

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procuradora-Geral da República
RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

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

ANDRÉ BATISTA NEVES
Procurador da República

ANTONIO DO PASSO CABRAL
Procurador da República

CAROLINA VIEIRA MERCANTE – Coordenadora da CED
Procuradora do Trabalho

RICARDO JOSÉ MACEDO BRITTO PEREIRA
Subprocurador-Geral do Trabalho

NELSON LACAVA FILHO
Promotor de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER
Promotor de Justiça

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
Procuradora de Justiça

Avaliadores *Ad-hoc*

DANIELA RIBEIRO MENDES
Procuradora Regional do Trabalho

EMERSON ALBUQUERQUE RESENDE
Procurador do Trabalho



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 16 – Número 50 – julho/dezembro 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: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

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

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica – Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica – Revisão

Carolina Soares dos Santos

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

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Impressão

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

Tiragem: 3.100 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. 50, jul./dez., 2017

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Esta edição do Boletim Científico da ESMPU, a de número cinquenta, prioriza temas desafiadores à atuação dos ramos do Ministério Público da União. Entre os artigos selecionados, há discussões sobre atualizações legislativas e inovações tecnológicas, além de análises sobre aspectos sensíveis relacionados à defesa de Direitos Humanos Fundamentais.

Vale ressaltar que 2017 foi um ano em que foram publicados diversos atos normativos, provenientes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que provocaram reduções de direitos e transformações drásticas na formatação de políticas públicas, sem que houvesse um amplo e transparente debate com os diferentes grupos sociais atingidos. Nesse cenário político-jurídico, os estudos científicos divulgados pela ESMPU continuam sendo um espaço de resistência democrática, por oportunizarem o diálogo acadêmico e institucional, visando ao aperfeiçoamento das missões constitucionais do Ministério Público Brasileiro.

Desejo-lhes boa leitura e que os artigos desta edição estimulem o pensamento crítico e transformador!

CAROLINA VIEIRA MERCANTE

Procuradora do Trabalho

Coordenadora da Câmara Editorial da ESMPU

Sumário

Direito Administrativo

Acesso à Justiça e a atuação negocial do Ministério Público na tutela da probidade administrativa: a importância de se definirem parâmetros institucionais para a efetividade dos acordos

Lenna Daher 11

Integridade e política de compras públicas no PLS n. 303/2016 - moderno controle administrativo fundado na ética e no risco

Antônio Fonseca 41

Direito Cibernético

Os impactos do efeito bolha causado pelos algoritmos do Facebook para o direito de resposta

Marcelo Santiago Guedes 67

Direito Constitucional

O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF

Bruno Barca Cursino 89

Direitos Difusos e Coletivos

Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos

Fábio Nesi Venzon 125

O ruído dos trios elétricos no Carnaval da Bahia

Camila Lessa de Almeida e Fernando Martins Carvalho..... 147

Direito Eleitoral

O contencioso eleitoral como processo coletivo: impactos do art. 96-B da Lei n. 9.504/1997

Lucas Daniel Chaves de Freitas..... 169

Direito Penal e Processual Penal

A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência

Galtiênio da Cruz Paulino207

Justiça restaurativa: um novo paradigma de justiça criminal

Tássia Louise de Moraes Oliveira233

Direito do Trabalho

A Reforma Trabalhista e o Direito Processual do Trabalho: retrocessos e violações ao direito constitucional de acesso à justiça

Igor Sousa Gonçalves e Camila Diniz de Freitas259

Sexualidade e trabalho: uma análise sobre a importância do respeito à diversidade sexual no ambiente do trabalho a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth

Tatiana Francio Salvador279

Direito Administrativo

Acesso à Justiça e a atuação negocial do Ministério Público na tutela da probidade administrativa: a importância de se definirem parâmetros institucionais para a efetividade dos acordos

Lenna Daher

Promotora de Justiça do MPDFT com atuação na Defesa do Patrimônio Público. Representante suplente do CNMP junto à ENAJUD (Estratégia Nacional de não Judicialização de Conflitos). Ex-chefe de Gabinete da Corregedoria-Geral do MPDFT (gestão 2011-2014) e Coordenadora-Geral da Corregedoria Nacional do Ministério Público (gestão 2015-2017). Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: A solução negociada dos conflitos insere-se no conceito de acesso à Justiça, em modelo mais amplo que o acesso ao Poder Judiciário, incluindo todo meio legítimo de efetivação dos direitos. A concepção do Ministério Público como garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça implica a escolha dos campos de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional, em busca da solução adequada que garanta a maior esfera de proteção aos interesses sociais. Assim, a vedação legal de transação no âmbito da improbidade administrativa deve ser interpretada em consonância com o papel constitucional do Ministério Público e com o microssistema normativo de combate à corrupção, que admite acordos de leniência e de colaboração premiada, nas esferas cível e criminal. A escolha pelo acordo, entretanto, não deve ser arbitrária, mas regida por parâmetros institucionais que assegurem a obtenção de resultados socialmente justos.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Ministério Público. Negociação. Improbidade administrativa. Parâmetros institucionais.

Abstract: The negotiated solution of conflicts is part of the concept of access to justice, in a broader model than access to the Judiciary, including any legitimate means of protection of fundamental rights. The conception of the Public Prosecution Service as a fundamental constitutional guarantee of access to justice implies the possibility of choosing the jurisdictional or extrajudicial fields of action, in order to reach the adequate solution that guarantees the greater sphere of protection to the social interests. Thus, the legal prohibition of transaction in the scope of administrative improbity must be interpreted in line with the constitutional role of the Public Prosecution Service, and the normative micro-system of anti-corruption legislation, which allows agreements of leniency and of prize collaboration in the civil and criminal scope. However, the choice by agreement should not be arbitrary, but governed by institutional parameters that ensure the achievement of socially fair results.

Keywords: Access to Justice. Public Prosecution Service. Negotiation. Administrative improbity. Institutional parameters.

Sumário: 1 Introdução. 2 Acesso à Justiça: o mais fundamental dos direitos. 3 O Ministério Público: instituição-garantia de acesso à Justiça. 4 A escolha da forma de atuação adequada à tutela dos interesses sociais em disputa. 5 A negociação no âmbito da improbidade administrativa: a harmonia do microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública. 6 A necessidade de definição de parâmetros de atuação do Ministério Público para a admissão dos acordos envolvendo atos de improbidade administrativa. 6.1 O estágio atual da regulamentação dos acordos de improbidade pelo Ministério Público e a importância de estabelecimento de parâmetros nacionais. 6.2 O ressarcimento integral do dano ao erário como condição essencial para os acordos envolvendo improbidade administrativa. 6.3 A atuação planejada e integrada dos órgãos do Ministério Público com atribuição cível e criminal para a celebração de acordos envolvendo atos lesivos à Administração Pública. 7 Conclusão.

1 Introdução

O direito processual passa por uma transformação. O modelo clássico, de tutela adjudicatória decidida pelo juiz no processo, não

mais responde satisfatoriamente a todos os conflitos de uma sociedade complexa. O processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a realização da justiça, um meio para entregar o direito nas mãos de seu legítimo titular. Essa evolução passa pela abertura de novas portas no sistema de Justiça para receber e tratar as demandas. A construção do consenso entre os litigantes, antes sujeitos a travar uma guerra no processo, em um jogo de ganhar-perde, agora se mostra possível. Os métodos autocompositivos de resolução de conflitos surgem como uma das opções para a concretização dos direitos.

A construção de uma ordem jurídica justa é dever do Ministério Público, alçado pela Constituição da República de 1988 como uma das instituições-garantia de acesso à Justiça, o que extrapola o formalismo do processo, direcionando a atuação para a efetiva produção de justiça à sociedade. A instituição deve se portar como protagonista dos caminhos que dão acesso à concretização dos direitos fundamentais, utilizando-se dos instrumentais processuais e extraprocessuais aptos à resolução de cada uma das espécies de conflitos abrangidos por sua área de atuação, inclusive buscando as soluções consensuais, quando adequadas para a defesa dos direitos.

A partir dessas considerações, pretende-se abordar o alcance e a extensão da vedação à realização de acordos no âmbito da improbidade administrativa, prevista expressamente no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992. O dispositivo será contextualizado no atual estágio de acesso à Justiça e de construção harmônica de um microsistema normativo de combate aos atos lesivos à Administração Pública. A par de se considerar que a vedação absoluta de transação envolvendo direitos indisponíveis pode impedir sua defesa adequada, é preciso definir parâmetros e mecanismos de controle para a atuação negocial do Ministério Público, que permitam nortear a realização de acordos socialmente justos.

2 Acesso à Justiça: o mais fundamental dos direitos

O enfoque sobre o acesso à Justiça busca reconhecer e encontrar soluções para os problemas reais de efetivação dos direitos.

Classicamente, o processo civil tem-se preocupado com o estudo dogmático das regras procedimentais, desvinculadas da realidade social e do funcionamento de fato do sistema de Justiça, deixando de considerar duas questões fundamentais para quem precisa reivindicar seus direitos: o sistema é igualmente acessível a todos? O sistema permite a produção de resultados efetivos e justos?

A partir desses questionamentos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) coordenaram pesquisa histórica denominada Projeto Florença, em colaboração com pesquisadores de diversos países, para desvendar o modo de funcionamento dos sistemas jurídicos, expondo os entraves existentes para a tutela dos direitos nas sociedades contemporâneas. A abordagem do estudo centrou-se no primeiro aspecto, de propor reformas para permitir que todos os direitos possam ser reivindicados sob os auspícios do Estado, mas sem perder de vista a finalidade última do sistema de Justiça: a obtenção de resultados socialmente justos.

A concepção de acesso à Justiça, portanto, não se restringe ao acesso formal ao Judiciário, mas se refere a toda forma de tutela justa e efetiva dos direitos. A superação dos problemas reais que dificultam o acesso à Justiça é essencial para a própria existência dos demais direitos, uma vez que a titularidade dos direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva proteção. “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12). A pesquisa revelou que a implementação de reformas para o acesso efetivo à Justiça passou por três momentos, denominados de ondas.

Os primeiros esforços para ampliar o acesso à Justiça concentraram-se na viabilização de assistência judiciária para os pobres, que repercutiram em âmbito nacional com a Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060/1951) e com a estruturação das Defensorias Públicas dos Estados e da União.

A segunda onda buscou enfrentar o problema da representação em juízo dos interesses difusos, resultando na superação do

conceito de coisa julgada limitada entre as partes do processo, tal como viabilizado no Brasil pela edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). O Ministério Público protagonizou a consolidação desse segundo estágio de acesso à Justiça, ao titular a propositura de ações civis públicas para a proteção dos direitos difusos previstos no texto constitucional, consagrando-se como o legitimado que mais se utiliza das ações coletivas e que mais êxito alcança (BADINI, 2016, p. 227).

A evolução na realização de reformas da assistência judiciária e na busca de mecanismos para a representação de interesses difusos é essencial para proporcionar um significativo avanço no acesso à Justiça. Entretanto, o novo enfoque de acesso à Justiça tem alcance muito mais amplo. Centra-se no conjunto geral de instituições e mecanismos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade moderna. Por sua abrangência, foi denominado Enfoque de Acesso à Justiça. Não se abandonam as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas se considera que essas são apenas algumas de uma série de possibilidades para aprimorar o acesso. Reconhece-se a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio, às partes litigantes e às espécies de repercussões possíveis advindas do conflito (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 67-71).

A terceira onda de acesso à Justiça, vivenciada até os dias atuais, defende a simplificação dos procedimentos, para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível. A par das reformas centradas nos procedimentos, o enfoque de acesso à Justiça preconiza a solução adequada dos litígios, que pode se dar fora dos tribunais, com a utilização dos métodos autocompositivos de resolução dos conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a negociação.

O método clássico de Justiça adjudicatória não é mais a única opção para os litigantes. Ao lado dessa Justiça de porta única, apresentam-se novas formas de acesso: a Justiça multiportas. A concepção da *Multi-door Courthouse* surgiu em 1976, a partir dos estudos de Frank Sander, professor emérito de *Harvard Law School* (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 36). A possibilidade de abertura

de diversas vias para a resolução de conflitos é característica essencial do Sistema Multiportas, marcado pela incidência do princípio da adaptabilidade, segundo o qual o procedimento há de se aperfeiçoar segundo as particularidades de cada litígio. “Assim, do acesso à Justiça dos tribunais, passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, com fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 36).

Na atualidade, não se concebe mais acesso à Justiça como a porta única de entrada dos tribunais. Para Benjamin (1995), acesso à Justiça significa acesso integral à ordem jurídica justa e equivale ao

Acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa (inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (social e individualmente reconhecida) e implementável (efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas.

O conceito de acesso à Justiça adotado nesse trabalho é, portanto, de natureza ampla, consistente nas garantias que viabilizem, de forma efetiva, a proteção e a concretização dos direitos, mediante a utilização de mecanismos processuais e extraprocessuais para a resolução justa dos conflitos.

3 O Ministério Público: instituição-garantia de acesso à Justiça

Se o Ministério Público no Brasil teve papel preponderante para o sucesso da segunda onda de acesso à Justiça, ao liderar a proposição de ações civis públicas para a proteção dos direitos metaindividuais, como deve atuar a instituição no atual estágio de enfoque de acesso à Justiça, de forma a contribuir para a superação dos

obstáculos que ainda dificultam a efetivação dos direitos e a solução das disputas com a obtenção de resultados socialmente justos?

A Constituição da República de 1988 conferiu ao Ministério Público um novo perfil, atribuindo-lhe a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127 e 129 da CR/1988). A instituição foi, assim, alçada a verdadeira guardiã das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, devendo atuar na busca da concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos e as garantias fundamentais são os valores fundantes da Constituição e do Estado Democrático de Direito e devem ser concebidos como o eixo essencial do sistema jurídico, com força irradiante em grau máximo. Não se trata de uma Constituição como mera Carta Política, mas uma Constituição concebida como um conjunto de normas fundamentais, com força normativa irradiante. Segundo Bonavides (2012, p. 624), na nova hermenêutica constitucional, concretizam-se preceitos, de modo criativo, com a ponderação de valores, especialmente no plano de direitos e garantias constitucionais fundamentais, em relação aos quais a aplicabilidade imediata e a eficácia irradiante vinculatória são traços característicos.

Nesse contexto, o Ministério Público é uma das garantias constitucionais fundamentais de acesso à Justiça da sociedade, quanto aos direitos ou interesses coletivos amplamente considerados, e do indivíduo, quanto aos direitos individuais indisponíveis (ALMEIDA, 2012, p. 61). Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a norma constitucional previu os meios e os instrumentos necessários a dar efetividade à atuação do Ministério Público, inclusive no plano extrajudicial, provendo-o de poderes instrumentais: o poder investigatório próprio (art. 129, VI, da CR/1988) e o poder de requisitar diligências investigatórias a outras instituições (art. 129, VIII, da CR/1988), explicitados na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e na Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

Para Goulart (2016), entretanto, a nova conformação constitucional do Ministério Público passou a conviver contraditoriamente

com antigas formas estruturais e com a velha mentalidade formalista, contradição essa que resulta em crise de efetividade, especialmente a partir do século XXI, quando as demandas da sociedade para o Ministério Público aumentam em número e em complexidade, e as respostas dadas, centradas quase que exclusivamente no ajuizamento de ações, não atendem integralmente às necessidades postas pela nova realidade.

Não sem razão, pode-se dizer que o sucesso da instituição no período que coincidiu com as reformas da segunda onda de acesso à Justiça, com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública de 1985, fez com que o exercício da função de agente processual ganhasse imenso destaque, a ponto de se considerar o inquérito civil como instrumento de coleta de provas do Ministério Público exclusivo para fins de propositura de uma ação coletiva, deixando de se valorizar a via da solução das controvérsias coletivas no plano extrajudicial.

Goulart (2016) defende que a superação da crise perpassa pela adoção do paradigma resolutivo, em que a atuação do Ministério Público é proativa, integrada, desenvolvida em escalas múltiplas de organização espacial e marcada pela busca de efetividade. Nesse novo modelo, as atividades práticas são orientadas pelo conhecimento da realidade produzido na interlocução da instituição com a sociedade e com a comunidade científica, bem como pela pesquisa exaustiva dos fatos em sede procedimental. Potencializam-se, nas atividades extrajudiciais, o papel do agente político como construtor de consensos emancipadores e, nas atividades judiciais, o papel do agente processual como fomentador de decisões justas.

Nessa perspectiva, o Ministério Público, enquanto instituição alçada pela Constituição como garantia de acesso à Justiça, deve buscar dirimir os conflitos e consolidar os direitos formalmente reconhecidos que lhe caiba defender, com o uso das técnicas processuais ou extraprocessuais que confirmam a maior efetividade à sua atuação. Não se trata, portanto, de abandonar a via judicial ou de preconizar os métodos autocompositivos extrajudiciais para todas as espécies de conflitos, mas sim de escolher o método mais adequado para atingir o melhor resultado social.

A criação de política institucional para o incentivo à autocomposição tem por objetivo a superação dos entraves para o acesso à Justiça, consolidando o Ministério Público como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais. Com essa perspectiva, a Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público¹, que dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, objetiva assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da instituição. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

No que importa ao presente artigo, cabe ressaltar que a referida resolução recomenda a utilização de negociação para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa dos direitos e interesses da sociedade, em razão da sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988).

