MORAES, Luciana Furtado de. Infrações penais antecedentes. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 325-375.



# O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro

Tássia Louise de Moraes Oliveira

Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa.

**Resumo:** Diante da nova conformação constitucional brasileira, inaugurada em 1988, coube ao Ministério Público a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda conforme os preceitos plasmados na Carta Magna e na legislação penal infraconstitucional, cabe ao órgão ministerial a promoção da ação penal pública. Assim, a doutrina brasileira majoritariamente entende que o ordenamento normativo pátrio consagrou o princípio da indisponibilidade da ação penal, entendimento este que não merece subsistir, uma vez que nenhum artigo do ordenamento jurídico nacional expressamente prevê que o exercício da ação penal seja, de fato, obrigatório, sendo tal princípio um verdadeiro dogma entre os juristas brasileiros. Desta forma, buscando demonstrar que o princípio da indisponibilidade não encontra amparo no sistema normativo pátrio, a metodologia deste artigo consistiu no levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada sobre o princípio da obrigatoriedade, bem como o método dogmático-jurídico, a fim de analisar a legislação pátria, além do método comparativo, visando confrontar o ordenamento brasileiro com a legislação estrangeira.

**Palavras-chave:** Obrigatoriedade. Ação penal. Processo penal.

**Abstract:** Facing the new Brazilian constitutional conformation, inaugurated in 1988, it was incumbent upon the Public Prosecution Service to defend the legal system, the democratic regime and the unavailable social and individual interests. Also according to the provisions set forth in the Magna Carta and infraconstitutional criminal legislation, it is the respon-

sibility of the ministerial body to promote public criminal action. Thus, Brazilian doctrine largely understands that the national legal order has enshrined the principle of the unavailability of criminal action, an understanding that does not deserve to exist, since no article of national constitutional or infraconstitutional legislation expressly provides that, in fact, the criminal action is obligatory, being such a principle a true dogma among Brazilian jurists. Thus, trying to demonstrate that the principle of unavailability is not covered by the normative order of the country, the methodology of this work consisted of a bibliographical survey and review of the specialized literature on the principle of obligatoriness, as well as the dogmatic-juridical method, to analyze the national legislation, in addition to the comparative method, in order to compare Brazilian law with foreign law.

**Keywords:** Obligatoriness. Criminal action. Criminal procedure.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A obrigatoriedade da ação penal: origem e evolução no Direito brasileiro. 3 Anotações acerca da obrigatoriedade da ação penal no Direito Comparado. 4 O princípio da obrigatoriedade e a Lei n. 9.099/1995. 5 A independência funcional dos órgãos do Ministério Público e a obrigatoriedade da ação penal pública. 6 A nova identidade do Ministério Público pós-1988. 7 O mito da indisponibilidade da ação penal no Brasil. 7.1 A obrigatoriedade da ação penal e a racionalidade penal moderna. 8 Considerações finais.

## 1 Introdução

Em face dos misteres que lhe foram constitucionalmente atribuídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público consagra-se enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim, do ponto de vista dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o órgão ministerial estaria obrigado a atuar, desde que presentes as condições legalmente estabelecidas. Desta forma,

na esfera criminal, o Ministério Público figura como o titular da ação penal, nos termos do art. 129, inciso I, da Carta de Outubro.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal (também conhecido como princípio da legalidade, da oficialidade, da necessidade ou indisponibilidade), o *Parquet* vê-se obrigado a oferecer a denúncia, iniciando o processo penal, assim que tomar conhecimento de uma conduta típica, antijurídica e agente culpável, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade.

Por conseguinte, a atuação ministerial seria vinculada, inexistindo a opção de não denunciar nesses casos, ainda que por razões de política criminal, considerando-se a natureza indisponível do interesse público.

Ressalte-se, todavia, que essa sistemática de obrigatoriedade não se aplica a todas as modalidades de ação penal. Nas ações de iniciativa privada e naquelas condicionadas à representação do ofendido prevalecem os princípios da oportunidade e da disponibilidade. Assim, nestas hipóteses, por motivos de conveniência, economicidade, interesse e utilidade processual, mostra-se possível a desistência do processo, a renúncia ao direito de desencadear a ação penal contra o autor do fato, bem como o perdão do ofendido e a perempção (arquivamento dos autos em razão da desídia do autor).

Destarte, em que pese o entendimento acerca da obrigatoriedade prevalecer no País, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo, seja na Constituição ou na legislação infraconstitucional, que estabeleça que a ação penal seja obrigatória.

No Brasil, a ideia da indisponibilidade estaria supostamente prevista no art. 24 do Código de Processo Penal, que determina que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Da mesma forma, a suposta obrigatoriedade também estaria estampada no art. 100, § 1º, do Código Penal, que informa que “a

ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, aliados ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal, observa-se que estes apenas estabelecem que a ação pública é de titularidade do Ministério Público, determinando-lhe a função institucional, mas não impõem a obrigação de exercê-la.

Assim, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa no sentido de impor a obrigatoriedade da ação penal, verifica-se que, em que pese a sistemática da indisponibilidade prevalecer na doutrina e na jurisprudência, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a obrigatoriedade da ação penal, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, conforme se analisará em capítulo específico.

Neste sentido, considerando-se o entendimento legalista e civilista que prevalece no Brasil, em razão da nossa herança cultural jurídica romano-germânica, buscar-se-á desconstruir o mito da indisponibilidade da ação penal pública, demonstrando que o órgão ministerial poderá exercer discricionariedade no exercício da ação, optando por não denunciar o agente criminoso por razões de conveniência pessoal e de política criminal.

Buscando atingir os fins a que se propõe o presente artigo, no primeiro capítulo, disserta-se sobre a origem e evolução da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, desde o período colonial, até a edição do Código do Processo Penal atualmente vigente.

Logo em seguida, no capítulo subsequente, busca-se, por meio do Direito Comparado, trazer à baila anotações acerca da obrigatoriedade da ação penal em outros ordenamentos jurídicos, comparando-os com a ordenação normativa brasileira.

Em momento posterior, destaca-se a Lei n. 9.099/1995, que veio a mitigar a indisponibilidade da ação penal no Brasil, trazendo



em seu bojo os institutos despenalizadores da transação penal, da conciliação e da suspensão condicional do processo.

No capítulo quinto, disserta-se sobre a independência funcional dos órgãos do Ministério Público, constatando-se que o deslocamento dos princípios da disponibilidade da ação e oportunidade reforçam a garantia de liberdade de convicção dos membros do *Parquet*.

À guisa de conclusão, delinea-se um breve perfil do Ministério Público, enquanto guardião da sociedade e do ordenamento jurídico, após a promulgação da Constituição de 1988.

Por fim, busca-se dissertar sobre o mito construído pela doutrina acerca da indisponibilidade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, sublinhando que os dispositivos invocados por aqueles que defendem a obrigatoriedade datam da década de 1940, época em que prevalecia o pensamento conservador e individualista, que não mais se harmoniza com os preceitos da Carta Maior vigente, além de ser destacada, em tópico específico, a influência da racionalidade penal moderna para a construção da sistemática da obrigatoriedade, sustentando-se, ainda, a necessidade de superação do paradigma da indisponibilidade.

## **2 A obrigatoriedade da ação penal: origem e evolução no Direito brasileiro**

No sistema processual acusatório<sup>1</sup>, a jurisdição penal reclama ser provocada mediante o exercício do direito de ação. Nesta sistemática, o Ministério Público, enquanto *dominis litis*, desempenha a função de exercitar o poder punitivo do Estado, deflagrando a ação penal.

---

1 O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se a acusação e a defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Nesta sistemática, há a separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo configura-se como legítimo *actum trium personarum* (LIMA, 2016, p. 39).

Desta forma, por meio do Ministério Público, o Estado assume a titularidade da persecução criminal em juízo, sem que haja o comprometimento da imparcialidade e da inércia jurisdicional, de modo que as três funções do processo penal (defender, acusar e julgar) são entregues a sujeitos distintos. Neste sentido, tem-se que o processo penal é, simultaneamente, instrumento de repressão penal e também uma ferramenta de autolimitação do *jus puniendi* estatal.

A indisponibilidade da ação na esfera criminal é tradicionalmente conceituada como o dever incumbido ao Ministério Público de promover todas as medidas judiciais necessárias e previstas à aplicação de uma sanção criminal, sempre que for identificada a prática de um fato típico, antijurídico e agente culpável, havendo indícios seguros e suficientes de autoria e materialidade.

Dissertando sobre a temática, Renato Brasileiro de Lima pondera:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal. (LIMA, 2016, p. 229).

Na mesma linha de raciocínio, aduz Souza:

A regra da obrigatoriedade insere-se nos mecanismos de suporte do próprio Estado Democrático de Direito, destinada que está a impedir análises arbitrárias e potestativas acerca da conveniência de provocar-se a jurisdição penal, trazendo à sociedade a certeza de que o responsável pela prática de um delito será submetido ao cânone do devido processo legal. (2007, p. 163).

Atualmente, com a vigência do Código de Processo Penal (CPP) editado em 3 de outubro de 1941 (Decreto-Lei n. 3.689),

o princípio da indisponibilidade encontra-se supostamente consagrado no art. 24 do CPP, o qual estabelece que, nos delitos cuja persecução ocorra mediante ação penal pública, esta será promovida pelo Ministério Público.

Durante a época colonial, por sua vez, vigoraram no Brasil as Ordenações Manoelinas e Filipinas, permanecendo vigentes tais diplomas normativos enquanto a Colônia brasileira permaneceu subordinada a Portugal.

Com o processo de Independência (1822), sucedendo-lhe o Império, adveio a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e, em seguida, no ano de 1832, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Neste sentido, previa a codificação de 1832 que, para os “crimes públicos”, a instauração da investigação criminal bem como do processo penal dar-se-ia pelo próprio juiz, em regra, podendo o magistrado também ser provocado a agir mediante o oferecimento de *notitia criminis* por qualquer do povo.