No combate aos atos lesivos à Administração Pública, pode-se dizer que, recentemente, o Ministério Público tem obtido, a partir das soluções negociadas, resultados efetivos para a recuperação dos valores desviados e investigação da estrutura e forma de funcionamento das organizações criminosas constituídas para a prática dos ilícitos contra a Administração Pública², especialmente em razão do surgimento do microsistema normativo de combate à corrupção,

1 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017.

2 Exemplo da efetividade da atuação negocial do Ministério Público em defesa do patrimônio público pode ser obtido consultando o sítio eletrônico da Operação Lava Jato. Tal operação, considerada a maior no que se refere ao combate à corrupção no Brasil, havia registrado, até o fechamento deste artigo, 10,3 bilhões de reais alvo de recuperação por acordos de colaboração. Disponível em:

que admite acordos de leniência e de colaboração premiada, nos âmbitos cível e criminal (Leis n. 12.846/2013 e n. 12.850/2013).

Doutra parte, a responsabilização por atos de improbidade administrativa, por expressa disposição legal, não admite transação, acordo ou conciliação (art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992). Essa vedação absoluta às soluções negociadas deve ser interpretada em consonância com o papel constitucional do Ministério Público, enquanto instituição-garantia de acesso à Justiça, e compatibilizada com o próprio microsistema de combate à corrupção, sob pena de torná-lo ineficaz. A possibilidade de substituição da via judicial pelo acordo no âmbito da improbidade, entretanto, deve ser decidida a partir de parâmetros que garantam ser a solução consensual a mais adequada para a efetiva proteção dos interesses sociais no caso concreto, o que será tratado nos tópicos seguintes.

4 A escolha da forma de atuação adequada à tutela dos interesses sociais em disputa

A evolução do conceito de acesso à Justiça em modelo mais amplo que a tutela adjudicatória por meio da via judicial fez surgir novos métodos para a solução dos conflitos, denominados de métodos alternativos para a solução das disputas, especialmente relacionados à arbitragem e à autocomposição, por meio da negociação, mediação ou conciliação.

Como a jurisdição ainda é vista como a principal forma de solução dos litígios, a arbitragem e os mecanismos autocompositivos foram taxados como alternativos, denominação advinda também da tradução do direito norte-americano: *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

Importante considerar, contudo, que, tecnicamente, a opção pelo método adjudicatório ou pelo autocompositivo não é fundamentada na subsidiariedade do segundo em relação ao primeiro,

<<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>>. Acesso em: 29 maio 2017.

mas definida a partir de um juízo de adequação. Para Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 37),

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.

A multiplicidade dos procedimentos previstos nas leis processuais tem por finalidade tornar o processo instrumento adequado para a composição do conflito e para a proteção das situações jurídicas garantidas pelo direito material, tornando-o instrumento idôneo para a consecução dos escopos traçados para a jurisdição. A atividade jurisdicional, no entanto, encontra limitações na falta de flexibilidade desses ritos e na restrita atividade decisória do juiz, que deve cingir-se aos limites do pedido, o que pode impedir soluções adequadas e satisfatórias aos interesses dos disputantes em algumas espécies de conflitos. Nessa visão, o método adjudicatório nem sempre é o adequado para a solução de todos os conflitos. Não é, porém, apenas a jurisdição que pode se apresentar como inapta a determinado litígio. Também é possível apontar qual dentre os métodos autocompositivos pode melhor se adequar ao problema proposto. A questão, portanto, é de adequação e não de alternatividade ou de subsidiariedade (ALMEIDA, 2011, p. 198-199).

Doutra parte, a autocomposição não pode ser vista como uma forma de diminuição do número de processos que tramitam no Poder Judiciário ou como técnica de encerramento dos casos a qualquer custo. Para Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 56), são outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos individuais e coletivos, fundamentais à concretização dos direitos.

O movimento pelo uso de métodos autocompositivos iniciou-se no âmbito da tutela dos direitos individuais, mas não se pode

negar esse processo de evolução na tutela coletiva, a partir da possibilidade de solução, via negociação extrajudicial, dos conflitos envolvendo direitos coletivos, tendo sido previsto instituto próprio pela Lei n. 7.347/1985, consistente no compromisso de ajustamento de conduta.

Gavronski (2010, p. 116-117) discorre sobre as técnicas extraprocessuais em tutela coletiva, conceituando-as como os instrumentos de tutela jurídica disponibilizados aos legitimados coletivos, que prescindem do processo judicial para alcançar a pretendida realização material dos direitos e interesses coletivos, resultando em efetividade da tutela coletiva. O autor alerta, porém, que pretender concretizar e criar o direito fora do processo, sem a participação do juiz – sobretudo em se tratando de tutela coletiva, na qual os interesses são defendidos por quem não é seu titular –, requer especial cautela, não havendo como se sustentar de forma ilimitada e incondicionada as soluções extraprocessuais para todos os conflitos em nome de uma suposta efetividade da tutela coletiva.

As vantagens das técnicas extraprocessuais coletivas devem ser compreendidas sem a pretensão de suprimir ou de superar o processo judicial, mesmo porque dele dependerão para ganhar impositividade. Os métodos de solução de conflitos envolvendo direitos coletivos, portanto, antes de se excluírem, se complementam, integrando o amplo conceito de acesso à Justiça.

O que se pretende, portanto, é enfatizar a necessidade de se definirem parâmetros para garantir que a via de solução do conflito escolhida pelo Ministério Público no âmbito de sua atuação seja a mais adequada para a proteção dos direitos que lhe compete defender, notadamente nas hipóteses em que ocorra transação envolvendo direitos indisponíveis. É dizer, o Ministério Público não é titular dos interesses sociais, mas sim ente legitimado dentro e fora do Juízo para a defesa desses direitos. Deve, portanto, ser demonstrável que a utilização de técnica extraprocessual, na hipótese que importa ao presente artigo, de negociação entabulada pela Instituição em nome próprio, para proteger direitos alheios, alcançou resultado socialmente justo.

5 A negociação no âmbito da improbidade administrativa: a harmonia do microssistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública

A Lei n. 8.429/1992, que dispõe sobre a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, constitui concretização do mandamento constitucional previsto no art. 37 da Constituição da República, que impôs o respeito aos princípios da Administração Pública e cominou penalidades em decorrência da prática de atos ímprobos, nos termos do § 4º: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Para Amorim (2017, p. 61-62), a Lei da Improbidade Administrativa encontra respaldo no Princípio Republicano, que pressupõe responsabilidade de quem administra e a aplicação de sanções sobre quem não gere os recursos públicos devidamente. A defesa do patrimônio público e o combate à improbidade administrativa ultrapassam, assim, o simples interesse estatal ou de certo grupo de pessoas, para alcançarem os anseios sociais mais altaneiros, já que o desfalque do erário implica menor investimento em setores como educação e saúde, e, de resto, a diminuição da capacidade do Estado para prestar serviços públicos, com repercussão em todos os extratos sociais.

Tal dispositivo visa proteger a moralidade administrativa, que impõe aos agentes públicos a observância não só de critérios de legalidade formal mas sobretudo de regras éticas incorporadas ao ambiente institucional, para a estruturação jurídica dos deveres públicos. A violação do dever de probidade administrativa, por consistir em má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, atinge bens jurídicos de especial valia para a ordem constitucional. Assim, a improbidade administrativa está para o direito administrativo, assim como os crimes mais graves estão para o direito penal, ou seja, a improbidade seria a última *ratio* do direito administrativo sancionador (OSÓRIO, 2010, p. 84-85, 153, 155).

Partindo da concepção de serem indisponíveis e inegociáveis os direitos difusos protegidos pela Lei de Improbidade, o art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 proíbe expressamente a transação, acordo ou conciliação na ação de improbidade administrativa. Conquanto o dispositivo tenha sido revogado pela Medida Provisória n. 703/2015, a norma caducou em maio de 2016, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional, de maneira que o dispositivo original ainda continua em vigor.

Para Venturi (2016, p. 419), a absoluta inegociabilidade da propositura da demanda de improbidade pelos legitimados, com vistas à aplicação do conjunto de sanções cominadas pelo art. 12 da Lei n. 8.429/1992, segundo entendeu o legislador nacional à época, constituiria mecanismo protetivo do fundamental e indisponível direito difuso à moralidade administrativa. Entretanto, na visão do mesmo autor, muito embora o princípio da inegociabilidade das punições legalmente estabelecidas para os atos de improbidade administrativa seja justificável em valores éticos, morais e dogmáticos, fato é que, de tão perfeita (teoricamente), a regra depõe contra a efetividade da punição dos responsáveis e a reparação dos danos causados ao patrimônio público.

Significa considerar que o fechamento absoluto de uma das portas de acesso à Justiça, consistente na resolução de conflitos de improbidade administrativa pelos métodos autocompositivos, longe de resguardar o direito difuso à moralidade administrativa, pode equivaler à sua proteção apenas formal, destituída da necessária efetivação do direito.

Partindo da crítica ao conceitualismo pelo qual os direitos indisponíveis são compreendidos, Venturi (2016, p. 405) propõe repensar as formas de solução de conflitos envolvendo tais direitos, que tradicionalmente só eram concebidas via tutela adjudicatória. Justificada no interesse público à mais adequada proteção dos direitos indisponíveis, a proibição de qualquer negociação que os envolva muitas vezes tem implicado a absoluta ausência de sua proteção adequada. Em razão do dinamismo das relações sociais, o autor propõe a reavaliação constante desse tema sob os diversos

contextos históricos, espaciais e sociais, afastando-se a negativa sistemática e apriorística da negociabilidade (transação) dos interesses indisponíveis se a técnica da negociação puder significar a melhor proteção e concretização dos direitos (VENTURI, 2016, p. 412).

Oportuno apontar que a Lei de Improbidade tem perdido seu caráter dissuasório, quando se observa o baixo índice de punições aplicadas. Um estudo do Conselho Nacional de Justiça (2015), considerando uma amostra de ações de improbidade transitadas em julgado nas cinco regiões do País entre 2010 e 2013, concluiu que, afora as questões atinentes à delonga no julgamento das ações, em 89,6% dos casos julgados não houve efetiva execução para o ressarcimento dos danos causados ao erário, quer dizer, ainda que a pretensão tenha sido julgada procedente, na quase totalidade dos casos não se obteve nem ao menos a reparação dos danos.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016, p. 51) defendem que a proibição das soluções consensuais na Lei de Improbidade refletia o momento então vivenciado pelo direito penal, avesso a qualquer solução negociada, realidade transformada a partir da segunda metade da década de 1990. Surgem, então os instrumentos de Justiça penal negociada, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei n. 9.099/1995. Posteriormente, ampliaram-se as possibilidades de negociação entre o titular da ação penal e o autor dos fatos, com o instituto da colaboração premiada, que atingiu sua regulamentação mais completa com a Lei n. 12.850/2013. Ao lado das inovações de direito processual penal, surgem institutos cíveis destinados à solução consensual pela prática de atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoas jurídicas, os chamados acordos de leniência (Lei n. 12.846/2013).

De fato, o cenário legal de absoluta impossibilidade de aplicação das soluções negociadas no âmbito da improbidade administrativa parece estar migrando para admissão de resolução consensual em determinadas hipóteses, em harmonia com as inovações trazidas pela terceira onda de acesso à Justiça. A respeito, destaca-se a nova Lei de Mediação, que, ao tratar da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, estatui, no art. 36,

§ 4º, que, “[n]as hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”.

Interpretando-se as leis como pertencentes a um único microsistema que tem como objetivo o combate à corrupção e a proteção ampla ao patrimônio público e à moralidade administrativa, a proibição irrestrita de negociação no âmbito da improbidade poderia tornar ineficazes as demais normas e os respectivos acordos firmados, provocando desestímulo à colaboração e afronta à coesão sistêmica.

Não é razoável oferecer benefícios para a colaboração no âmbito criminal e ajuizar ação de improbidade em desfavor do colaborador, em razão dos mesmos fatos. A contradição na atuação estatal ao firmar acordo de natureza penal e negar a solução consensual na vertente cível sancionatória de improbidade revela até mesmo uma deslealdade com o agente que renunciou ao seu direito a não autoincriminação e contribuiu para a persecução penal de integrantes da organização criminosa e para a recuperação dos valores desviados.

A finalidade da Lei de Improbidade Administrativa é a proteção à boa administração, à moralidade administrativa e ao patrimônio público como interesse difuso pertencente a toda a coletividade. Porém, em casos de colaboração, sobretudo quando se auxilia na recomposição do patrimônio público lesado, os interesses sociais, cuja defesa cabe constitucionalmente ao Ministério Público, acabam por atingir proteção mais ampla e efetiva do que seria possível sem os elementos de prova apresentados pelo colaborador.

O microsistema sancionatório também é integrado pela Lei n. 12.846/2013, que estabelece o acordo de leniência como mecanismo de solução extrajudicial no campo da responsabilização de índole cível, na linha do que prevê a Lei n. 12.850/2013 na esfera penal. O acordo de leniência guarda íntima similitude com o instituto penal da colaboração premiada, consistindo em um ajuste entre um ente estatal e um infrator confesso, para a redução das

penalidades em troca de elementos de prova relevantes. Mais especificamente, o acordo de leniência é o ajuste firmado entre pessoa jurídica e o Estado, pelo qual aquela assume ter praticado, em conjunto com outras ou individualmente, qualquer dos atos lesivos descritos no art. 5º da mencionada lei, em conluio com um ou mais agentes públicos, a fim de receber alívio nas penalidades administrativas instituídas na mesma norma (PEREIRA, 2016, p. 87-88).

Partindo-se da interpretação do microsistema legal de combate à corrupção, entende-se que a negociação das penalidades decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa seria admissível nas hipóteses de celebração de acordos de colaboração no âmbito penal ou cível (acordos de leniência), envolvendo os mesmos atos lesivos à Administração Pública. Com efeito, a interpretação literal do comando do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 levaria a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, para a obtenção de elementos fundamentais para a recuperação dos valores desviados e desarticulação das organizações criminosas, mas não seria possível negociar as penalidades decorrentes dos atos de improbidade administrativa relacionados aos mesmos fatos investigados.

Assim, é de admitir a celebração de acordos pelo Ministério Público, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam atenuação das sanções da Lei n. 8.429/1992, ou mesmo a sua não aplicação, se em relação aos mesmos fatos a negociação for a via admitida para a obtenção de prova útil à desarticulação da organização criminosa ou à investigação dos ilícitos cíveis praticados contra a Administração Pública, a fim de dar congruência ao microsistema normativo de combate à corrupção.

E fora as hipóteses de colaboração premiada ou acordo de leniência, seria possível a solução negociada na esfera da improbidade administrativa? A questão que se apresenta é que, no caso de extensão das negociações já firmadas nas esferas cível e criminal, o acordo envolvendo a improbidade seguiria os parâmetros legais estabelecidos para os referidos ajustes, de forma que a atuação negocial do Ministério Público não seria exercida de forma arbitrária e

injustificada. Lado outro, a transação das sanções pela prática de ato de improbidade nos casos não analisados no presente tópico requer a adoção de critérios institucionais pré-estabelecidos que norteiem o entabulamento das negociações, com o escopo de assegurar que a solução negociada seja de fato efetiva para a proteção dos interesses sociais, o que será explorado a seguir.

6 A necessidade de definição de parâmetros de atuação do Ministério Público para a admissão dos acordos envolvendo atos de improbidade administrativa

O acordo a ser celebrado pelo Ministério Público no âmbito da improbidade administrativa substituirá o ajuizamento da respectiva ação para a responsabilização do agente. O acordo pode significar, portanto, verdadeira transação, na medida em que, constatada a prática de ato ilícito ímprobo, nos termos definidos na lei de regência, a solução negociada pode resultar em aplicação reduzida das penalidades. Lado outro, o consenso nas penalidades cominadas traz ganhos de efetividade, pois não se sujeita ao risco da demanda (risco de que o pedido do autor da ação de improbidade não seja acolhido; risco de que, mesmo acolhido o pedido, a sentença não seja executada; e risco do longo tempo decorrido para a aplicação das sanções).

A resolução consensual, dessa maneira, não deve ser arbitrária nem prescindir da observância de parâmetros decorrentes, antes de mais nada, dos princípios que regem a atuação do Ministério Público na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público. É dizer, é preciso estabelecer critérios que possam nortear a realização dos acordos, de forma a ser demonstrável ser essa a solução mais adequada no caso concreto à proteção ampla e efetiva dos direitos defendidos pelo Ministério Público em prol da coletividade.

Não é objetivo do presente artigo esgotar o tema, mas tão somente iniciar a discussão sobre a necessidade de definir algumas balizas que podem ser consideradas para definição de critérios institucionais para os acordos no âmbito da improbidade administrativa.

Na primeira hipótese tratada, como se restringiu a possibilidade da solução negociada aos colaboradores beneficiados pelos normativos integrantes do microsistema legal de combate à corrupção, os critérios para a admissão do acordo relacionado à improbidade administrativa são os mesmos definidos nas leis de regência.

Doutra parte, quando se preconiza a realização de acordos para além dos casos de leniência e de colaboração premiada, é preciso discutir a necessidade de definição dos parâmetros que direcionariam a escolha pela negociação das sanções pelo Ministério Público.

O tratamento aparentemente benevolente na seara da improbidade a determinados agentes não deve restar, portanto, alheio aos controles social e legal. À sociedade, deve ser possível o Ministério Público demonstrar justificadamente que o acordo resultou em benefício para a recomposição do patrimônio público e a proteção da moralidade administrativa, mais ampla que aquela que seria obtida sem a solução consensual, ou seja, deve ser comprovado que o acordo era a melhor opção para a defesa dos interesses sociais. O acordo deve, nesse sentido, sujeitar-se também às instâncias institucionais de controle, pelos Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos dos Estados, ou pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público da União.