Ademais, previa o Código imperial, em seu artigo 335, que “o Promotor Público denunciará e promoverá as acusações nos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houver parte”.

Ainda no contexto imperial, o Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, em seu artigo 222, determinava que “nos casos em que ao Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a acusação”.

Com a proclamação da República e a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a competência para legislar sobre matéria processual penal fora atribuída aos estados da Federação, de modo que alguns estados, como São Paulo, continuaram aplicando o Código Imperial, enquanto outros, a exemplo da Bahia e Minas Gerais, editaram suas próprias codificações. Segundo Souza, mesmo nesta época, todos os códigos vigentes no Brasil mantiveram, de forma implícita ou explícita, o princípio da indisponibilidade (2007, p. 162).

Reunificando as normas processuais, no ano de 1941, foi editado o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal atualmente vigente, que, conforme visto, segundo o entendimento predominante no Brasil, consagra a indisponibilidade da ação penal.

Faz-se importante consignar, outrossim, o comando inserto no art. 30 do Código de Processo Penal Militar, que determina ser a denúncia apresentada sempre que houver prova de fato, em tese, constituidor de crime, havendo indícios de autoria.

### **3 Anotações acerca da obrigatoriedade da ação penal no direito comparado**

Em relação à obrigatoriedade de exercício do poder punitivo estatal, outros ordenamentos jurídicos estrangeiros estabelecem diferentes sistemáticas no que tange ao exercício da ação penal.

Na Alemanha, o Código de Processo Penal germânico (*Strafprozeßordnung* – StPO), em seu artigo 153<sup>2</sup>, determina expressamente o princípio da oportunidade da ação penal, autorizando ao titular da ação dispensar a acusação, com a aprovação do tribunal competente, quando verificada a ausência de interesse público na instauração do processo.

Prevê ainda a legislação processual alemã que a aprovação do tribunal restará dispensada nas hipóteses de delito de pequena monta, sem aumento de pena, ou se as consequências decorrentes da prática delitiva forem mínimas. Ainda nessas hipóteses, mesmo

---

2 No original: “§ 153 (1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind. Fonte: Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

que o acusado responda a processo, o tribunal pode, com a anuência do Ministério Público e do próprio denunciado, encerrá-lo no estágio em que se encontrar (TIVERON, 2014, p. 394).

Ao seu turno, o Código Penal e o Código de Processo Penal portugueses passaram por reformas, de modo a flexibilizarem a obrigatoriedade da ação penal pública, tendo sido criados institutos como o “arquivamento em caso de dispensa de pena”, artigo 280<sup>3</sup>, e da “suspensão provisória do processo”, artigo 281, ambos do Código de Processo Penal português.

Na França, a legislação penal consagra a princípio da oportunidade da ação penal, previstos nos artigos 40<sup>4</sup> e 40-1 do Código

---

3 No original: “art. 280 – Arquivamento em caso de dispensa de pena: 1 – Se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa. 2 – Se a acusação já tiver sido deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido, se se verificarem os pressupostos de dispensa da pena. 3 – A decisão de arquivamento, em conformidade com o disposto nos números anteriores, não é susceptível de impugnação”. Fonte: Código de Processo Penal português. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

4 No original: “Article 40 Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l’article 40-1. Tout autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire que, dans l’exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d’un crime ou d’un délit est tenu d’en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Article 40-1 Lorsqu’il estime que les faits que ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l’article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l’identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l’action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s’il est opportun: 1<sup>o</sup> Soit d’engager des poursuites; 2<sup>o</sup> Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2; 3<sup>o</sup> Soit de classer sans suites la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient”. Fonte: Código de Processo Penal francês (Código de procédure penale). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

de Processo Penal (*classement sans suite*). Ressalte-se, todavia, que a decisão de arquivamento tomada pelo Promotor de Justiça não faz coisa julgada material, sendo passível de revisão e reforma a qualquer tempo, enquanto não prescrita a pretensão punitiva. Para que o órgão ministerial promova o arquivamento da ação, basta que o mesmo preencha um formulário (*formulaire de classement sans suite*), apontando as razões pelas quais entende que o caso deva ser arquivado, dispensando-se o processo (TIVERON, 2014, p. 395).

Por sua vez, o ordenamento jurídico italiano, no qual sequer existe a ação penal de iniciativa privada, expressamente determina a obrigatoriedade da ação penal. Prevê o artigo 112 da Constituição da Itália que “o Ministério Público tem o dever de exercitar a ação penal”<sup>5</sup>. Para Souza, citando Pedro Henrique Demercian,

[...] no direito italiano o princípio da obrigatoriedade foi estruturado, em sua origem, como forma de propiciar uma garantia mínima da independência os membros do Ministério Público, afastando-os da ingerência externa, notadamente do Poder Executivo, o que ocorreria com mais facilidade acaso se adotasse a regra da oportunidade. (2007, p. 159).

Na Espanha, o art. 124 da Constituição atribui ao Ministério Público a função de cuidar da independência dos tribunais e exercer a guarda dos interesses sociais. Neste sentido, a ação penal na sistemática espanhola segue o princípio da obrigatoriedade. A *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, em seu art. 105, prescreve que os funcionários do Ministério Público terão a obrigação de exercitar todas as ações penais que considerem procedentes, observando as disposições legais, com exceção das ações de iniciativa privada<sup>6</sup>.

---

5 No original: “art. 112. Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”. Fonte: Constituição da Itália. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione\\_della\\_Repubblica\\_italiana\\_agg2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

6 No original: “art. 105: los funcionarios del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”. Fonte:

Na América Latina, ao seu turno, os sistemas processuais penais, em regra, são adeptos do princípio da obrigatoriedade, a exemplo dos ordenamentos argentino, chileno, colombiano, cubano, mexicano, paraguaio, uruguaio e peruano (JARDIM, 2000, p. 56-64).

Já nos Estados Unidos da América, nação que adota o sistema da *common law*, observa-se a disponibilidade da ação penal pública, que se materializa mediante o instituto do *plea bargain*<sup>7</sup>, conferindo ao promotor do sistema americano plena discricionariedade para o exercício da ação penal. Analisando a sistemática americana, Tiveron (2014, p. 398) pondera que

[...] a justificativa do *plea bargaining* são razões de eficiência da atuação estatal, pois contribuiria para a redução da população prisional americana (que atualmente é de mais de dois milhões de presos, com a aplicação de penas menores).

#### **4 O princípio da obrigatoriedade e a Lei n. 9.099/1995**

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1995, a Lei n. 9.099 instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, sendo que, na esfera penal, os juizados são competentes para julgar contravenções e infrações penais de menor potencial ofensivo, entendidas como aquelas que possuem pena máxima não superior a dois anos.

Outrossim, destaque-se que o processo perante o juizado criminal será regido pelos princípios da celeridade, informalidade, economia processual e oralidade, objetivando, sempre que se mostrar possível, a reparação dos danos suportados pela vítima e aplicação de penas não privativas de liberdade.

---

Ley de enjuiciamiento criminal. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=1#a105>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

7 Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado (CAMPOS, 2012).

Neste sentido, a Lei dos Juizados prevê, em seu art. 76, o instituto da transação penal, determinando a possibilidade de, mesmo na hipótese de ação penal pública incondicionada, ser proposta diretamente a pena restritiva de direitos e multa, consagrando, assim, o princípio batizado pela doutrina de discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada.

Assim sendo, observa-se que a inserção do instituto da transação penal no ordenamento jurídico brasileiro reforça a tese da ausência de obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, uma vez que, mesmo nos casos em que haja indícios robustos de autoria e materialidade, pode o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do citado dispositivo legal.

Nesta linha de entendimento, aduz Silva:

Com a publicação da Lei 9.099/1995 o princípio da obrigatoriedade foi mitigado. Passou a ser possível transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89). A oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são facultativas. O membro do Ministério Público não tem total discricionariedade de optar, ou não, pela aplicação dos benefícios. Há discricionariedade regrada em que é realizada análise da sua conveniência e oportunidade à luz do caso concreto. De forma fundamentada, pode o órgão ministerial deixar de oferecer os benefícios, mas de acordo com critérios legais. (2016, p. 1).

Em sentido contrário, entende Sousa (2007, p. 168) que a obrigatoriedade da atuação do Ministério Público continua vigendo, ainda que à luz do instituto da transação penal, incumbindo-lhe tão somente o poder de avaliar qual a forma de intervenção que se revela a mais adequada no caso concreto, abstraídos raciocínios inerentes à conveniência e oportunidade de adoção da medida eleita, critérios que estão emparelhados aos preceitos legalmente estabelecidos e à observância das diretrizes inerentes à própria instituição ministerial.

Nesta mesma percepção, Afrânio Silva Jardim (2000, p. 53) discorda da afirmação de que o sistema adotado pela Lei n. 9.099/1995



mitiga o princípio da obrigatoriedade, sob o argumento de que o dever de agir do Ministério Público emerge a partir do momento no qual os pressupostos legais se mostram presentes. Destaca o autor que a indisponibilidade da ação penal é um princípio que não admite aplicação parcial, sob pena de desfiguração.

Todavia, em aparente contradição, no que se refere ao instituto da suspensão condicional do processo, instituto despenalizador previsto no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Jardim (2000, p. 101) admite que se mostra forçoso reconhecer a flexibilização da indisponibilidade da ação penal pública, uma vez que, mesmo após o oferecimento da denúncia, o órgão ministerial ofertará ao acusado a suspensão condicional do processo mediante o cumprimento de algumas condições legalmente estabelecidas. Tendo sido adimplidas tais exigências, no prazo fixado, restará extinta a punibilidade do denunciado. Desta forma, na sistemática da suspensão condicional do processo, entende Jardim que o *Parquet* dispõe da pretensão acusatória posta em juízo, mitigando, assim a indisponibilidade da ação penal pública.