6.1 O estágio atual da regulamentação dos acordos de improbidade pelo Ministério Público e a importância de estabelecimento de parâmetros nacionais

Algumas unidades do Ministério Público estadual regulamentaram internamente, por meio de resoluções de seus respectivos Conselhos Superiores, os critérios para a celebração de acordos na esfera da improbidade administrativa. O primeiro deles foi o Ministério Público do Estado do Amapá (MPAP), a partir da Resolução n. 002/2017 – CSMP/AP, de 28 de março de 2017. O modelo escolhido pelo MPAP foi o de celebração prévia de termo de intenção de acordo pelos Órgãos de Execução com as pessoas físicas, investigadas ou processadas pela prática de atos de improbidade administrativa, objetivando a reparação do prejuízo causado

ao erário. O termo de intenção deve, a seguir, ser encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público, que decidirá, em 30 dias, sobre sua conversão em acordo ou rejeição. Se decidido pela conversão em acordo, o termo é remetido ao órgão de execução, que deverá, então, encaminhá-lo ao juízo com pedido de homologação (art. 1º da Res. n. 002/2017 – CSMP/AP). As condições para a celebração do acordo dizem respeito à colaboração efetiva para a identificação dos demais envolvidos, quando couber; à obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito; à descoberta de patrimônio de outros investigados com a finalidade de ressarcimento ao erário. Além disso, o Conselho Superior somente converterá o termo de intenção em acordo se houver previsão expressa de: como se dará o ressarcimento integral ao erário; aplicação de uma das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992; extinção do acordo em caso de descumprimento de qualquer das condições pactuadas (arts. 2º e 3º da Res. n. 002/2017 – CSMP/AP).

Esse modelo de submissão de termo de intenção ao Conselho Superior para decisão quanto à conversão ou não em acordo não está isento de questionamentos, tendo em vista que o regulamento pode estar conferindo ao Órgão da Administração Superior do Ministério Público poder decisório inserido na esfera de atuação do órgão de execução, que detém a atribuição para o ajuizamento da ação de improbidade. Nesse aspecto, o promotor de Justiça natural para a investigação e para a persecução em juízo do autor da prática de improbidade dispõe também da atribuição para firmar o respectivo acordo. Certamente, o acordo deve se submeter às instâncias de controle, porém como atividade posterior ao ato. O que parece estar presente no modelo de celebração de acordos de improbidade preconizado pelo MPAP é a concepção de que tal ajuste seria ato complexo, que depende da manifestação de vontade de órgãos diversos.

Por outro lado, esse não foi o modelo adotado pelo Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), que regulamentou os parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo san-

ções cominadas aos atos de improbidade administrativa, por meio da Resolução n. 01/2017 – CSMP/PR, de 15 de maio de 2017. Conforme a referida norma, o Conselho Superior do MPPR não tem o papel de conversão do termo em acordo, mas sim de homologação do ajuste firmado pelo órgão de execução, verificando a regularidade, legalidade e pertinência do ato jurídico (art. 5º, §§ 4º e 5º, da Res. n. 01/2017 – CSMP/PR). As hipóteses de celebração de acordo também são diversas das definidas pelo MPAP, pois além dos beneficiados que colaborem com as investigações, o MPPR previu a possibilidade de transação para os atos de improbidade que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo. Os critérios que devem estar presentes para o entabulamento dos acordos em cada uma das referidas hipóteses foram expressamente previstos (arts. 2º, 3º e 4º da Res. n. 01/2017 – CSMP/PR).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da Resolução n. 3/2017 – CSMP/MG, de 23 de novembro de 2017, regulamentou o compromisso de ajustamento de conduta envolvendo hipóteses configuradoras de improbidade administrativa. O art. 3º da referida norma dispõe que o acordo poderá ser firmado quando presentes as seguintes condições: cessação do envolvimento do compromissário com o ato ilícito; compromisso de reparação integral do dano sofrido pelo erário; compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; estabelecimento de multa cominatória para a hipótese de descumprimento das obrigações pactuadas; oferecimento de garantias do cumprimento dos compromissos de pagamento de multa civil, do ressarcimento do dano e da transferência de bens, direitos e/ou valores, em conformidade com a extensão do pactuado. Demais disso, o acordo deverá prever uma das condições estabelecidas no art. 4º: compromisso de pagamento de multa civil; compromisso de não contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, por determinado período; renúncia da função pública; compromisso de reparação de danos morais coletivos; renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos,

por determinado período. Quanto à homologação do acordo, o art. 5º prevê que, se o compromisso tiver sido firmado no âmbito de inquérito civil ou de procedimento preparatório e esgotar seu objeto, o membro do Ministério Público deverá arquivar o procedimento e remetê-lo para homologação do Conselho Superior do Ministério Público. Se o compromisso firmado não acarretar o arquivamento do procedimento, o membro do Ministério Público deverá promover seu desmembramento, com posterior remessa do novo procedimento ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo e na forma da norma que versa sobre a tramitação de procedimentos extrajudiciais. O acordo firmado na fase judicial será submetido à homologação do respectivo juízo, sem prejuízo de sua comunicação pelo órgão de execução ao Conselho Superior do Ministério Público, para fins de registro.

Mais do que analisar detidamente os regulamentos citados, o que importa ao presente artigo é demonstrar a importância não só da definição de critérios institucionais para a celebração de acordos envolvendo atos de improbidade administrativa, mas principalmente a uniformização de parâmetros mínimos em âmbito nacional, para conferir maior efetividade e segurança jurídica aos acordos. Respeitadas as diversidades regionais, e sem prejuízo das normatizações locais, esse debate deveria ter lugar perante o Conselho Nacional do Ministério Público, na qualidade de órgão de integração e desenvolvimento do Ministério Público brasileiro.

A Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público trouxe importantes avanços para a matéria ao estatuir ser cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei (art. 1º, § 2º). Entretanto, necessária a explicitação mais minuciosa dos parâmetros para a realização dos acordos em improbidade administrativa.

Conquanto seja importante a regulamentação dos acordos pelos Ministérios Públicos dos Estados e dos ramos da União, a diversidade dos critérios estabelecidos pode explicitar contradições

entre os modelos escolhidos e ensejar, inclusive, futuros questionamentos dos acordos, tanto por parte dos beneficiados quanto pela própria sociedade, já que os acordos podem ser compreendidos como mais ou menos efetivos se entabulados a partir de um ou de outro regulamento.

A regulamentação nacional, portanto, deve extrair das normas constitucionais e legais alguns vetores que podem nortear a definição de modelos de boa atuação funcional na celebração de acordos no âmbito da improbidade pelo Ministério Público, protocolos esses que têm por finalidade buscar a qualificação da atuação negocial da instituição, para a obtenção de efetivos resultados na defesa dos interesses sociais.

6.2 O ressarcimento integral do dano ao erário como condição essencial para os acordos envolvendo improbidade administrativa

O primeiro parâmetro a ser considerado para a admissão de acordos envolvendo atos de improbidade administrativa é a previsão de cláusula de ressarcimento integral do dano causado ao erário. Vale considerar que o ressarcimento do dano não tem natureza de sanção, mas mera obrigação de restituir as coisas ao estado anterior à ocorrência do ato ilícito. Nesse sentido, para Osório (2011, p. 107-108),

As medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflictivo ou disciplinar, não ambicionam à repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.

A necessidade de reintegração do patrimônio público ao estado anterior à prática do ilícito encontra fundamento no art. 37, § 5º, da CR/1988, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de

ressarcimento”. A expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” deu ensejo ao entendimento de que são imprescritíveis as ações ajuizadas em decorrência de ato de improbidade administrativa no que diz respeito ao dano causado ao erário.

A matéria foi discutida no julgamento do Recurso Extraordinário n. 669.069 (publicado no *DJE* de 28 abr. 2016), quando o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de repercussão geral no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Restou definido também que o enunciado não é aplicável a ações que busquem o ressarcimento ao erário em decorrência de ato de improbidade administrativa, tese reafirmada quando do julgamento dos embargos de declaração, ocasião em que o relator, ministro Teori Zavascki, explicitou que não são considerados, para efeito de aplicação da tese, os ilícitos decorrentes de infração ao direito público, como os de natureza penal e os de improbidade, por exemplo (publicado no *DJE* de 30 jun. 2016).

O caráter de imprescritibilidade das ações de ressarcimento em decorrência dos atos de improbidade explicita a opção do constituinte em eleger a reparação do dano ao erário como essencial à preservação do patrimônio público e à proteção à moralidade administrativa.

A Lei n. 12.850/2013, que trata das organizações criminosas e possibilita a realização de acordos de colaboração premiada, condiciona o benefício à obtenção de um dos seguintes resultados, previstos no art. 4º: a identificação dos demais autores, a revelação da estrutura hierárquica da organização, a prevenção de infrações penais, a recuperação total ou parcial do produto do crime, a localização da vítima. A reparação integral do dano, portanto, não é condição absoluta para a aplicação do benefício. Entretanto, em crimes de corrupção e os praticados contra a Administração Pública em geral, em que há, sempre, dano ao erário, não é recomendável, pela natureza do bem jurídico protegido, a realização de acordo de colaboração premiada sem que haja o retorno aos cofres públicos dos valores desviados (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015, p. 10-11).

Doutra parte, a Lei Anticorrupção, que permite a celebração de acordos de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública, estipula expressamente que o acordo não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (art. 16, § 3º, da Lei n. 12.846/2013).

Assim, ainda que se possa transacionar a redução das penalidades advindas do ato de improbidade administrativa, ou mesmo não as aplicar via solução negociada, o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público não constitui penalidade, mas sim, mero retorno ao estado anterior à prática do ilícito.

6.3 A atuação planejada e integrada dos órgãos do Ministério Público com atribuição cível e criminal para a celebração de acordos envolvendo atos lesivos à Administração Pública

Para a celebração de acordos envolvendo os atos de improbidade administrativa, é importante que sejam consideradas todas as esferas de responsabilização, sobretudo tendo em vista que os atos lesivos à Administração Pública usualmente podem ser considerados ao mesmo tempo atos de improbidade e crimes. É de comum interesse a ambas as esferas de atuação do Ministério Público a identificação dos autores dos ilícitos e a prova a ser produzida. A negociação conjunta potencializa o aproveitamento dos instrumentos em ambas as esferas, cível e criminal, além de prevenir eventuais contradições.

A Recomendação–CNMP n. 42³, de 23 de agosto de 2016, preconiza a criação de grupos de atuação especial para o enfrentamento à corrupção, com atuação preventiva e repressiva, e com atribuição extrajudicial e judicial, cível e criminal nas seguintes hipóteses: crimes praticados contra a Administração Pública; crimes contra os procedimentos licitatórios; crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores; crimes de “lavagem” ou ocultação de bens; atos de

3 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_42.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017.

improbidade administrativa; ações civis públicas com fundamento na proteção do patrimônio público e social; ações populares para a proteção do patrimônio público; procedimentos, medidas e ações relacionados à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública (Lei Anticorrupção).

A norma se baseou na não existência de diferença ontológica entre o ilícito administrativo, civil, penal e político, senão para atribuir diferentes sanções para o mesmo ato de corrupção. Essa não diferença substancial dos ilícitos justifica inclusive a extensão dos efeitos da negociação criminal e cível à esfera da improbidade administrativa, tal como defendido neste artigo. A atuação integrada dos órgãos do Ministério Público especializados no combate à corrupção, conjugando atuação preventiva e repressiva, com atribuição cível e criminal, potencializa, dessa maneira, a abordagem plena do bem jurídico tutelado e evita a celebração de acordos contraditórios.

O modelo integrado de combate à corrupção está em consonância com o paradigma resolutivo, para o cumprimento do papel constitucional do Ministério Público de atuação plena e efetiva na proteção dos interesses sociais. Goulart (2016, p. 219) defende que a atuação planejada, proativa e integrada do Ministério Público, orientada pela pesquisa exaustiva dos fatos em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada, potencializa o atendimento das demandas da sociedade democrática. Sustenta, ainda, o uso de instrumentos adequados e a escolha correta dos campos de negociação, para conferir ganhos de efetividade à atuação institucional.

Quanto à necessidade de atuação planejada, Goulart (2017, p. 32) afirma que a atividade prática essencial do Ministério Público, entendida como conjunto de atos modificadores do real, tem objeto definido (a realidade social), fim pré-determinado (a transformação dessa realidade) e resultado socialmente esperado (a concretização de direitos fundamentais). Está necessariamente voltada ao alcance de objetivos estratégicos e, por isso, caracteriza-se como atividade teleológica. Em razão do seu caráter finalístico, a atividade do Ministério Público não pode dar-se aleatoriamente, mas desenvolver-se de forma planejada para a produção de resultados efetivos.

A coesão sistêmica do microsistema legal de combate aos atos lesivos à Administração Pública, com a aplicação harmônica dos institutos previstos nos diversos normativos, pressupõe atuação convergente dos órgãos estatais de enfrentamento à corrupção, inclusive entre os órgãos de execução com tal atribuição no Ministério Público. O planejamento e a articulação das ações, assim como o entabulamento coordenado dos acordos nas diversas esferas de responsabilização, são essenciais para a obtenção de resultados efetivos.

7 Conclusão

O presente artigo pretendeu analisar a vedação legal à solução consensual no campo da improbidade administrativa, buscando situar o dispositivo no atual contexto das inovações processuais que ampliaram a arquitetura do sistema de Justiça para a tutela dos direitos por outras vias que não somente a adjudicatória.

As ondas de acesso à Justiça, que representam as fases de reformas nos sistemas processuais para a superação dos obstáculos para a resolução simples, justa e efetiva das controvérsias, alcançaram estágio em que se admite todo meio legítimo de proteção dos direitos.

Os métodos autocompositivos não são, portanto, alternativos ao processo nem ferramentas de redução do estoque de casos no Poder Judiciário, mas opções adequadas para determinadas situações jurídicas em que a busca pelo consenso seja primordial para a concretização dos direitos.

Nesse cenário, o Ministério Público emerge como garantia de acesso à Justiça, dispondo constitucionalmente de instrumentos de atuação nos campos jurisdicional e extrajurisdicional, elegíveis, a partir de uma análise criteriosa, como meios adequados para a efetivação dos direitos que deve defender.

No combate à corrupção, as soluções negociadas entabuladas pelo Ministério Público com o uso dos acordos de leniência e de colaboração premiada têm alcançado sucesso para a proteção ampla do patrimônio público, transacionando-se a aplicação das sanções legais em troca de elementos essenciais para a desarticulação das

organizações criminosas e recuperação dos valores desviados. Os mesmos fatos que ensejaram os acordos, entretanto, podem refletir no campo da improbidade, de sorte que a negociação também dessas penalidades administrativas confere coesão ao microsistema de responsabilização pelos atos lesivos à Administração Pública.

A realização de acordos pelo Ministério Público na esfera da improbidade em outras hipóteses afora a leniência e a colaboração premiada não prescinde da definição institucional de modelos de atuação para o não ajuizamento da ação sancionatória. O uso de técnicas extraprocessuais para a criação do direito, especialmente quando se trata de transação de direitos indisponíveis, não pode estar avesso à definição de preceitos balizadores. Algumas unidades do Ministério Público estadual (e.g. MPAP, MPPR e MPMG) já regulamentaram internamente os critérios para a celebração de acordos envolvendo atos de improbidade, porém uma normatização mais minuciosa em âmbito nacional pelo Conselho Nacional do Ministério Público seria de fundamental relevância para a padronização das condições de celebração dos acordos e dos mecanismos de controle, conferindo maior segurança jurídica aos ajustes.

É necessário, por fim, o aprofundamento das pesquisas voltadas para o aprimoramento da atuação do Ministério Público no que tange às questões que envolvem a tutela consensual dos direitos indisponíveis. Sem pretender abandonar a via adjudicatória, apresenta-se como desafio, por conseguinte, a construção de modelos de atuação que ajustem a jurisdição e os mecanismos extrajudiciais para a mais adequada resolução dos conflitos e a proteção mais efetiva dos direitos fundamentais.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, v. 36, n. 195, p. 186-208, maio 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

AMORIM JÚNIOR, Sílvio Roberto Oliveira de. *Improbidade administrativa: procedimento, sanções e aplicação racional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BADINI, Luciano. *Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9. Salvador: JusPodivm: 2016. p. 225-236.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: dez. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa: Lei de Improbidade Administrativa – obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 35-66.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio César. *A colaboração premiada compensa?* Brasília: Senado (Núcleo de Estudos e Pesquisas – CONLEG), ago. 2015.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público resolutivo. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público: o papel constitucional das corregedorias do Ministério Público*, Brasília, CNMP, v. 1, p. 217-238, 2016.

———. Órgãos de execução, escolas institucionais e corregedorias na dinâmica do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público: a atuação orientadora das corregedorias do Ministério Público*, Brasília, CNMP, v. 2, p. 29-50, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

———. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 405-430.

Integridade e política de compras públicas no PLS n. 303/2016 – moderno controle administrativo fundado na ética e no risco

Antônio Fonseca

Membro sênior do Ministério Público Federal. Advogado e consultor em Sistema de Ética e Compliance. Presidente do Conselho de Ética do Instituto Ética Saúde. PhD em Direito (Universidade de Londres). Mestre em Direito (Universidade de Brasília).

Resumo: A dimensão da corrupção no Brasil é notória fora do País. Existe um movimento global anticorrupção que se opõe firmemente aos costumes desonestos. As iniciativas nacionais no sentido de combater essas práticas refletem, também, os compromissos internacionais assumidos pelo governo brasileiro. Ao descontinuar a corrupção, é possível a promoção de mudanças que agreguem valor aos serviços essenciais, notadamente, saúde, educação e segurança. Essa é uma missão da sociedade como um todo, incluindo todas as esferas de governo bem como todo o Poder organizado. A filosofia do PLS n. 303/2016 corrobora esses ideais ao estabelecer normas para o desenvolvimento de um Sistema de Integridade para a Administração Pública brasileira. A proposição legislativa apresenta as seguintes características: foco no risco, como critério geral que orienta as ações de integridade; genuína escolha política de desconstituir, gradualmente, a prática generalizada da corrupção; empoderamento da cidadania e das instituições; ênfase na responsabilidade dos gestores; e integridade como opção e como dever de todos os segmentos do Estado brasileiro e da sociedade. Pugnar por uma sociedade mais íntegra, que vise à promoção do acesso de todos à riqueza da Nação, é um anseio dos cidadãos que se inscreve nos objetivos da República. Fora da integridade, esse projeto republicano jamais se realizará.

Palavras-chave: Sistema de integridade. Administração Pública. Cidadania. Combate à corrupção.

Abstract: The extent of corruption in Brazil is known outside the country. There is a global anticorruption movement that is firmly opposed to corrupt practices anywhere in the world. National initiatives to combat these practices also reflect the international commitments assumed by the Brazilian government. Discontinuing corruption means giving way to the promotion of change, opening up space to add value to essential services such as health, education and security. This mission is accountable to society, to all spheres of government and to all organized power. This is part of the philosophy of Senate Bill (PLS) 303/2016, when establishing general norms to develop an Integrity System to the Brazilian Public Administration. The following characteristics are emphasised in the legislative proposal: focus on risk as a general guiding criterion to integrity actions; definition of a deconstructing policy to end up gradually with the widespread corruption practice; institutions' and citizenship's empowerment; focus on managers' responsibility; and integrity as administrative organization assumption, as well as duty of Brazilian State and society. To strive for a state of integrity in a society that aims to promote access for all to the Nation's wealth should be the citizens' yearning which is part of the Republic's purpose. Out of integrity, this Republican project will never come true.

Keywords: Integrity System. Public Administration. Citizenship. Combat to corruption.

Sumário: 1 Introdução: fundamentos do PLS n. 303, de 2016. 2 Princípios e conceitos gerais. 3 Estratégias: objetivos e planos de ação. 3.1 Deveres do Poder Público e da coletividade – art. 4º. 3.2 Órgãos de colaboração – art. 6º, parágrafo único c.c. art. 36. 3.3 Papel das ouvidorias – art. 7º. 3.4 Teste de integridade – art. 10, VI. 3.5 Carta anual – art. 10, VII. 3.6 Representação de interesses ou atividade de *lobby* – art. 11. 3.7 Práticas e diretrizes de compras e contratações – art. 19, § 1º, VII. 4 Integridade nas licitações e contratos públicos. 4.1 Estratégia de integridade – art. 21. 4.2 Adicional a programa de integridade como critério de desempate em licitações – art. 21. 4.3 Sistema integrado de conformidade – art. 26. 4.4 Disposições aplicáveis a setores específicos – arts. 29 a 34. 5 Destaque final.

1 Introdução: fundamentos do PLS n. 303, de 2016

O sucesso da prevenção está baseado em ações, que são desperçadas por pensamentos, por mudança de perspectiva e por um novo senso de propósito (ético, não corruptivo). É disso que todos os cidadãos e todos os entes legitimados precisam para promover, a cada dia, a desconstrução da cultura da corrupção.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 303, de 2016 (BRASIL, 2016b), de autoria do senador Reguffe¹, pretende ser uma lei guarda-chuva. É um estatuto básico para fomentar a difusão das práticas de integridade na Administração Pública.

Um sistema de integridade² é necessário para, pouco a pouco, fomentar ações que levem à desconstrução da cultura de corrupção na sociedade. Para isso, todas as instituições e toda a sociedade são

1 Este artigo é um comentário ao Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 303 de 2016. Apresentado em 3.8.2016, o PLS n. 303/2016 dispõe sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira, estabelecido para a proteção preventiva e integral dos bens, interesses e direitos inerentes ao patrimônio público nacional, e dá outras providências. O texto contém 41 artigos distribuídos em 6 capítulos: Cap. I – Das Disposições Preliminares, Cap. II – Das Normas Gerais de Estratégia de Integridade, Cap. III – Da Integridade nas Licitações e Contratos da Administração Pública, Cap. IV – Das Disposições Aplicáveis a Setores Específicos, Cap. V – Da Participação do Cidadão e dos Órgãos de Controle, e Cap. VI – Das Disposições Finais e Transitórias. O documento completo poderá ser acessado no portal do Senado Federal (BRASIL, 2016b). Acessando esse *link* os cidadãos podem dar o seu apoio. É um Projeto sem ideologia política.

2 Em 1997, Petter Langseth, Rick Stapenhurst e Jeremy Pope publicaram o artigo “The Role of a National Integrity System in Fighting Corruption”. Esse estudo acadêmico é uma das inspirações do PLS n. 303/2016. Segundo esse estudo, a percepção crescente da corrupção tem aumentado a pressão pela responsabilização dos infratores e a demanda por mais transparência da atuação dos agentes públicos. Para os autores, não existe uma solução fácil nem um modelo ideal para combater a corrupção; cada país ou região é único na sua história e cultura, e no seu sistema político. No entanto, entre eles existem similaridades, permitindo que lições e experiências sejam transferíveis. Um sistema nacional de integridade, enfim, destaca o estudo, compreende 8 pilares: conscientização pública, estratégias anticorrupção, participação social, agências “watchdog”, Poder Judiciário, a mídia, o setor privado e cooperação internacional (LANGSETH; STAPENHURST; POPE, 1997).

instadas a atuar. Toma-se como pressuposto que a defesa da integridade, mediante o combate da corrupção, é um dever de todos. Por isso, a intenção geral é de uma lei que desperte ações preventivas e indiretamente possa apoiar a detecção e repressão dos atos de corrupção.

Nesse sentido, o PLS n. 303/2016 tem foco no risco como critério geral para as ações de integridade, oficializa uma genuína escolha política de prevenção e combate à corrupção, empodera as instituições e a cidadania, enfatiza a responsabilização dos gestores, e coloca a integridade como dever de todos os segmentos do Estado e da sociedade.

Perpassa todo o texto da minuta a atenção aos riscos como elemento de destaque no cotidiano das sociedades modernas³. O comportamento humano deve refletir essa atenção. Na base da ética pública está o dever dos agentes de prestar contas dos seus atos. Decorrem das ações humanas os resultados que agregam valor às entregas públicas e privadas. A transparência da burocracia pública e a participação dos cidadãos são aspectos que também qualificam o sistema de integridade, que interage com a política privada de ética e conformidade. Pode-se afirmar que, atualmente, esses riscos também dizem respeito à ética e à integridade. Negligenciar tais riscos pode gerar perdas incalculáveis. Daí a previsão de um mundo global unido não somente para mudar regras em torno dos riscos mas também vivenciar essas regras na certeza de que, particularmente no Brasil, fora da integridade torna-se inviável o projeto de República⁴.

3 Ulrich Beck publicou a versão em inglês de “Risk Society: Towards a New Modernity”, pela primeira vez, em 1992. Sua teoria defende que a sociedade industrial chegou a uma fase dominada por riscos crescentes que podem escapar do controle. Esses riscos são agregados ao processo de criação e distribuição de riqueza. São riscos ligados ao clima, ao manejo de produtos químicos e, nas últimas décadas, ao sistema financeiro (BECK, 1992).

4 Nos exatos termos do art. 3º da Constituição, um dos vários objetivos fundamentais da República é “promover o bem de todos”. As demandas da sociedade são crescentes, e os seus recursos são finitos. Isso define a ideia de escassez. Infere-se daí que a promoção do bem de todos pressupõe uma cultura de integridade (BRASIL, 1988).

Na base da integridade floresce um Direito Administrativo moderno, ancorado num controle do resultado. Não basta o conjunto de princípios que a Constituição consagra em favor da moralidade e suas várias expressões, a fim de orientar a vontade do administrador. É cogente uma “ética de resultado” (MOREIRA NETO, 2006) como princípio da gestão pública⁵.

Reza o PLS n. 303/2016, no seu art. 1º, que “busca estabelecer normas gerais para o fortalecimento das estratégias de integridade da Administração Pública”. A expressão “estratégias de integridade” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011) é utilizada em documento da Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)⁶ e adotada no PLS n. 303/2016 para os órgãos e entes da Administração Pública como equivalente do programa de integridade (BRASIL, 2013) previsto para as organizações privadas.

Recentemente, o juiz Sérgio Moro (OMISSÃO..., 2016) lamentou o fato de o Poder Executivo e o Congresso até agora não terem feito “uma contribuição significativa para os esforços do Brasil na luta contra a corrupção. Por exemplo, eles poderiam ter proposto e aprovado leis melhores para prevenir a corrupção”. Avalia-se que o PLS n. 303/2016 tenha o propósito de contribuir para preencher essa lacuna, ao lado de outros projetos importantes em tramitação. Os tópicos seguintes são uma abordagem sumária do Projeto.

5 Em sua reflexão sobre a ética e a administração de resultados, escreve Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006): “A ética gira em torno de um dilema: o que é bom e o que é mau. Mas o bom pode ser tão somente um pré-conceito pessoal, como, também, um fato concreto – o resultado de uma ação. Na política, coube a Max Weber equacionar adequadamente esse dilema, sobre qual seria a justa postura moral do agente público que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas intenções para justificar-se-lhe a conduta – ter-se-ia uma ética da intenção –, ou se seria necessário que efetivamente ele atingisse os resultados dele esperados – e ter-se-ia uma ética do resultado”.

6 O documento traz quatro recomendações e quatro propostas de ação. É outra inspiração do PLS n. 303/2016.

2 Princípios e conceitos gerais

Uma lei de aplicação geral com a pretensão de contribuir para a desconstrução de propósitos corruptivos deve se municiar de um corpo de conceitos e princípios; ao todo, são dez os contemplados no art. 2º.

No conceito de “Carta Anual de Governança Corporativa” está a ferramenta que pode registrar o “*tone at the top*” (o exemplo que vem de cima) do Poder Público. A noção de “proteção integral”, outro conceito, consagra a defesa da prevenção como responsabilidade autônoma (PLS n. 303/2016). A noção de “construção participativa” é um convite a todos os segmentos da sociedade para o desafio de mudar o ambiente de entrega de resultados à sociedade. Conforme o princípio da proporcionalidade, a estratégia de integridade deve adequar-se à dimensão dos riscos do setor, de modo que seja evitado o inchaço da estrutura administrativa. Ainda, a estratégia deve estar alinhada ao ambiente regulatório. Esse princípio do alinhamento é uma promessa de harmonia entre toda a política de regulação econômica com a cultura ética da organização implantada.

Desconstrução sugere mudança. Mudança requer diálogo. Conceitos e princípios formam o conjunto de vasos condutores que tematizam esse diálogo; ou a reflexão do homem consigo mesmo, na coletividade; a interação entre indivíduos e com tudo que está ao seu redor. Os conceitos e princípios são pontos de partida para as ações que podem promover o projetado “bem de todos” (PLS n. 303/2016).

3 Estratégias: objetivos e planos de ação

3.1 Deveres do Poder Público e da coletividade – art. 4º

O art. 4º (PLS n. 303/2016) é uma declaração solene de que o projeto de República, cunhado no art. 3º da Constituição (BRASIL, 1988), requer um ambiente de integridade. Cabe ao Poder Público construir e implementar esse ambiente, e à coletividade defendê-lo. Isso resgata a crença permeada no texto do projeto de lei, de que a busca da integridade é parte do esforço de todos.

3.2 Órgãos de colaboração – art. 6º, parágrafo único c.c. art. 36

A lei institui um sistema de integridade. Desse sistema podem participar, como órgãos de colaboração, conselhos profissionais⁷ e conselhos de ética das entidades civis, por meio de convênio ou acordo. A eles é reconhecido também o papel de acionar a lei para buscar as prestações devidas.

Em quase todas as atividades do Poder Público, está presente um agente que exerce profissão regulamentada. Por trás dele existe um conselho profissional fiscalizador. Além deste, os conselhos de ética das entidades civis também têm influência cultural. Por isso, eles podem e devem somar com o Poder Público para a promoção da integridade.

3.3 Papel das ouvidorias – art. 7º

Quem exerce a instância de *compliance* no Poder Público? Suspeita-se que hoje as ouvidorias não cumpram com esse papel. O PLS determina que, onde não houver órgão com a atribuição específica de agente de integridade, a função da ouvidoria seja revista para incluí-la. Esse é um ajuste necessário, que exige dos ouvidores independentes uma atuação proativa, não somente para receber e distribuir queixas, mas para interferir na elaboração, execução e melhoria das políticas internas.

3.4 Teste de integridade – art. 10, VI

A aplicação do teste de integridade a um indivíduo, na fase de recrutamento, pode ser ferramenta útil a uma organização pública ou privada. A sua aplicação na fase de contratação ou durante a vigência do contrato é prevista em documento da ONU⁸. No

7 Os conselhos profissionais podem, por exemplo, contribuir para uma questão que mais cedo ou mais tarde deverá ser endereçada: a qualidade dos programas de integridade e sua certificação para lhe aferir a efetividade.

8 “Integrity testing is a method that enhances both the prevention and prosecution of corruption and has proved to be an extremely effective and efficient deterrent to

âmbito do PLS n. 303, de 2016, não se cogita do uso do teste de integridade como ação controlada, figura do processo penal, aplicável com fins repressivos.

O teste pode ser aplicado por meio de entrevista ou formulário, aplicado eletronicamente ou com orientação de instrutor. O teste poderá, no caso concreto, ser escrutinado por autoridade judicial, seguindo o devido processo legal e de modo a evitar qualquer tratamento discriminatório ou degradante. A Associação dos Advogados dos Estados Unidos (*Business Section*) lista dez recomendações acerca de cuidados que devem ser observados na aplicação do teste. Ainda que não se concorde com todas elas, os itens são dignos de atenção, como seguem:

- nunca utilizar testes como o único critério para decisões de contratação ou promoção;
- evitar o uso de testes que requeiram análise por psicólogos, psiquiatras ou assistentes sociais (isto é, preferir respostas diretas ou objetivas);
- rever testes existentes para certificar-se de que não incluam componente de diagnóstico psicológico. Em outras palavras, ter certeza de que o teste não contribua para encontrar um problema mental ou distúrbio psicológico específico;
- ter certeza de que o teste é estatisticamente válido, confiável e desprovido de preconceitos étnicos e culturais;
- usar testes que tenham relação com o trabalho e com a necessidade do negócio. Por exemplo, testes de extroversão podem ser justificáveis para pessoas que busquem posições em vendas, mas não para pessoas que procurem vagas sem foco intenso na interação com outras pessoas. Do mesmo modo, um teste de integridade pode ser mais justificável para posições relacionadas a finanças e segurança;

corruption. Integrity testing is usually utilized in circumstances where intelligence exists providing indications that an individual or a number of individuals, usually public officials, are corrupt” (UNITED NATIONS ORGANIZATION, 2009).

- aplicar o teste de modo padronizado, que garanta que todos os candidatos às vagas ou empregados sejam avaliados da mesma maneira;
- monitorar os resultados dos testes para certificar-se de que não haja impactos díspares sobre mulheres e minorias;
- tomar medidas para garantir a confidencialidade das respostas dos testes;
- monitorar as estatísticas do local de trabalho relativas a desligamentos, furtos, rotatividade de pessoal e produção para determinar se o uso dos testes resulta na redução das condutas contraproducentes identificadas;
- consultar um advogado com experiência em testes admissionais antes de aplicar qualquer teste. No mínimo, um empregador deve obedecer a requisitos federais bem como a requisitos adicionais impostos pela autoridade do local da aplicação do teste (SEEGULL; CAPUTO, 2009).

Essa previsão no PLS n. 303/2016 introduz no Direito Brasileiro uma ferramenta que dependerá de regulamento. Por ser algo novo, talvez a Administração Pública não esteja preparada⁹ para fazer uso do teste de integridade, sem estudos científicos consistentes¹⁰.

9 Sobre o assunto, agradeço a gentileza do comentário de Wagner Giovanini, experiente especialista brasileiro, para quem não existe “maturidade” para se discutir o assunto no País. Ele acrescenta: “A criação de um teste, com perguntas claras e critérios para respostas, de forma a ser válido para a cultura brasileira, demandaria um estudo científico, para corroborar e definir as linhas limítrofes na sua escala (o que significa bom? O que significa ruim? O que significa ‘mais ou menos’?). Para ser utilizado, é fundamental que o teste seja provado, validado e que, de fato, apresente correlações claras entre o ‘resultado do teste’ e a ‘verdade’, em se tratando de integridade de cada um” (informação verbal em conversa por mensagem de *e-mail* em 26 de setembro de 2016).

10 Uma avaliação científica bastante séria foi divulgada em relatório publicado pelo Congresso Americano: U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *The Use of Integrity Tests for Pre-Employment Screening*, OTA-SET-442 (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, September 1990).

Fora da fase de recrutamento, o uso do teste de integridade durante o contrato de trabalho pode gerar preocupação pelo risco de expor indevidamente as pessoas e de quebrar a confidencialidade. É mera especulação a sua utilização, discutida a seguir, nas áreas de comunicação de pessoal, priorização de função e detecção de tendências de comportamento.