Registre-se que o instituto da suspensão condicional do processo é cabível para os delitos cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a dois anos, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Outrossim, infere-se que a introdução da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89) no ordenamento jurídico brasileiro consistiu em um importante avanço no sentido da desconstrução do mito da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que tal instituto fornece ao membro do Ministério Público, quando da análise do caso concreto, alargamento da discricionariedade na análise dos critérios de conveniência e oportunidade para exercer, ou não, o direito de ação, ainda que de forma restrita a alguns delitos.

Prosseguindo por este norte, segundo escólio de Grinover (2002, p. 95), a Lei n. 9.099/1995 abriu espaço no ordenamento normativo brasileiro para uma disponibilidade legalmente regulada e submetida ao controle jurisdicional, não podendo tal inovação

se confundir com o princípio da disponibilidade pura e ilimitada. Esclarece, ainda, a referida doutrina:

A discricionariedade regulada constitui resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do constituinte), à ideia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de atenção. (GRINOVER, 2002, p. 95).

## **5 A independência funcional dos órgãos do Ministério Público e a obrigatoriedade da ação penal pública**

Conforme determina a Carta Maior, em seu art. 129, § 1º, são princípios institucionais do Ministério Público a unidade<sup>8</sup>, a indivisibilidade<sup>9</sup> e a independência funcional.

O princípio da independência funcional assegura aos membros do Ministério Público a autonomia de convicção, de forma que, ao desempenharem suas respectivas atribuições, promotores e procuradores não se submetem a nenhum poder hierárquico, reportando-se apenas à Lei e à sua consciência. Sob esta perspectiva, para Luiz Alberto David Araújo (2012, p. 451), “ao oficial em um processo, o membro do Ministério Público não se reporta a ninguém, senão à própria consciência, podendo esgrimir argumentos e posicionamentos jurídicos que entender mais adequados à espécie tratada”.

---

8 O princípio institucional da unidade traduz a ideia de que o Ministério Público é único, abrigando, sob a égide de um só chefe, todos os órgãos e membros que o integram. A divisão funcional da instituição não indica a existência de diversos Ministérios Públicos, mas de um só, que se faz presente, por seus membros, nas diversas funções e atividades que lhe foram constitucional e legalmente atribuídas (ARAÚJO; NUNES JR., 2012, p. 450).

9 Pelo princípio da indivisibilidade entende-se que o ofício do Ministério Público não pode ser dividido. Em outras palavras: havendo um membro do Ministério Público exercendo a função institucional, este se faz presente (ARAÚJO; NUNES JR., 2012, p. 451).

Para Mazzili,

[...] a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do Ministério Público, e sem ela os órgãos do Ministério Público nada mais seriam que meros funcionários subordinados ou hierarquizados; não o são, porém, precisamente porque se vêem apenas sob a égide da lei e de suas consciências. (1995, p. 3).

Neste contexto, cumpre ressaltar que a liberdade de convicção dos membros do Ministério Público encontra limites, advindos da estrutura da instituição e das finalidades institucionais, uma vez que a sua atuação é imperativa para assegurar os interesses sociais e individuais indisponíveis, defender a ordem jurídica e o regime democrático, não podendo confundir-se liberdade de convicção com arbitrariedade, sendo esta incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Assentadas tais premissas iniciais, verifica-se que a sistemática da ação penal pública fragiliza a prerrogativa da independência funcional dos membros do *Parquet*, haja vista que estes, ao se verem obrigados a oferecer a denúncia, sem qualquer margem para análise de conveniência e oportunidade no caso concreto, têm tolhida sua liberdade de convicção.

Destaque-se que, ao defender a mitigação da sistemática da obrigatoriedade como meio de reforçar a prerrogativa da independência funcional do Ministério Público, não se pretende que o membro do *Parquet* possa agir em absoluta liberdade e à margem da Constituição Federal e do ordenamento jurídico.

O que se busca argumentar é que, diante da análise do caso concreto, a flexibilização do princípio da indisponibilidade proporcionará maior limite de atuação ao Ministério Público, que poderá, sempre de forma fundamentada, agir conforme critérios legais, de conveniência, oportunidade e até mesmo de política criminal.

Observe-se um exemplo fornecido por Mazzilli (1995, p. 1), extraído de um caso ocorrido em São Paulo, durante a década de 1990:

Num processo criminal, o réu tinha sido condenado em primeiro grau como incurso nas penas do art. 16 da Lei n. 6.368/76 pela posse de alguns gramas de cocaína; apelou o sentenciado, e em contrarrazões o Promotor opinou pela sua absolvição com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, ou seja, por não constituir o fato infração penal. Negando aplicação à lei vigente e agindo como se a conduta estivesse descriminalizada, teria o Promotor excedido os limites de sua independência funcional? Assim o entendeu o Procurador de Justiça que oficiou junto ao Tribunal de Justiça, e, no exercício de atividades de fiscalização permanente, enviou à Corregedoria-Geral do Ministério Público um conceito de insuficiência, para ser anotado no prontuário funcional do Promotor. Ao conferir-lhe o conceito de demérito, o Procurador de Justiça entendeu que o Promotor violara sua função institucional básica por pedir a absolvição do réu, já que, para fazê-lo, o Promotor negara vigência a dispositivo da Lei de Tóxicos, invocando a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Contra a decisão do Corregedor-Geral, que manteve o conceito funcional depreciativo em seus assentamentos, recorreu o Promotor ao Conselho Superior do Ministério Público, facultado pelo art. 42, § 3º, da Lei Complementar estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993. Em suas razões, sustentou que, ao defender sua tese em autos de processo criminal, externara convicção jurídica dentro dos limites da independência funcional. Ao final, após profundo e rico debate, por maioria de votos, o Conselho Superior deu provimento ao recurso interposto pelo Promotor. Cassou-se a decisão do Corregedor-Geral do Ministério Público, que tinha mandado lançar em seus assentamentos funcionais o conceito de insuficiência.