Um plano de comunicação e treinamento é parte fundamental de um efetivo programa de integridade. Do ponto de vista operacional é inviável que uma organização consiga prover ações de comunicação e treinamento a todo o seu quadro de pessoal de forma efetiva, homogênea e simultânea. Por esse motivo, deve-se perguntar quais critérios objetivos podem haver para selecionar funcionários com prioridade.

É natural que uma organização com mais de 1.000 funcionários tenha como estratégia classificar os grupos de empregados segundo a capacidade de aderência à sua política de integridade. Entende-se política de integridade abrangente como um conjunto de normas, processos e controles adotados por uma organização para definir a sua cultura de *compliance* e ética organizacional.

Profissionais de recursos humanos podem adotar medidas de aderência para orientar a prioridade de investimentos. Os empregados incluídos nos grupos de menor aderência seriam escolhidos para participar, com prioridade, de programas de treinamento e comunicação com conteúdo talvez mais específico, isto é, destinado a combater comportamentos indesejados (FORNARI, 2016, p. 59-66).

Com esse escopo, o teste de integridade, validamente planejado, construído e aplicado, poderá ser ferramenta útil para atender à exigência de efetividade da implementação e manutenção da estratégia de integridade a menor custo. A sua aplicação pressupõe, portanto, a existência de um plano estratégico¹¹ de comunicar e treinar para gerar cultura.

11 Uma organização poderá ter boa razão para não contratar um candidato com alguma dificuldade identificada no teste de integridade; ao contrário, poderá assumir o risco calculado de contratar. Na hipótese, ela deve adotar uma política de

Outro tipo de aplicação poderia priorizar pessoas para certas funções. Por exemplo, uma organização pode ter como política somente indicar, para a posição de *compliance*, um executivo que tenha alcançado certa pontuação em teste de integridade; ou uma organização pode orientar a seleção do *staff* do setor de compras (comissão de licitação), setor de fiscalização ou de licenciamento, num órgão ou ente público, de acordo com um histórico de risco de corrupção.

Não se imagina a aplicação do teste de integridade meramente para identificar crenças e modos de agir de pessoas, funcionários, parceiros ou cidadãos, ainda que para ajudá-los a se alinhar com a cultura da organização e a propagar ou defender essa cultura corretamente.

No entanto, parece legítimo que organizações se preocupem com a conduta dos seus auxiliares no ambiente de trabalho¹². Essa preocupação pode ocorrer no momento em que novos candidatos são selecionados e contratados. As estatísticas do *Bureau of Justice* dos Estados Unidos indicam que quase dois milhões de americanos, por ano, têm sido vítimas de algum tipo de violência no ambiente de trabalho¹³. A violência pode afetar a produtividade

Gestão de Pessoas capaz de mitigar os riscos da sua escolha. A propósito, será tão incomum uma empresa de tecnologia contratar um gênio portador de alguma disfunção social? Como se disse, o uso da ferramenta não deve expor os candidatos, que devem ser abordados com dignidade e empatia, e deve fazer parte de um conjunto de técnicas de avaliação mais amplo.

12 Para esse fim, o Governo Americano aplica o teste, assim definido: “An integrity test is a specific type of personality test designed to assess an applicant’s tendency to be honest, trustworthy, and dependable. A lack of integrity is associated with such counterproductive behaviors as theft, violence, sabotage, disciplinary problems, and absenteeism. Integrity tests have been found to measure some of the same factors as standard personality tests, particularly conscientiousness, and perhaps some aspects of emotional stability and agreeableness”. Disponível em: <<https://www.opm.gov/policy-data-oversight/assessment-and-selection/other-assessment-methods/integrityhonesty-tests/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

13 Violência no ambiente de trabalho é definida como: “any act or threat of physical violence, harassment, intimidation, or other threatening disruptive behavior that occurs at the work site. It ranges from threats and verbal abuse to physical assaults

e implicar aumento de custos. Por isso, podem as organizações desenvolver técnicas para detectar potenciais agressores ou para selecionar indivíduos, após teste individual e objetivo, que não revelem propensão a cometer desvios éticos adversos às políticas de integridade adotadas pelas organizações? Esse questionamento vem à tona quando se discute a aplicação do questionado teste de integridade, previsto no guia técnico da ONU.

3.5 Carta anual – art. 10, VII

A “Carta Anual de Governança” ou documento equivalente serve para o órgão ou ente Público explicitar, de forma clara e resumida, a estratégia adotada. É instrumento de transparência, que conterà informações de interesse público, é elemento que possibilitará o exercício do controle social.

O documento deve ser de responsabilidade da alta direção, e a ele deverá ser dada ampla divulgação. A expectativa é que nele a alta direção fornecerá evidência do seu envolvimento e do seu comprometimento com a estratégia de integridade, além de esclarecimento acerca das políticas do órgão ou ente público.

A figura da carta anual consta de lei, conforme disciplina o Estatuto das Empresas Estatais (BRASIL, 2016, art. 8º).

3.6 Representação de interesses ou atividade de *lobby* – art. 11

A falta de regulação da atividade de *lobby* no Brasil é considerada uma lacuna do Direito Brasileiro. O PLS propõe que o Poder Público, ao estabelecer a sua estratégia de integridade, adote a regulação adequada da atividade de representação de interesses.

and even homicide. It can affect and involve employees, clients, customers and visitors”. São 16 tipos de condutas, envolvendo mentiras, furtos, abusos decorrentes de uso de drogas e de álcool etc., conforme Russell A. Johnson, CEO, Merchants Information Solutions, Inc. (JOHNSON, 2013).

O art. 11 oferece balizas mínimas. A regulamentação mais detalhada deverá ser desenvolvida, por exemplo, pelas autoridades centrais (conceito especificado no texto do PLS n. 303/2016) em articulação com outras que façam parte do sistema de integridade.

3.7 Práticas e diretrizes de compras e contratações – art. 19, § 1º, VII

Mecanismos de integridade devem ser instituídos para cada etapa do processo de licitação e contratação. Particularmente, cabe ao Poder Público proceder a análises periódicas para confrontar dados de licitações e dispensas. Dado notório é que quase 50% das contratações em 2015, na esfera federal, não passaram por processo licitatório. Isso é bom ou é ruim do ponto de vista da corrupção e da qualidade do gasto público? Uma revisão das práticas de compra em confronto com as entregas poderá detectar fraude e prevenir perdas.

4 Integridade nas licitações e contratos públicos

4.1 Estratégia de integridade – art. 21

Mais do que um dever, a integridade será objeto de uma estratégia. Essa estratégia deve ser documentada pelo Poder Público, pois todo fornecedor tem direito a conhecê-la. E ambos devem se conduzir em conformidade com essa estratégia. Edital e contrato devem fazer remissão a essa ferramenta.

4.2 Adicional a programa de integridade como critério de desempate em licitações – art. 25

O PLS admite que a autoridade, livre na formatação do plano de integridade, considere no processo licitatório o programa de integridade como condição de participação e como critério de julgamento da proposta mais vantajosa. O quadro a seguir esclarece todas as possibilidades.

Hipótese	Modalidade aplicável de condição de participação ou de critério de julgamento	Artigo
1	Manifestação em que o licitante vencedor ou contratado declara que conhece a estratégia de integridade do órgão ou ente público, possui programa de integridade ou sistema equivalente e assume o compromisso de manter a sua efetividade.	23
2	Apresentação de documentação de programa de integridade.	24, § 1º
3	Prova de existência e prova da efetividade e compromisso de manter a efetividade.	24, § 2º
4	Programa <i>plus</i> – além da prova da existência e da efetividade do programa, ao licitante vencedor é exigida condição específica, seja como condição de participação ou como critério de desempate, conforme o edital disciplinar.	24, § 3º c.c. 25
5	Sistema integrado de conformidade aplicável na construção e na exploração de infraestrutura.	26

Ao assinar declaração no sentido de que é uma organização ética, a pessoa jurídica assume as consequências da sua manifestação. O mesmo se aplica à organização que apresenta documentação relativa a seu programa, dispensada de cumprir qualquer outra exigência de comprovação de sua efetividade.

O art. 25 c.c. § 3º do art. 24 do PLS n. 303/2016 prevê uma hipótese de desempate, à escolha do Poder Público. O critério de desempate vem de lei, que apenas autoriza o Poder Público a adotá-lo. E deve em princípio estar presente no edital¹⁴.

14 A esse respeito, vale lembrar, a título de exemplo, a discussão dos critérios previstos nos arts. 44 e 45 da LC n. 123/2006 em favor de microempresas e empresas de pequeno porte. Nesse particular, parece não haver uma orientação do STJ no sentido de serem ou não aplicáveis, independentemente de estarem previstos no edital. Em

Elementos específicos são previstos no § 3º do art. 24 como condição de participação na licitação, isto é, nem todos os programas de integridade contemplam os elementos previstos nos incisos I a VII do § 3º do art. 24. Essa disposição autoriza o Poder Público a adotar esses elementos, seja como condição de participação no processo licitatório, seja como critério de julgamento da proposta mais vantajosa; tal é o exato escopo do art. 25.

Ato do Poder Executivo poderá adotar outras medidas complementares (art. 27). O presidente da República, o governador do Estado ou o prefeito, ao considerar o histórico de corrupção em locais específicos, bem como os riscos mais graves de perdas à Fazenda Pública, deverá baixar decreto para, estrategicamente, especificar exigências, responsabilidades, processos e penalidades.

4.3 Sistema integrado de conformidade – art. 26

O Projeto prevê a figura do sistema integrado de conformidade, destinado ao ambiente de governança na exploração de infraestrutura. É um arranjo de *compliance* setorial¹⁵, com a previsão de espaço próprio para a solução e prevenção de disputas. Esse complexo poderá ser indicado para os grandes empreendimentos de longo prazo, que reúnem uma multiplicidade de relações jurídicas.

A colaboração ética entre os *stakeholders* no ambiente de negócio (a) ancora-se no pressuposto de que nenhum grupo pode alcan-

alguns julgamentos de recursos especiais, sem entrar no mérito da questão o STJ tem decidido apenas com apoio em matéria processual. Contudo, em segundo grau de julgamento, os tribunais têm entendido que a despeito da omissão do edital de licitação quanto à aplicação dos critérios de desempate, os previstos nos arts. 44 e 45 da LC n. 123/2006 prevalecem em favor de pequenas empresas, devendo tais regras serem observadas. Com esse entendimento, tem sido concedida a suspensão de certames por violação aos citados dispositivos. Essa tendência, aqui registrada apenas para ilustrar a problemática, não afeta a aplicação do art. 25.

15 Importante material sobre o assunto é o documento do World Bank Institute “Fighting Corruption Through Collective Action – a Guide for Business”, no endereço: <<http://www.granthornton.ca/resources/Guides/Forensics/Collective%20action%20guide.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

çar um ambiente ético sozinho; e (b) viabiliza a sustentabilidade do mercado, em termos de diluir custos de operacionalização estratégica¹⁶.

É uma novidade a inclusão no sistema integrado de conformidade de um espaço para solução consensual de conflitos. São várias as razões para essa inclusão:

- assimetria de informações entre os diversos agentes;
- desequilíbrio nas relações que refletem interesses mal resolvidos por defeito de mercado ou de regulação (ou do Estado);
- riscos mal delineados ou de difícil mitigação no ambiente de negócio.

Esse cenário poderá gerar alto nível de conflitos de natureza variada: social, institucional, comunitário ou empresarial. Não se afirma que os referidos conflitos tenham causa em desvios éticos, pois podem surgir da simples complexidade do ambiente de negócio. No entanto, não se pode descartar que os desvios éticos podem gerar uma insatisfação entre *stakeholders*, parceiros ou contratantes e impactar no volume de conflitos. E quanto maior o volume desses conflitos, maiores os custos do investimento.

Ao pretender eliminar desperdícios ou reduzir custos desnecessários, um sistema de colaboração ética persegue uma filosofia *lean*. Essa filosofia busca, em resumo, organizar atividades humanas de modo a maximizar a entrega de benefícios à sociedade e de valores a indivíduos com produtos inovadores e com redução de desperdícios¹⁷. Diversamente das simples associações profissionais

16 Os resultados dos acordos setoriais dependem dos arranjos de governança e dos recursos disponíveis. Sobre esse assunto, ver também Giovanini (2014, p. 400). O Instituto Ética Saúde é uma experiência brasileira de acordo setorial no mercado de OPME (Órteses, Próteses e Material Especial) ou DMI (Dispositivo Médico Implantável): <www.eticasaude.com.br>.

17 “Lean thinking is a business methodology that aims to provide a new way to think about how to organize human activities do deliver more benefits to society and

e de empresas, que fazem a defesa dos seus associados, a entidade que administrar esse sistema buscará resgatar o poder criativo de um capitalismo de livre-iniciativa. Essa proposta tem por base a cooperação social e o progresso humano, e floresce mediante a sensibilização de líderes conscientes comprometidos com uma cultura e gestão conscientes.

Cada setor de infraestrutura se caracteriza por ser altamente regulado, alavancar o desenvolvimento nacional, envolver grande investimento financeiro, requerer relevante aporte tecnológico e atrair interesses público e privado de considerável complexidade.

O Sistema Integrado de Ética e *Compliance* busca:

- construir uma plataforma de confiança (livre de amarras à competição) e facilitar a comunicação entre os agentes;
- alinhar as políticas de *compliance* entre as diferentes organizações do setor, no ambiente doméstico, regional e transnacional;
- compartilhar recursos e capacidade de atender os deveres de ética e *compliance*;
- identificar riscos à integridade e construir uma autorregulação ancorada na prevenção como resposta à qualidade das entregas privadas e públicas no setor;
- promover o acesso a soluções efetivas de conflitos, a partir da identificação da complexidade e volume de litígios associados ao ambiente do negócio, por meios consensuais, voluntários e adequados, alternativo ou concorrente com o processo judicial.

value to individuals while eliminating waste. [...] The aim of lean thinking is to create a lean enterprise, one that sustains growth by aligning customer satisfaction with employee satisfaction, and that offers innovative products or services profitably while minimizing unnecessary over-costs to customers, suppliers and the environment". A respeito do modo *lean* de pensar, ver: <https://en.wikipedia.org/wiki/Lean_thinking>. Acesso em: 6 out. 2016.

Para cumprir as suas finalidades, a entidade terá uma governança composta de órgãos de natureza deliberativa, administrativa, executiva, normativa, disciplinar e consultiva.

4.4 Disposições aplicáveis a setores específicos – arts. 29 a 34

O PLS n. 303/2016 também endereça normas acerca da integridade nas empresas estatais, nas agências reguladoras e nas organizações dedicadas a atividades na área social (ensino, saúde e previdência). A atenção dirigida a esses setores se explica por diversas razões: histórico de corrupção, altos gastos do governo e relevância social do serviço.

O Estatuto das Empresas Estatais contém normas que orientam as estratégias de integridade nesse segmento da Administração Pública indireta. Mas o art. 30 do PLS n. 303/2016 estabelece uma novidade: especifica a responsabilidade do *chief compliance officer* (executivo chefe de integridade) das estatais. O reforço dessa responsabilização é uma tendência mundial¹⁸. Essa responsabilização pessoal caracteriza o papel do CCO como importante garantidor da efetividade do sistema de integridade.

A sociedade também tem um interesse qualificado na qualidade das entregas devidas pelos mercados regulados, isto é, indiretamente explorados pelo Estado, nos termos da Constituição (BRASIL, 1988, art. 175, parágrafo único). Por isso, as agências reguladoras têm um papel a cumprir na promoção das estratégias de integridade nesses mercados. No art. 33, o PLS n. 303/2016 inclui a norma de certificação como referência técnica e padrão

18 Confira-se, por exemplo, *The Wall Street Journal*, de 11 fev. 2016, caderno Market/Financial Regulation: “The Most Thankless Job on Wall Street Gets a New Worry, Recent enforcement actions find compliance officers personally liable”. *Compliance & Ethics Professional*, uma publicação de setembro de 2014 da Sociedade de Compliance Corporativo e Ética – SCCE (sigla em inglês), registra: “the recent trend of regulators and enforcement officials has expanded the scope of investigations to in-house compliance personnel and has, in some cases, resulted in personal liability of individuals providing compliance activities for corporate wrongdoing”.

para a avaliação da efetividade de programa de ética e *compliance*. A menção a um padrão técnico é indicativo de preocupação com a qualidade da certificação.

A atenção institucional que o PLS sugere poderá ser de diversas modalidades. O incentivo limitado, por exemplo, na participação de licitações ou compras, publicação de manuais¹⁹ ou modelos de programa de integridade, disponibilização de linha de crédito limitada etc. A ideia de promoção de programa de integridade está atrelada a uma política estatal que poderá casar subsídio oficial com a natureza do retorno, isto é, a qualidade das entregas públicas e privadas.

No âmbito da ordem social, como em qualquer setor da economia, o cumprimento do dever de integridade (*accountability*) requer a definição ou mapeamento:

- das políticas afetas à organização (hospitalar, de previdência e de ensino);
- dos riscos de não cumprimento de cada uma das políticas abrangidas no escopo do negócio, não somente riscos de qualidade dos resultados, regulatório ou de gestão, mas sobretudo do risco à integridade ou ético;
- dos processos técnicos e dos procedimentos administrativos previstos para a mitigação dos riscos identificados e descritos²⁰.

19 A Inspeção Geral do Departamento de Saúde e Serviço Social (*Department of Health and Human Services*) dos Estados Unidos costuma expedir guias de programa de *compliance* para hospitais (*Compliance Program Guidance for Hospitals*) e outros setores da saúde (OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, 1998).