Outrossim, observe-se, no exemplo ilustrado, que o promotor de justiça agiu conforme critérios de política criminal, ao entender pela atipicidade de determinado dispositivo da Lei n. 6.368/1976 (atualmente revogada pela Lei n. 11.343/2006). Segundo Mazzilli (1995), neste caso, o membro do Ministério Público violou o princípio da obrigatoriedade ao pedir a absolvição do réu com base em um critério de convicção pessoal e de política criminal, sendo a prerrogativa da independência funcional insuficiente para justificar a conduta do agente político.

Discordando de tal percepção, entendemos que a sistemática da suposta obrigatoriedade da ação penal do ordenamento normativo brasileiro fragiliza e vulnera a independência funcional dos membros do Ministério Público, gerando incongruências e injustiças no caso concreto, devendo o agente político possuir maior margem de atuação, levando em consideração critérios legais, de oportunidade, conveniência, convicção pessoal, política criminal e sociais para formar sua opinião delitiva e poder escolher entre oferecer, ou não, a denúncia, desde que o faça de forma fundamentada.

## **6 A nova identidade do Ministério Público pós-1988**

A promulgação da Constituição de 1988 revitalizou e ampliou significativamente as funções do Ministério Público, assegurando-lhe autonomia funcional, administrativa e orçamentária para perseguir na defesa da ordem jurídica e dos direitos fundamentais.

Na nova ordem constitucional, a instituição ministerial deixa de ser um órgão que realiza manifestações nos autos processuais, para se tornar um verdadeiro protagonista na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis e implementação de políticas públicas.

Assim, na esfera penal, o Ministério Público deixou de ser um mero órgão acusador para tornar-se um indutor de política criminal. Tal premissa se justifica sob vários aspectos.

Com efeito, o MP é essencial à função jurisdicional do Estado, não se podendo conceber um instrumento de avanço, de melhoria e de transformação do direito penal e processual penal sem a participação ativa do Ministério Público (TIVERON, 2014, p. 434). Ainda de acordo com os comandos constitucionais, o órgão ministerial, na atuação da defesa da ordem jurídica e enquanto titular da ação penal, tem o dever de assegurar o cumprimento da missão constitucional do Direito penal, assegurando que o processo seja uma ferramenta de política criminal, cabendo-lhe a filtragem da ação penal, podendo o membro ministerial, dentro de certos limites, optar por quais as infrações merecem a perseguição em juízo.

Desta forma, diante das prerrogativas constitucionais e atribuições do Ministério Público, a atuação deste órgão, incumbido da ação penal pública, reclama uma nova sistemática processual, em que a mitigação da indisponibilidade da ação penal pública reforça a independência funcional dos seus membros, bem como proporciona maior liberdade de atuação para proteger os interesses sociais e direitos fundamentais dos indivíduos.

## **7 O mito da indisponibilidade da ação penal no Brasil**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente, em seu art. 129, inciso I, que é função institucional do Ministério Público exercer a ação penal pública, na forma da lei.

Outrossim, determina o art. 100 do Código Penal que a ação penal é, em regra, pública, salvo quando a lei expressamente a declara ser privativa do ofendido, bem como que será promovida pelo Ministério Público.

Neste mesmo sentido, prevê o art. 24 do Código Penal que, “nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo”.

Diante dessa sistemática, a doutrina brasileira majoritária extrai desse conjunto normativo a indisponibilidade da ação penal pública no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo órgão ministerial não se encontra expressa e efetivamente prevista na ordem legal pátria, conforme adiante se demonstrará.

Com efeito, da leitura dos citados dispositivos infere-se que a Constituição e a legislação criminal apenas atribuíram ao Ministério Público a titularidade da ação, não determinando que esta deve ser necessária e obrigatoriamente exercida, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano, que

prevê que o Ministério Público tem a obrigação de exercer a ação penal, e do espanhol, que expressamente prescreve que o agente político ministerial tem a obrigação de exercitar todas as ações penais que julgar procedentes.

Nesta esteira de raciocínio, pertinentes se mostram as críticas tecidas por André Luis Alves de Melo, ao determinar que o problema da sistemática processual penal brasileira não é o rito, mas o mito, sendo tal mito repassado, quase que mecanicamente nas faculdades de Direito, e reproduzido em concursos públicos sem maiores reflexões:

A questão é que a legislação no Brasil não prevê a obrigatoriedade da ação penal. E nem se pode dizer que decorre do princípio da legalidade, pois se não existe uma lei obrigando expressamente, não haveria legalidade alguma. E mesmo nos países em que se prevê expressamente, como na Itália, a necessidade de se implantar a oportunidade vem aumentando imensamente. Ou seja, no Brasil o problema não é o rito, mas o mito. (MELO, 2011, p.1).

Neste sentido, Luiz Gazoto (2003) argumenta que o princípio da indisponibilidade da ação penal consiste em um verdadeiro dogma entre os juristas brasileiros, sem maiores indagações ou questionamentos, constituindo uma grave heresia a defesa da flexibilização da sua obrigatoriedade.

Ademais, faz-se ainda importante destacar que os mencionados dispositivos datam do ano de 1941 e não foram atualizados por leis posteriores.

Com o advento da Constituição de 1988 e estruturação do Ministério Público e do Poder Judiciário, além da superação do processo penal inquisitivo, faz-se necessária uma nova leitura destes artigos; conforme visto, nenhum dos dispositivos legais mencionados prevê efetivamente a obrigatoriedade da ação penal.

Outros artigos que justificariam a sistemática da indisponibilidade, para aqueles que entendem que esta vige no Brasil, são os arts. 42 e 576 do Código de Processo Penal, que determinam,

respectivamente, que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” e “o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto”.

Mais uma vez, conforme se pode extrair da leitura e interpretação dos dispositivos citados, nenhum prevê explicitamente a indisponibilidade da ação penal. Tais artigos apenas estabelecem que o órgão ministerial não pode desistir do recurso que haja eventualmente interposto, sequer determinando que seja obrigatório recorrer, bem como não poderá desistir da ação penal.

Segundo Melo, a questão é nebulosa, haja vista que, afinal, o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto, mas nada impede que o Procurador, em segunda instância, peça a absolvição ou obrigue o promotor, em singela instância, a recorrer (2011, p. 1).

Reforçando tais argumentos, tem-se, ainda, que o membro do MP também não é obrigado a promover o pedido de condenação nas ações ajuizadas, de acordo com a previsão do art. 385 da Lei Adjetiva Penal. Prevê o referido artigo que “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”.

Registre-se que tal dispositivo possui duvidosa constitucionalidade, uma vez que, sob a égide do sistema acusatório, não poderia o juiz proceder à condenação quando o próprio titular da ação expressamente requereu a absolvição do denunciado.

Destarte, os defensores da indisponibilidade da ação penal invocam o art. 28 do Código de Processo Penal para justificar a adoção da obrigatoriedade. Para aqueles que defendem tal entendimento, tal dispositivo viria a consagrar o juiz como “fiscal” da obrigatoriedade, uma vez que pode discordar das razões invocadas pelo promotor de justiça para promover o arquivamento dos autos e remetê-lo ao chefe da instituição ministerial.

Para Melo, o dispositivo em questão é, mais uma vez, equivocadamente interpretado, pois,



[...] ao afirmar que o juiz poderá discordar das “razões” de arquivamento, *não limita estas razões*, mas apenas submete as razões ao controle judicial e se o Juiz discordar deve remeter ao PGJ para decisão. Ora, se o Juiz concordar com as razões, as quais podem ser temas como “prioridade para processamento”, razões de política criminal, falta de pauta para audiências e outros temas que não apenas aos referentes à tipicidade e autoria como tem prevalecido. (2012, p. 1).

Diante do exposto, conclui-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal no Brasil consiste em verdadeiro mito. Nenhum dispositivo legal do ordenamento jurídico pátrio expressamente prevê que o exercício da ação penal seja obrigatório, ao contrário de outros ordenamentos alienígenas.

Ressalte-se, por fim, que os defensores da indisponibilidade aduzem que a mitigação de tal princípio geraria a sensação de impunidade. Tal premissa, contudo, não se sustenta, uma vez que o oferecimento da denúncia, por si, não assegura a condenação.

Outrossim, cumpre ainda reiterar que a nossa legislação penal e processual penal datam da década de 1940, editadas sob um regime ditatorial e numa época em que prevalecia a cultura inquisitiva. Com o advento da Constituição Cidadã de 1988 e o fortalecimento das prerrogativas do Ministério Público, este princípio não encontra guarida no ordenamento normativo brasileiro.

Entretanto, em que pesem tais argumentos, ainda prevalece no Brasil o mito da obrigatoriedade, sendo necessária urgente releitura dos retromencionados dispositivos legais, uma vez que, embora os mesmos não prevejam a atuação vinculada e obrigatória do Ministério Público em promover a ação penal, ainda não conseguimos assimilar a “nova” cultura processual penal, na qual o processo penal não configura apenas um instrumento de perseguição criminal e aplicação da sanção, mas verdadeira ferramenta de política criminal, cabendo ao titular da ação maior liberdade na “filtragem” das ações penais, podendo, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, optar quais as infrações merecem a persecução em juízo.