20 No setor da saúde, particularmente na gestão do SUS e também da saúde suplementar, o controle do estoque das milhares das políticas e definição dos riscos não será possível sem o auxílio da tecnologia digital. A Administração Pública Federal já conta com uma Política de Governança Digital (Decreto n. 8.638, de 15.1.2016). Esse controle é possível e necessário para organizar e manter as medidas (processos técnicos e procedimentos administrativos) para mitigação ou controle dos riscos à integridade. Esse será, a médio ou longo prazo, um caminho inevitável.

É fundamental a criação de uma cultura do risco²¹; o seu mapeamento²² deve ser periodicamente atualizado e divulgado. A implantação dessa cultura é trabalhosa e custosa. Contudo, o trabalho mais intenso e de maior custo incide somente na fase inicial.

5 Destaque final

O PLS termina titulando a coletividade como beneficiária dos bens jurídicos previstos na lei (art. 38). É um reforço do empoderamento dos cidadãos (art. 35), e que inspira a proatividade dos órgãos de controle (art. 36). Os agentes públicos que falharem na implementação do estatuto da integridade terão contra si as sanções previstas nas leis próprias e naquelas aplicáveis aos funcionários públicos em geral (art. 40).

Lei não muda comportamento, mas ajuda a induzir iniciativas humanas transformadoras. Mudança de cultura corporativa requer política consistente, normas, ações planejadas e monitoramento. Cidadãos empoderados podem evitar a falência dos sistemas de prestação de contas (*accountability*). Mais *accountability* ajuda os agentes do Estado a gastar melhor os recursos escassos da sociedade. Isso não tem ideologia. São esses os ganhos que da lei (se o PLS 303 de 2016 vingar) e de seus regulamentos a sociedade pode esperar.

21 Planos de Prevenção de Riscos de Gestão (incluindo riscos de corrupção e infrações conexas) constituem prática adotada pelo Tribunal de Contas de Portugal. A atividade nacional de prevenção foi adotada pela Lei n. 54/2008, de 4 de setembro, que também criou o Conselho de Prevenção da Corrupção. O CPC aprovou em 2009 a sua primeira recomendação sobre “planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas”. Essa recomendação é a base que orienta a geração de mapas de identificação de riscos e medidas de prevenção. Disponível em: <http://www.tcontas.pt/pt/plano_risco/despacho_34_2012_gp.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.

22 Sobre o assunto, no Brasil, vale consultar o documento “Metodologia de Mapeamento de Riscos de Corrupção”, da CGU. Disponível em: <http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_corrupcao/cor_04.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016. No âmbito da Conferência dos Países de Língua Portuguesa, vale consultar o “Guião de Boas Práticas para a Prevenção e o Combate à Corrupção na Administração Pública”, documento publicado em nov./2011 pelos Organismos Estratégicos do Controlo Interno da CPLP. Disponível em: <http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/outros/guia_cplp.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Referências

BECK, U. *Risk Society: Towards a new modernity*. Theory, culture & society series. London: SAGE, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º jul. 2016.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 303, de 2016. Dispõe sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira, estabelecido para a proteção preventiva e integral dos bens, interesses e direitos inerentes ao patrimônio público nacional, e dá outras providências. Autoria: Senador Reguffe. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=126612>>. Acesso em: 30 maio 2016.

FORNARI, J. *O executivo na essência: a "genética" do comportamento gerencial*. São Paulo: Évora, 2016.

GIOVANINI, W. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo: produção particular, 2014.

JOHNSON, R. A. Why and how to implement integrity testing as an important part of your talent management cycle! *Merchants Information Solutions, Inc.*, may 2013. Disponível em: <https://merchantsinfo.com/media/1252/integrity-testing-why-and-how-to-implement_merchants.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

LANGSETH, P.; STAPENHURST, R.; POPE, J. The Role of A National Integrity System in Fighting Corruption. *Commonwealth Law Bulletin*. v. 23, p. 499-528, 1997. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/233163337_The_Role_of_A_National_Integrity_System_in_Fighting_Corruption>. Acesso em: 16 set. 2016.

MOREIRA NETO, D. F. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 1, p. 46-63, set. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

OFFICE OF INSPECTOR GENERAL (OIG). Compliance Program Guidance for Hospitals. *Federal Register*, v. 63, n. 35, p. 8987-8998, 23 fev. 1998. Disponível em: <<https://oig.hhs.gov/authorities/docs/cpghosp.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

OMISSÃO contra corrupção decepciona, diz Moro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A6, 15 jul. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Avaliações da OCDE sobre Governança Pública*. Avaliação da OCDE sobre o sistema de integridade da Administração Pública Federal brasileira: gerenciando riscos por uma administração pública mais íntegra. 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacaointernacional/convencao-da-ocde/>>

arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

SEEGULL, L. R.; CAPUTO, E. J. When a test turns into a trial: Things to keep in mind about psychological testing. *ABA Business Law Section*, Chicago, v. 15, n. 3, jan./fev. 2009. Disponível em: <<https://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2006-01-02/caputo.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

UNITED NATIONS ORGANIZATION (UNODC). United Nations Office On Drugs And Crime. *Technical Guide To The United Nations Convention Against Corruption*. New York: United Nations, 2009. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

Direito Cibernético

Os impactos do efeito bolha causado pelos algoritmos do Facebook para o direito de resposta

Marcelo Santiago Guedes

Perito em Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério Público Federal. Mestre em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Pernambuco.

Resumo: As redes sociais e os mecanismos de buscas se tornaram a grande plataforma de mediação de acesso à informação do século XXI. Seu sucesso é devido ao poder de seleção de conteúdo relevante para o usuário em face da grande quantidade de conteúdo produzido pela sociedade cibernética. Contudo, a seleção automática de conteúdo pelos algoritmos de inteligência artificial dessas plataformas produz efeitos colaterais, cujos malefícios começam a ser discutidos, tais como o efeito bolha. O efeito bolha tem restringido o acesso das pessoas à diversidade dos conteúdos, o que gera questionamentos quanto ao seu potencial antidemocrático. Do ponto de vista legal e do Direito, a limitação dessas plataformas em fazer transitar conteúdos diversos e antagônicos nas mesmas redes sociais gera preocupações quanto à sua efetiva capacidade de cumprimento de decisões judiciais que envolvem o direito de resposta. O direito de resposta é definido na Constituição Federal de 1988, e sua existência está relacionada à proteção do direito de personalidade e direito à informação. O direito à informação está relacionado a toda a sociedade e ao direito difuso de acesso à verdade. Este artigo buscará descrever as dificuldades técnicas oferecidas pelo Facebook na seleção do conteúdo dos *feeds* de notícias para o cumprimento dos efeitos tutelados efetivamente pelo direito de resposta, em face da não simetria da propagação do conteúdo pelas redes sociais.

Palavras-chave: Direito de resposta. Tecnologia da Informação e Comunicação. Regulação. Direito à informação. Inteligência artificial. Democracia. Efeito bolha.

Abstract: Social networks and search engines have become the great information access mediation platform of the 21st century. Its success is due to the power of selection of relevant content to the user in view of the large amount of content produced by cyber society. However, the automatic selection of content by the artificial intelligence algorithms of these platforms produces side effects, the malfunctions of which begin to be discussed, such as filter bubble. The filter bubble has restricted people's access to a diversity content, which raises questions about its undemocratic potential. From a legal perspective, the limitation of these platforms in transiting diverse and antagonistic contents in the same social networks raises concerns about their effective capacity to comply with judicial decisions of right of reply. The right of reply is defined in the Federal Constitution of 1998 and its existence is related to the protection of the right of personality and right to information. The right to information is related to the whole society and the diffuse right of access to truth. This article will try to describe the technical difficulties offered by Facebook in selecting the content of the news feeds to fulfill the effects effectively protected by the right of reply, in view of the non-symmetry of the propagation of the content by social networks.

Keywords: Right of reply. Communication and Information Technology. Regulation. Right to information. Artificial intelligence. Democracy. Filter bubble.

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito de resposta e o direito à informação. 3 A responsabilidade civil das plataformas de redes sociais. 4 O funcionamento do algoritmo do Facebook. 5 O efeito bolha e o desvirtuamento do direito de resposta. 6 Potenciais soluções. 7 Conclusões.

1 Introdução

O advento da sociedade da informação faz com que cada vez mais processos sociais sejam suportados por meio tecnológico. Consequência imediata é o aumento do potencial impacto da evolução tecnológica nos direitos das pessoas. Quando o processo de inovação tecnológica acontece de forma incremental, há tempo

para a sociedade amadurecer melhor o seu uso e mitigar eventuais consequências negativas. Contudo, de tempos em tempos, vivenciamos ondas de inovações disruptivas que geram maior esforço de investimentos por parte do setor produtivo e maior esforço de reflexão do setor público no sentido de compreender os cenários futuros de sua utilização.

É exatamente esse o cenário atual. A sociedade cibernética modificou a forma como consome informação, utilizando cada vez mais uma arquitetura em rede e baseada em redes sociais.

Em face do envolvimento cada vez maior dos indivíduos na produção e compartilhamento da informação, há uma disponibilidade muito grande de conteúdo, que pode ou não estar associado ao interesse de cada usuário. Nesse sentido, ferramentas de busca e seleção de conteúdo se tornaram muito populares rapidamente. Estas plataformas se tornaram o principal meio de acesso e disseminação de informações da atualidade. Há uma grande parcela de pessoas que leem as informações somente a partir do Facebook e não visitam os *sites* das agências de notícias.

Há, portanto, grande poder nesta mediação, o que gera bastante preocupação do ponto de vista do exercício ao direito à informação e ao exercício da democracia. Em face de sua capacidade de processamento informacional, adquirida pela mineração de dados de navegação e comportamento na rede, plataformas como Google e Facebook têm grande capacidade de atração de recursos destinados à publicidade, em razão da segmentação dos perfis na divulgação de anúncios, aumentando o retorno sobre o investimento para seus clientes. Entende-se aqui que os verdadeiros clientes do Facebook são aqueles que pagam os anúncios na sua plataforma, pois são eles que remuneram de fato a empresa. Por sua vez, aqueles que utilizam a plataforma para se conectar e se relacionar com outras pessoas são compreendidos como usuários.

Esse poder afeta a sociedade de diversas formas. O escopo estudado neste artigo é o efeito colateral gerado pelos algoritmos que selecionam os conteúdos apresentados no *feed* de notícias. Ao

selecionar os conteúdos vinculados aos interesses de cada usuário e a experiência deste usuário, há a criação do chamado efeito bolha¹ que restringe o contato de cada usuário com conteúdos que diverjam de seus interesses. O efeito bolha gera então o impacto negativo na formação da opinião e no direito à informação, pois restringe o acesso ao contraditório.

A fim de melhor descrever o impacto no direito à informação, este artigo buscará descrever os impactos do efeito bolha gerado pelos algoritmos em um direito correlato, porém mais concreto do ponto de vista da existência de mecanismos para sua tutela: o direito de resposta.

Direito fundamental garantido na Constituição, o direito de resposta possui legislação específica que dá elementos concretos ao seu exercício. Buscar-se-á evidenciar que os algoritmos baseados em inteligência artificial do Facebook geram impactos à efetividade dos fins buscados pelo direito de resposta, interferindo, assim, de forma mais objetiva e concreta no direito à informação.

As redes sociais e os mecanismos de buscas se tornaram a grande plataforma de mediação de acesso a informação do século XXI. Seu sucesso é devido ao poder de seleção de conteúdo relevante para o usuário em face da grande quantidade de conteúdo produzido pela sociedade cibernética.

Contudo, a seleção automática de conteúdo pelos algoritmos de inteligência artificial dessas plataformas produz efeito colateral, cujos malefícios começam a ser discutidos, tais como o efeito bolha.

O efeito bolha tem restringido o acesso das pessoas à diversidade dos conteúdos, o que gera questionamentos quanto ao seu potencial antidemocrático. Do ponto de vista legal e do Direito, a limitação dessas plataformas em fazer transitar conteúdos diversos e antagônicos nas mesmas redes sociais gera preocupações quanto

1 Almeida e Doneda (2016) descrevem esse efeito: “Através desse mecanismo, as pessoas acabam sendo expostas prioritariamente a opiniões e ideias similares às suas próprias visões de mundo. O efeito disso é conhecido como ‘bolha online’ (i. e. *filter bubble*) ou ‘câmara de ecos’ e ultimamente tem chamado a atenção até de líderes globais”.

a sua efetiva capacidade de cumprimento de decisões judiciais que envolvem o direito de resposta.

Tal direito é definido na Constituição Federal de 1998, e sua existência está relacionada à proteção do direito de personalidade e direito à informação. O direito à informação está relacionado a toda a sociedade e ao direito difuso de acesso à verdade.

Este artigo buscará descrever as dificuldades técnicas oferecidas pelo Facebook na seleção do conteúdo dos *feeds* de notícias para o cumprimento dos efeitos efetivamente tutelados pelo direito de resposta, em face da não simetria da propagação do conteúdo pelas redes sociais.

Inicialmente, buscar-se-á compreender o direito de resposta e sua vinculação ao direito à informação e sua importância para o exercício da democracia. Em seguida, descrever-se-á o regime de responsabilidade civil previsto pelo Marco Civil da Internet para os provedores de aplicações. Compreendidas as relações causais, abordar-se-á o funcionamento do algoritmo de forma a compreender a propagação do conteúdo na rede social. Após, evidenciar-se-á o efeito bolha e o impacto do algoritmo à efetividade buscada pela Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015, e prevista na Constituição Federal. Por fim, discorrer-se-á sobre possíveis soluções para se dar efetividade ao exercício do direito de resposta.

2 O direito de resposta e o direito à informação

Os Direitos Fundamentais têm por objetivo garantir a todos os indivíduos uma existência digna, livre e igual em face do Estado. Suas garantias começaram a ser defendidas a partir da Revolução Francesa no século XVIII. Alexandre de Moraes definiu que esses direitos são

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2002).

Os chamados direitos de primeira geração estão, assim, vinculados a direitos individuais com caráter negativo, por exigirem uma obrigação de não fazer do Estado. Trata-se de direitos civis e políticos ligados ao valor da liberdade.

Segundo Barroso (2004, p. 18), “A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informados”.

Tem-se que o direito à informação é, além de um direito individual de divulgar fatos, objetivamente apurados, um direito difuso de acesso a estes mesmos dados. Entende-se, dessa forma, que um fato objetivamente apurado vincula-se a uma verdade objetiva, baseada em dados e qualidades observáveis.

Por outro lado, há que se compreender o valor do direito à verdade para o fortalecimento da democracia² e para o próprio senso de justiça. Não é possível conceber a existência de uma sociedade democrática em que seus integrantes não têm acesso à verdade. O ministro Luís Roberto Barroso descreve que

O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e das ideias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. (BARROSO, 2004, p. 27).

O direito de resposta, embora relacionado ao direito à informação, encontra-se vinculado também ao direito de personali-

2 Em 2011, foi instaurada a Comissão Nacional da Verdade, com o objetivo de apurar as torturas, mortes, desaparecimentos, violências sexuais, execuções, ocultações de cadáver ocorridas no período da ditadura militar. A presidente Dilma Rousseff na cerimônia de abertura pronunciou: “O Brasil merece a verdade, as novas gerações merecem a verdade e, sobretudo, merecem a verdade factual aqueles que perderam amigos e parentes e que continuam sofrendo como se eles morressem de novo e sempre a cada dia”.

dade, cujo reconhecimento generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial, e funciona como atributo inerente e indispensável a todo ser humano. Ainda segundo Barroso,

[...] duas características dos direitos de personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos [...] são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado. A segunda [...] consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral [...]. (BARROSO, 2004, p. 12).

O direito de resposta é direito fundamental assegurado no art. 5º, V, e positivado na legislação brasileira desde 1923, com a Lei Adolfo Gordo³, conforme afirmou o ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF n. 130/2009, que declarou não recepcionada pela Constituição Federal a Lei de Imprensa. Parte da controvérsia naquele julgamento estava vinculada à necessidade ou não regulamentação legal para o efetivo exercício do direito de resposta. Considerou-se naquele julgamento que o dispositivo constitucional possuía densidade normativa suficiente.

O legislativo pôs fim a qualquer controvérsia em 2015 quando editou a Lei n. 13.188, dispondo sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

O *caput* do art. 4º e seu inciso primeiro assim definem:

Art. 4º A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte:

I – praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, *terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou*; [grifo do autor].

3 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

Depreende-se, assim, da letra da lei a razoabilidade e a proporcionalidade buscada pelo legislador, a fim de manter o equilíbrio entre agravo e resposta.

No plano infraconstitucional, ainda, há outras previsões para o direito de resposta:

a) no âmbito eleitoral, o direito de resposta previsto no art. 58 da Lei n. 9.504/1997; b) a contrapropaganda, positivada nos arts. 56, XII, e 60, do Código de Defesa do Consumidor; c) como sanção inominada no art. 9º, 11, 111 e VI, da legislação regulamentada do tabaco (Lei n. 9.294/1996), na legislação da vigilância sanitária, conforme a Lei n. 9.782/1999 e no Código de Autorregulamentação Publicitária. (FERNANDES NETO, 2004).

Observa-se que o plano inicial de discussão do direito de resposta se dá em face dos meios de comunicação social devido ao seu alcance populacional e à difícil mensuração de indenização à imagem e à honra em face do estrago causado pelos meios de comunicação.