## 7.1 A obrigatoriedade da ação penal e a racionalidade penal moderna

Conforme se pode extrair da evolução e consagração da obrigatoriedade da ação penal pela doutrina brasileira, observa-se que o processo não é visto enquanto instrumento de política criminal, mas sim como mera ferramenta para aplicação da sanção. Tal característica do processo brasileiro mostra-se como reflexo entre nós da chamada racionalidade penal moderna.

Por racionalidade penal moderna, construção feita por Álvaro Pires (2004), entende-se um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal, designando uma forma concreta de racionalidade que se concretizou em determinado momento histórico. Segundo o referido autor:

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal de outra forma que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas. Na lei penal, a norma de comportamento é frequentemente formulada sob a forma de uma estrutura normativa telescópica do seguinte tipo: “aquele que faz x pode ou deve ser punido com y”. (PIRES, 2004, p. 41).

Nesta esteira de entendimento, observa-se que a racionalidade penal moderna proporciona um ambiente fértil para o cultivo do mito da obrigatoriedade da ação penal no Brasil, uma vez que a estrutura do pensamento e do sistema criminal permanece incólume, e não conseguimos conceber ou visualizar outra perspectiva de enxergar o Direito penal e o processo. Em outras palavras: o Direito penal segue a lógica punitiva na qual o delito equivale, necessariamente, à sanção e, neste sentido, o processo servirá apenas como instrumento de aplicação da punição, não podendo haver sua abdicação (nos crimes de ação penal pública incondicionada), bem como não pode o processo penal servir para fins de política criminal.

## **8 Considerações finais**

Diante da nova conformação constitucional brasileira, inaugurada em 1988, coube ao Ministério Público a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda conforme os preceitos plasmados na Carta Magna, cabe ao órgão ministerial a promoção da ação penal pública, na forma da lei.

Com efeito, conforme visto, a legislação penal e a processual penal brasileira igualmente determinam a que a titularidade da ação pertence ao MP.

Diante dessa sistemática, a doutrina brasileira majoritariamente entende que o ordenamento normativo pátrio consagrou o princípio da indisponibilidade da ação penal, entendimento este que não merece subsistir, uma vez que nenhum artigo da legislação constitucional ou infraconstitucional nacional expressamente prevê que o exercício da ação penal seja, de fato, obrigatório.

Ademais, tem-se que essa suposta indisponibilidade vulnera a prerrogativa da independência funcional dos membros do Ministério Público, que têm sua liberdade de convicção tolhida em face da ausência de margem de discricionariedade para poder filtrar a ação penal.

Outrossim, com a edição da Lei federal n. 9.099/1995, houve a mitigação da suposta obrigatoriedade, tendo o ordenamento jurídico brasileiro avançado consideravelmente, ao introduzir os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, numa clara demonstração de que o processo penal pode ser visto como ferramenta de política criminal, não servindo apenas para a aplicação da sanção.

Ressalte-se, ainda, que o Código de Processo Penal brasileiro vigente foi editado no ano de 1941, quando prevalecia a cultura processual inquisitiva e predominava um pensamento conservador e

individualista, não mais se harmonizando tais premissas com a nova ordem constitucional, a qual objetivou prezar pela independência do Ministério Público enquanto órgão responsável pela defesa dos direitos fundamentais, livrando-o de ingerências políticas externas.

À guisa de conclusão, considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não resulta de determinação legal, nem de interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. À luz da nova conformação constitucional, não mais subsiste a noção de indisponibilidade, havendo a necessidade de releitura dos citados dispositivos, visando adequá-los a uma nova cultura processual, na qual o processo é visto como ferramenta de política criminal e instrumento de limitação do poder punitivo do Estado.

## Referências

ALEMANHA. Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ESPAÑA. *Ley de enjuiciamiento criminal*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE18826036&p=20151006&tn=1#a105>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FRANÇA. *Código de procédure pénale*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública*. São Paulo: Manole, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juízados especiais criminais – comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ITÁLIA. *Constituizione dela repubblica italiana*. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituizione\\_della\\_Repubblica\\_italiana\\_agg2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituizione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *Os limites da independência funcional do Ministério Público*. 1995. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

MELO, André Luís Alves de. Obrigatoriedade da ação penal é um mito. *Revista Consultor Jurídico*, 18 jul. 2011. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2011-jul-18/legislacao-brasileira-nao-preveobrigatoriedade-acao-penal>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. *Repensando a figura do promotor criminal*. Portal do Ministério Público de Minas Gerais, 26 mar. 2012. Disponível em: <<http://promotordejjustica.blogspot.com.br/2012/03/o-mito-da-obrigatoriedade-da-acao-penal.html>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, 2004.

SILVA, César Dario Mariano da. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/cesar-dario-colaboracao-premiada-obrigatoriedade-acao-penal>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

SOUZA, Motari Ciocchetti de. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do Direito*. A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014.



Acesse o *Boletim Científico ESMPU* em formato eletrônico no endereço  
<[www.escola.mpu.mp.br](http://www.escola.mpu.mp.br)>.