3 A responsabilidade civil das plataformas de redes sociais

A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O MCI padronizou, ainda, diversas nomenclaturas existentes para aplicativos e *sites* na Internet. As redes sociais, como o Facebook, passaram a ser chamadas de “aplicação de Internet”.

O art. 19, do MCI, estatui que

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

O provedor de aplicação, assim, não tem responsabilidade sobre o conteúdo publicado por terceiros até que o Poder Judiciário, após juízo de valor sobre o conteúdo publicado, determine que o provedor de aplicação remova o conteúdo.

Dessa forma, não caberia ao Facebook analisar os conteúdos das publicações, mas somente remover ou tornar indisponível o conteúdo ante a comunicação do juízo.

Acrescenta, ainda, o parágrafo único do art. 20:

Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Observa-se que a fixação da ordem do juízo para remoção do conteúdo ou sua motivação é faculdade atribuída ao usuário que publicou o conteúdo indevido.

Não se trata, portanto, do efetivo direito de resposta, pois o suposto destinatário de uma decisão que envolva o direito de resposta não deveria ter a faculdade de publicar a motivação da retirada, tampouco o escopo da ordem judicial deveria estar restrito à remoção do conteúdo, mas sim à publicação de conteúdo reparador da verdade dos fatos.

Observa-se ainda que o foco dos artigos supracitados está na remoção do conteúdo inverídico e não em fazer com que o público que teve acesso a este contato não verídico tenha acesso ao direito de resposta. Nesse contexto, os algoritmos utilizados pela plataforma para seleção de *feeds* não imporão dificuldades à execução da ordem judicial, tampouco ao cumprimento do mandado legal.

Contudo, há a discussão sobre legitimidade e ilegitimidade passiva do Facebook nestas ações. Frequentemente, a provedora de aplicações arguiu em juízo sua ilegitimidade passiva, entendendo que apenas o usuário ofensor deveria constar no polo passivo da ação. Este poderia ser um cenário possível nas decisões de remoção

do conteúdo, caso o usuário de fato esteja identificado. Contudo, como veremos adiante, no caso de decisões que envolvam o direito de resposta, há a necessidade de envolvimento do provedor de aplicação para a implementação efetiva da solução.

4 O funcionamento do algoritmo do Facebook

O Facebook (2017) apresenta uma página de ajuda explicando como o *Feed* de Notícias decide quais histórias mostrar, a saber:

As histórias que aparecem no *Feed* de Notícias são influenciadas por suas conexões e atividades no Facebook. Isso ajuda você a ver mais histórias que sejam do seu interesse, compartilhadas pelos amigos com quem você mais interage. O número de comentários e curtidas recebidos por uma publicação e o seu tipo (foto, vídeo, atualização de status) também podem torná-la mais propensa a aparecer no seu *Feed* de Notícias.

Observa-se, dessa forma, os critérios utilizados pelo aplicativo: as conexões e atividades do usuário na rede social. Ganham ainda maior chance de serem publicadas as notícias que receberem mais comentários, curtidas, compartilhamentos, além do tipo de informação, se foto, vídeo ou atualização de *status* (texto).

A seleção do conteúdo é automática e não depende de vontade do usuário, mas de uma classificação algorítmica feita a partir do comportamento deste usuário na rede e das notícias a serem publicadas. Ao publicarmos um conteúdo na atualização de *status* de nossa página, não temos o mínimo controle sobre como ele trafegará em nossa rede de contatos, ou seja, não temos controle sobre quais *feeds* de notícias esse determinado conteúdo aparecerá.

O Facebook criou, inclusive, métricas que tornam possível aferir a audiência de um determinado conteúdo. O alcance orgânico representa o número total de pessoas que viram suas publicações por meio de uma distribuição não paga. Por sua vez, o alcance pago é o número total de pessoas que viram suas publicações como resultado de anúncios. Por outro lado, o alcance total representa o número de pessoas que viram a publicação, independentemente de onde tenham visto.

São disponibilizadas diversas outras métricas que permitem maior sofisticação de análise para atividades publicitárias e de *marketing* digital. Contudo, a partir delas é possível observar que a ferramenta possui grande sofisticação de análise e rastreamento dos acessos aos conteúdos. Trata-se de ferramentas de natureza quantitativa, cujo objetivo é *monetizar* a ferramenta e gerar receita a partir da forma como a ferramenta permitiu que aquele conteúdo se propagasse por sua rede.

5 O efeito bolha e o desvirtuamento do direito de resposta

O efeito bolha é causado pelo algoritmo de seleção dos conteúdos que são apresentados no *feed* de notícias. O uso deste recurso para o consumo de notícias é cada vez maior, com tendência a aumentar. O algoritmo utiliza as informações capturadas do usuário e forma o seu perfil. O objetivo da plataforma é selecionar os conteúdos que sejam mais relevantes para os usuários, aumentando a percepção de agregação de valor.

Da seleção automática do conteúdo e *posts* apresentados nos *feeds* de notícias com base nas informações perfiladas pela plataforma é que surge o problema para o instituto do direito de resposta.

Para ilustrar a hipótese que ora se apresenta utilizaremos um exemplo. Imaginemos que o perfil Alice é identificado com determinada ideologia política A. Ela publica diariamente informações sobre os candidatos e plataformas vinculados a sua ideologia. Considerando que o algoritmo tende a reforçar os relacionamentos e conexões baseados no histórico de curtidas, pode-se presumir que a rede de contatos de Alice esteja associada a ideias semelhantes às suas.

Imaginemos que Alice resolve publicar uma informação caluniosa sobre o candidato Bob, que pertence à posição política Z. Considere ainda que, assim como nos dias atuais, haja excessiva polarização política na sociedade em questão. A informação publicada por Alice, ainda que colocada pública, repercutirá em sua rede de contatos, sendo visível, recebendo curtidas e compartilhamentos.

Neste caso, é natural considerar que o referido *post*, ganhando popularidade e propagação orgânica, circule em uma rede de perfis que sejam identificados com a ideologia A, devido à seleção de relevância feita pelo algoritmo e apresentação feita no *feed* de notícias das pessoas dessa rede.

Portanto, a informação caluniosa circulou pela rede em uma determinada superfície de contato identificada com o posicionamento político A.

Bob, inconformado com a calúnia sobre si, consegue exercer o direito de resposta, obrigando o perfil Alice a remover o *post* calunioso e a publicar a informação correta, incluindo a ciência da decisão judicial. É natural que o *post* resposta tenha informação divergente e eventualmente oposta ao *post* calunioso.

O perfil A cumpre a decisão judicial e publica o *post* resposta. Ainda que publicado em privacidade pública, o *post* não necessariamente será apresentado em toda rede de contatos de A, uma vez que seu conteúdo não será selecionado pelos algoritmos para aparecer nos *feeds* de notícias de cada membro da rede de contato A.

Ainda assim, para aqueles em que a notícia aparecer no *feed* de notícias, provavelmente não receberão *likes* suficientes para ganhar a mesma audiência que o *post* calunioso. Não terão, dessa forma, a mesma propagação orgânica que a informação caluniosa na rede A.

Em contrapartida, supondo que o *post* resposta tenha conteúdo que reforça a posição política Z, e supondo que Bob também lhe dê publicidade, ele será propagado pela rede de Bob e terá uma superfície de contato diferente de A.

No exemplo exposto, pode-se notar que a rede de contatos com identificação ideológica A, que teve contato com o *post* calunioso, não terá contato na mesma proporção com o *post* resposta e, conseqüentemente, com a informação verdadeira. O mesmo acontecerá com a rede de contatos com identificação ideológica Z, que terá contato em maior proporção apenas com o

post resposta. Logo, as duas superfícies de contatos serão distintas e desproporcionais.

É possível observar o efeito descrito acima de forma visual. A Figura 1 apresenta um diagrama⁴ elaborado por Vyacheslav Polonski (2016) sobre o mapeamento da polarização dos debates nas redes sociais na época do referendo sobre a saída do Reino Unido da União Europeia, fenômeno conhecido como BREXIT.

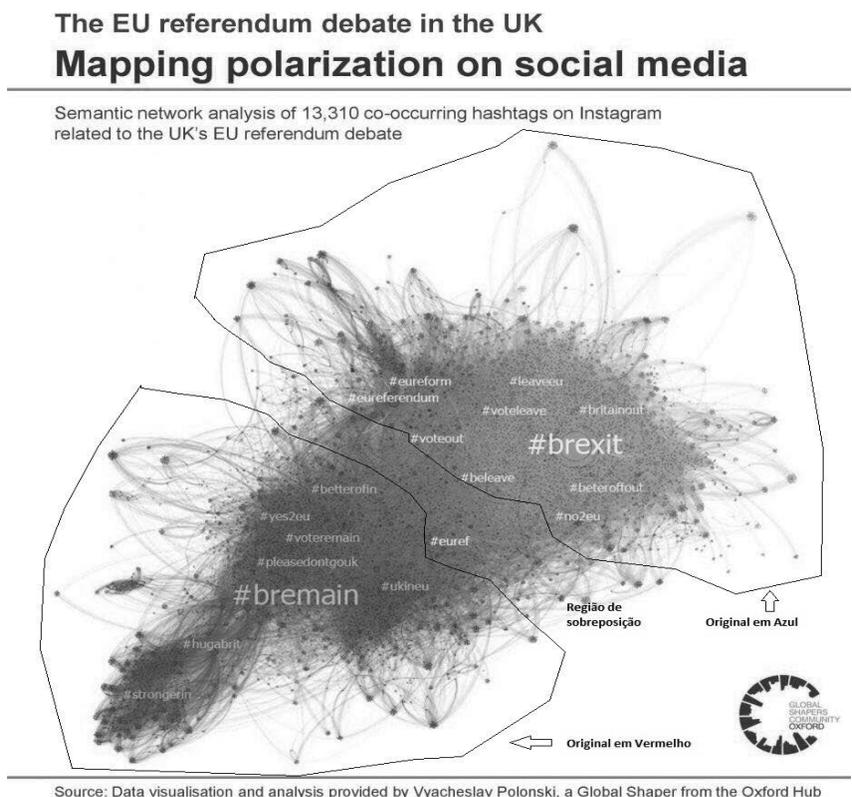


Figura 1: Rede semântica do debate sobre o BREXIT no Reino Unido (Adaptada)

4 A figura apresentada é uma adaptação do autor em preto e branco da figura original com o apontamento das regiões onde as cores originais estavam localizadas.

Vê-se que parte da rede estava engajada na discussão para a manutenção do Reino Unido na UE, em vermelho, e outra parte bastante distinta estava dedicada à saída. Há uma pequena zona de interseção, porém, grande parte das redes de propagação dos assuntos é bastante distinta.

Enquanto se busca melhor compreender e discutir os efeitos negativos do efeito bolha, seus reflexos objetivos no descumprimento da legislação do direito de resposta precisam ser colocados em pauta.

Descrevem-se efeitos negativos como a redução do nível de engajamento da população nos debates sociais e no próprio interesse pela política. Sankiewicz (2011) afirma que a democracia deve estar fundada no julgamento de um público bem informado. O efeito bolha reduz a vivência do exercício do contraditório e a necessidade natural de aprofundamento nos diagnósticos dos problemas sociais. Contudo, no caso do direito de resposta, a rede social desvirtuará um instituto jurídico positivado na legislação e que, quando exercido, deve produzir os efeitos que dele se espera e não os efeitos mitigados pelas restrições algorítmicas de uma plataforma tecnológica.

6 Potenciais soluções

Embora o efeito bolha venha sendo estudado e discutido há mais de meia década⁵, somente após a enxurrada de críticas ocorridas após a eleição de Donald Trump para presidente dos EUA (FERRARI; MANSUR, 2016) é que o Facebook parece ter empreendido esforços para reduzir os efeitos das bolhas na sua rede social.

Sá (2017) apresenta matéria na qual relata o início dos testes de funcionalidade pelo Facebook, que “passa a sugerir outros con-

5 Eli Pariser publicou o livro “O Filtro Invisível – O que a Internet está escondendo de você”, no qual analisa o modo pelo qual plataformas de Internet como Facebook e Google filtram a informação que chega ao internauta de tal modo que este acaba exposto apenas a ideias que lhe são afins, rejeitando argumentos contrários e enriquecedores.

teúdos e pontos de vista diferentes da plataforma social”. O caminho apresentado, embora busque mitigar os efeitos da bolha, ainda passa por mecanismo automático de decisão do próprio algoritmo. Há a necessidade de se acompanhar os estudos que apontem os resultados desses novos mecanismos para redução do efeito bolha.

Uma outra solução seria a que vem sendo adotada em algumas decisões judiciais: a determinação para que o texto resposta seja mantido no endereço/perfil do usuário do réu, com visibilidade pública.

Na Apelação Cível TJMA n. 048301/2016, de 31 de julho de 2017, o relator desembargador Raimundo José Barros de Sousa, que nega provimento a recurso do Facebook contra decisão que confere a remoção de conteúdo ofensivo e direito de resposta, assim se manifesta:

O magistrado de base, ressaltando que o Facebook não atendeu ao comando de remoção do conteúdo e de identificação do usuário que publicou a nota invasiva, julgou procedente o pedido inicial, para obrigar o réu, ora apelante, a *‘postar, de imediato e, assim manter por 30 dias o texto constante na p. 05 dos autos, no endereço do usuário ‘Zé Linguarudo da Silva’, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).* [Grifo do autor].

Outro caso que apresenta decisão na mesma linha é a decisão monocrática do relator Emerson Cafure na Representação n. 901-38.24.6.12.0000 (TRE/MS):

Assim, julgo procedente o pedido e defiro o exercício do direito de resposta à representante, que *deverá ser veiculado pelo representado em seu perfil de usuário no FACEBOOK em até 48 horas da entrega da mídia com o texto de resposta, que deverá ser entregue pela parte representante diretamente ao representado ou a seu advogado constituído nestes autos, consoante dispõem as alíneas c, d e e do inciso IV do art. 17 da Resolução TSE n. 23.398/2013.*

Em tempo, ressalto que *a mensagem de direito de resposta deverá permanecer na timeline do perfil de usuário do representado (<https://www.facebook.com/ajhugorodrigues>) por pelo menos 72 horas, devendo a mensagem ser postada em caráter público, sem a restrição de visualização para*

apenas amigos ou determinados usuários, que é sabidamente possível na rede social FACEBOOK. [Grifo do autor].

A forma buscada pelas decisões busca livrar o conteúdo das restrições de visibilidade, porém ao apenas obrigar que seja disponibilizada na página/perfil do réu não garante que ele será visualizado por todos que viram a ofensa, devido justamente ao efeito bolha.

Melhor seria, então, que as decisões exaradas pelo juízo determinassem que, além de terem visibilidade pública, todos aqueles que tiverem acesso ao conteúdo incorreto ou calunioso, seja por visualização, curtida, compartilhamento ou qualquer outra forma de contato, tivessem, publicada em seus *feeds* de notícias, a resposta.

Esta solução considera que a rede social tem o registro das informações de todos aqueles que a acessaram e preserva os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade previstos no art. 4º da Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015.

7 Conclusões

Ante o exposto, foi possível verificar que o texto constitucional e infraconstitucional brasileiro garante o direito de resposta como forma de garantir à sociedade o direito à informação correta e à verdade. Havendo desvio neste mister, é garantida a tutela do Judiciário para implementar as correções necessárias. A correção é dada por meio de decisão judicial proporcional e razoável, a fim de que aqueles que tiveram acesso à informação incorreta ou caluniosa tenham a oportunidade de acesso à informação correta dos fatos ou restauradora da honra do particular.

Embora o diploma legal garanta a possibilidade de reparação pecuniária oposta ao caluniador, este, via de regra, não é o único efeito pretendido por quem busca a tutela do Judiciário. A busca pelo restabelecimento da verdade é não apenas um direito de personalidade vinculado ao caluniado, mas um direito coletivo difuso de toda sociedade.

As evidências apresentadas pelos estudos realizados sobre o efeito bolha indicam que os algoritmos utilizados pelo Facebook na seleção automática do conteúdo do *feed* de notícias oferecem barreiras à plena execução dos efeitos reparadores da verdade buscados pelo direito de resposta, pois as pessoas que terão acesso às mensagens serão distintas.

Neste sentido, há a necessidade de que as plataformas que suportam as comunicações sociais da atualidade empreendam mecanismos que deem eficácia à propagação da verdade, neste caso, o direito de resposta.

Se tomarmos as pesquisas farmacológicas, a busca por curas de doenças leva à pesquisa e ao desenvolvimento de inúmeros medicamentos. Contudo, a grande maioria dos medicamentos apresenta efeitos colaterais que devem ser conhecidos e tratados, se possível. Essas informações são fundamentais para que se decida ou não pelo uso de determinado medicamento.

Da forma análoga, é indiscutível o benefício dos algoritmos que selecionam conteúdo baseados em nossas preferências ou perfil utilizados pelo Google e pelo Facebook. Contrária forma, seria necessário muito esforço e tempo para encontrarmos conteúdo que de fato nos seja útil. Todavia, o efeito colateral gerado traz malefícios que necessitam ser tratados. As plataformas de redes sociais devem, assim, desenvolver mecanismos que mitiguem ou acabem com o efeito bolha em situações especiais como, por exemplo, uma ordem judicial.

Embora seja possível identificar esforços do provedor da aplicação, no sentido de reduzir os efeitos da bolha, não é possível determinar até o momento que este seja capaz de dar plena eficácia a uma ordem judicial que envolva o direito de resposta.

A solução que se apresenta mais adequada, com aparente maior possibilidade de sucesso na busca pela efetividade, é que a decisão judicial não seja endereçada apenas ao autor do conteúdo, mas também à plataforma, a fim de que esta a publique em local destacado no *feed* de notícias de todos os usuários que de alguma forma tiveram contato com a notícia inverídica, seja visualização, curtida, compartilhamento ou qualquer outro tipo de exposição.

Referências

ALMEIDA, Virgílio; DONEDA, Danilo. Mecanismos invisíveis de polarização política. *Valor Econômico*, 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ%C3%B4mico/20161108/281754153890359>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação Cível n. 048301/2016*. Apelante: Facebook – Serviços Online do Brasil Ltda. Apelado: Zesiel Ribeiro da Silva. Relator: Des. Raimundo Barros. São Luís, 31 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2017/tjma_00028598820158100040_31072017.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul. *Representação n. 901-38.24.6.12.0000*. Representante: Simone Nassar Tebet. Representado: Antônio João Hugo Rodrigues. Relator: Emerson Cafure, Juiz Auxiliar. Campo Grande, 22 de agosto de 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-resposta-facebook-simone-tebet2.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017

FACEBOOK. *Como o Feed de notícias funciona*. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/327131014036297>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Bruno; MANSUR, Alexandre. O Facebook virou o grande vilão da eleição de Trump. *Época*, 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2016/11/o-facebook-virou-o-grande-vilao-da-eleicao-de-trump.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. São Paulo: Zahar, 2012.

POLONSKI, Vyacheslav. The Biggest Threat to Democracy? Your Social Media Feed. *World Economic Forum*, 19 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2016/08/the-biggest-threat-to-democracy-your-social-media-feed/>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

SÁ, Nelson de. Facebook testa mudança para amenizar “efeito bolha” na plataforma. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1878367-facebook-testa-mudanca-para-amenizar-efeito-bolha-na-plataforma.shtml>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

SANKIEVICZ, Alexandre. Quando é devido o direito de resposta? *Direito Público*, Porto Alegre, ano 8, n. 38, p. 27-46, mar./abr. 2011. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/686>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

Direito Constitucional

O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF

Bruno Barca Cursino

Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito. Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União.

Resumo: O objetivo deste artigo científico é discutir sobre a viabilidade jurídica da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica de decisão criada pela Corte Constitucional da Colômbia denominada Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Examina o instituto, o fundamento doutrinário e o instrumento processual adequado para a transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para a jurisdição constitucional brasileira. Conclui ser possível a utilização do ECI como técnica de decisão na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como expressão do transconstitucionalismo.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Jurisdição constitucional. Transconstitucionalismo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Abstract: The objective of this scientific article is the discussion about the legal viability by Supreme Federal Court to use the decision technique created by Colombian Constitutional Court called unconstitutional state of fairs (ECI). We examined the institute, the doctrinal fundament and procedural instrument suitable for the implementation of foreign constitutional jurisprudence for the Brazilian constitutional jurisdiction. We have concluded to be possible to use the ECI as decision technique in the claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) as transconstitucionalism expression.

Keywords: Unconstitutional state of affairs (ECI). Constitutional jurisdiction. Transconstitutionalism. Claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF).

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado de Coisas Inconstitucional. 2.1 Origem e evolução jurisprudencial na Corte Constitucional da Colômbia. 2.2 Conceito. 2.3 Pressupostos de configuração. 3 O transconstitutionalismo como fundamento doutrinário para a transposição do ECI do sistema jurídico colombiano para o brasileiro. 4 A ADPF como instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira. 4.1 A lesão a preceito fundamental. 4.2 Atos do Poder Público. 4.3 Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. 5 Conclusão.

1 Introdução

O constitucionalismo contemporâneo suplantou integralmente a ideia de constituição apenas como proclamação política. Constituição é norma jurídica, provida de eficácia vinculante sobre todo o sistema jurídico a que confere validade. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, palco das atrocidades cometidas pelo nazismo, as novas constituições incorporaram direitos fundamentais como normas autoaplicáveis, que passaram a ocupar a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, bem como fortaleceram a jurisdição constitucional para assegurar sua supremacia.

O pleno desenvolvimento desse catálogo de direitos fundamentais depende em grande parte da implementação de políticas públicas, as quais devem ser formuladas e concretizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Nada obstante, haverá situações em que essas políticas públicas se demonstrarão absolutamente ineficazes, ou mesmo inexistentes, de modo que um número expressivo de pessoas experimentará graves violações de direitos fundamentais em face de falhas estruturais do Estado. Verificado esse pernicioso distanciamento entre previsão e concretização constitucional, comprometedor da força normativa e da integridade sistêmica da Constituição, a corte constitucional deverá, sempre que provocada, dialogar com as autoridades competentes para que,

dentro de um tempo razoável, adotem as medidas necessárias para correção e superação dessa situação.

Foi nesse contexto de crise institucional que a Corte Constitucional da Colômbia forjou a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), tema que analisaremos. Observado o escopo deste artigo científico, estabelecemos três objetivos de estudo. Inicialmente, examinamos origem, evolução jurisprudencial, conceito e pressupostos de configuração do ECI. Após, considerando que a concretização de direitos fundamentais é uma preocupação comum a todas as ordens do sistema jurídico mundial, discorreremos sobre a possibilidade de transposição do ECI para a ordem jurídica brasileira, com amparo teórico no transconstitucionalismo. Por fim, analisamos a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como mecanismo processual adequado para o uso do ECI no Supremo Tribunal Federal.

2 O Estado de Coisas Inconstitucional

2.1 Origem e evolução jurisprudencial na Corte Constitucional da Colômbia

A técnica de decisão denominada estado de coisas inconstitucional (ECI) foi concebida pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) e utilizada pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) – 559, proferida em 6 de novembro de 1997, quando foi julgado caso envolvendo 45 professores que tiveram direitos previdenciários suprimidos pelas autoridades municipais de María La Baja e Zambrano. Naquela ocasião, a CCC constatou que os motivos que determinaram o desrespeito aos direitos dos autores eram decorrentes de falhas estruturais do Estado colombiano, uma vez que não podiam ser imputados a um único órgão, mas sim às diversas esferas integrantes do Poder Público, pois resultavam da execução desordenada e irracional de políticas públicas educacionais.

A partir desse diagnóstico, a CCC concedeu o direito pleiteado pelos professores autores da demanda judicial e, valendo-se

do que denominou de dever de colaboração da Corte constitucional com os demais órgãos do Estado para a consecução de seus fins, declarou o ECI para determinar aos órgãos estatais responsáveis pelas políticas públicas educacionais que tomassem as medidas administrativas e orçamentárias necessárias para a correção das ofensas aos direitos fundamentais de milhares de professores que estavam na mesma situação dos autores.

George Marmelstein (2015) anota com acerto que esta decisão “não traduz a real dimensão do instituto, pois, nesse primeiro caso, o ECI foi mobilizado principalmente como uma ferramenta para evitar a repetição de demandas individuais sobre o mesmo assunto”. Reconhecendo a existência de milhares de professores na mesma situação dos autores, a CCC declarou o ECI com o objetivo de “exigir que fosse construída uma solução uniforme para todos, evitando assim a propositura de várias ações judiciais individuais sobre o mesmo tema”.

A jurisprudência da CCC evoluiu para conferir ao ECI uma nova configuração na Sentencia de Tutela (ST) – 153, de 28 de abril de 1998, em que reconheceu o quadro de inconstitucionalidade do sistema prisional colombiano. A Corte assentou o uso da figura do ECI como mecanismo de produção de remédios estruturais¹ para situações configuradoras de graves violações de direitos

1 Os remédios estruturais da CCC são espécie de reforma estrutural concebida pela Suprema Corte dos Estados Unidos para o enfrentamento de casos emblemáticos nas décadas de 1950 e 1960 do século passado: eliminação da segregação racial nas escolas; proteção dos abusos cometidos pela polícia; implementação de tratamento humano nos presídios e hospícios, entre outros. Owen Fiss (2004), professor da Yale Law School, analisou esses processos de redesenho institucional. Suas considerações são aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro sem a necessidade de grandes adaptações: “A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria setores, determinando suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também os valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição de formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto,

fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais, cuja solução demande a atuação coordenada de diversos órgãos do Estado. Segundo seus juízes, o sistema penitenciário colombiano caracterizava-se pela superlotação e pela deficiência de políticas públicas e assistenciais dirigidas aos detentos, encontrando-se nas prisões, como regra, somente violência, corrupção e ausência de oportunidades e medidas para ressocialização dos reclusos.

O tribunal constitucional colombiano reconheceu que esse cenário fático se adequava perfeitamente à definição do ECI, uma vez que estava presente a flagrante violação de inúmeros direitos fundamentais dos presos, tais como a dignidade, a vida, a integri-

uma necessidade constitucional: dar-lhe um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito. Todos nós, quer como indivíduos, quer como atores institucionais, temos um papel nesse processo. Na sociedade moderna, caracterizada pela onipresença estatal, esses valores determinam a qualidade na nossa existência social – eles pertencem, verdadeiramente, ao domínio público – e, conseqüentemente, o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público. Os Poderes Legislativo e Executivo, como também as instituições privadas, têm uma voz; da mesma forma deveriam ter as cortes. Os juízes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos. A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social. A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injunction é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas”.

dade física, a saúde e o trabalho. Analisando a história colombiana, a Corte frisou que, ao longo de muitos anos, a sociedade e o Estado foram omissos diante desta realidade, observando com indiferença a tragédia diária das prisões, mesmo sendo configuradora de gritante transgressão da Constituição e das leis correlatas ao tema. Reclamando uma rápida solução para tão grave violação de direitos humanos, e ciente de que a superação dos problemas estruturais do sistema penitenciário não estava ao alcance de uma única entidade estatal, a CCC determinou a diversos órgãos do Poder Público que tomassem as medidas necessárias para a superação desse quadro de inconstitucionalidade sistêmica.

O seguinte trecho da ST-153/1998 sintetiza o raciocínio jurídico empreendido pela CCC.

Al respecto debe recordarse que esta Corporación ya ha señalado que en los casos extremos de omisión de sus obligaciones por parte de las autoridades – situación que se expresa también cuando se presenta un craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley – los afectados pueden también recurrir a la tutela, siempre y cuando la actitud negligente de la administración vulnere o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales. Este es el caso de las situaciones bajo análisis. En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de las muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país.

53. 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 administra-

ción 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.

Além disso, é fundamental apontar como a CCC destacou a função contramajoritária da jurisdição constitucional nos regimes democráticos, ressaltando, sobretudo, que, no caso da violação ostensiva dos direitos fundamentais dos presos, se estava diante de uma pauta política de solução impopular – “los reclusos son personas marginadas por la sociedad” – e com vítimas desprovidas de representatividade no sistema democrático – “los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz” –, circunstâncias que impulsionaram a Corte a chamar a atenção da sociedade para o Estado de Coisas Inconstitucional instalado no sistema carcerário e a exigir “la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas”.

Embora seja inegável a disposição demonstrada pela CCC na solução do problema carcerário, o resultado obtido passou longe do almejado. Isso porque o tribunal determinou aos diversos órgãos estatais envolvidos que tomassem as providências necessárias, mas não criou mecanismos de controle judicial pelos quais pudesse acompanhar a efetividade das ações executadas pelos demais atores institucionais. Campos (2015) esclarece que os principais erros cometidos pela CCC foram a diminuta flexibilidade das ordens e a ausência de monitoramento da fase de execução da sentença. Ele aponta que a Corte acreditou, equivocadamente, que a autoridade contida na sua decisão seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem as medidas determinadas. O autor, principal estudioso do ECI no Brasil, avaliou que “a corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas”.

A CCC não voltou a cometer esses erros no julgamento daquele que se tornou o mais emblemático caso de ECI: o deslocamento forçado de pessoas vítimas de conflitos armados, decidido

na Sentencia de Tutela 025, de 22 de janeiro de 2004. A matéria de fundo envolvia a situação de milhares de famílias que foram obrigadas a abandonar suas residências, empregos e estudos, e migrar para outras regiões da Colômbia, porque ameaçadas pelos conflitos armados promovidos pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc). Vítimas das ações de guerrilha, essas pessoas eram forçadas a se deslocar para proteção de suas vidas e integridade física, e, ao chegarem em regiões ainda não atingidas pelos conflitos armados, estavam absolutamente desprovidas de seus direitos fundamentais, sem nenhum amparo estatal, embora a legislação colombiana lhes conferisse diversos auxílios prestacionais para superação da condição desfavorável advinda do deslocamento interno forçado.

Os juízes da Corte constitucional reconheceram que a política pública de atenção à população deslocada desenvolvida desde o ano de 1997 apresentava resultados insatisfatórios para reverter a situação de vulnerabilidade dos direitos fundamentais desta população. Atribuíram o fracasso à inaptidão institucional dos órgãos responsáveis pela execução das políticas públicas e à destinação insuficiente de recursos financeiros para os programas de atenção às vítimas do deslocamento forçado. Declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, dessa vez a CCC tomou o cuidado de não se imiscuir nas atividades típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que, em vez de proferir ordens detalhadas e inflexíveis, valeu-se de um ativismo dialógico², com determinações abertas aos

2 Acerca do ativismo judicial dialógico, George Marmelstein (2015) registra que “o ideal é que o Judiciário não estabeleça, em caráter impositivo, os meios para a solução do problema, pois quem deve estabelecer o como agir são os órgãos responsáveis pela execução do plano. O papel do Judiciário deve ser o de buscar o engajamento de todos na resolução do problema e criar obrigações de resultado, estabelecendo parâmetros para caracterizar a superação do ECI e adotando os mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem a política pública elaborada pelos próprios órgãos envolvidos. Há alguns princípios-guias a orientar o nível da intervenção judicial. O primeiro refere-se ao grau da inação dos órgãos estatais. Quanto maior for a situação de abandono e de descaso com a solução do problema por partes dos órgãos competentes maior será a intensidade da atuação judicial. O segundo está relacionado à vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Quanto maior for o grau de vulnerabilidade das pessoas afetadas (em razão da privação de direitos

órgãos responsáveis pelas políticas públicas, concentrando sua atuação na coordenação, supervisão e monitoramento do cumprimento dos objetivos estabelecidos na sentença.

A Corte determinou às diversas entidades nacionais e territoriais responsáveis pela elaboração e execução das políticas públicas de atenção à população deslocada que cumprissem integralmente seus deveres constitucionais e legais, bem como adotassem, num prazo razoável e dentro de suas competências, medidas que resultassem na obtenção de recursos financeiros suficientes para sua concretização. Segundo o entendimento dos seus membros, essas ordens não seriam atentatórias ao princípio da separação dos poderes, pois o provimento jurisdicional não teve o objetivo de criar despesa pública sem previsão no orçamento, ou modificar a programação orçamentária definida pelo Poder Legislativo. Tampouco pretendeu fixar novas prioridades à revelia daquilo que foi estabelecido pelo legislador e vinha sendo desenvolvido pelo Poder Executivo. Diante do reconhecimento do ECI, o Poder Judiciário estava aplicando o princípio da colaboração harmônica entre os Poderes com a finalidade de garantir o cumprimento dos deveres de efetiva proteção dos direitos fundamentais desta vulnerável parcela da população, o que reputou como obrigação do juiz constitucional de um Estado Social de Direito.

Outra importante inovação verificada na ST-025/2004 foi a manutenção da jurisdição da CCC mesmo após sua prolação. O tribunal registrou que o julgamento do caso, por si só, não colocaria termo ao ECI. Movido por essa preocupação, nos anos seguintes à decisão, zelou pela sua implementação por meio de um procedimento de acompanhamento contínuo, público e participativo.

e incapacidade de articulação política) maior será a necessidade de uma atuação judicial mais rigorosa. Outro princípio importante relaciona-se à essencialidade do direito afetado: quanto maior for a essencialidade daquele (do ponto de vista do respeito e proteção da dignidade), maior deverá a busca pela sua implementação. Em todo caso, a atuação judicial deve mirar um diálogo para que a solução do problema seja construída pelos próprios órgãos responsáveis. Quanto mais sincero e efetivo for o engajamento dos demais órgãos para a solução do problema, menor deve ser a intervenção judicial”.

Entre os anos de 2004 e 2010, foram realizadas quatorze audiências públicas e proferidas 84 decisões com a finalidade de dar impulso às ordens lançadas na ST-025/2004, solicitar informações das ações concretamente executadas, acompanhar questões específicas, e estabelecer indicadores do grau de efetivação dos direitos da população deslocada (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 84-85).

A adoção de ordens flexíveis, o diálogo constante com os demais atores públicos e privados, e a manutenção de sua jurisdição foram medidas fundamentais para que a CCC obtivesse alto nível de êxito na implementação da ST-025/2004.

É preciso esclarecer que os três casos analisados não foram os únicos em que a CCC declarou o ECI. Razões metodológicas determinaram essa seleção para ilustrar a evolução jurisprudencial do ECI, pois representam a alteração da concepção da Corte sobre os mecanismos decisórios adequados à solução do estado de coisas contrários à Constituição, assim como da relação do tribunal com os demais poderes.

2.2 Conceito

O conceito do ECI pode ser buscado nos estudos dos doutrinadores colombianos que se debruçaram sobre as decisões da CCC. Segundo Lyons, Monterroza e Meza (2011, p. 69-80), trata-se de técnica de decisão criada pela CCC mediante a qual se declara que certos atos (comissivos ou omissivos) são abertamente contrários à Constituição em razão da violação massiva de direitos e princípios nela consagrados, motivando a provocação das autoridades competentes para que, dentro de um tempo razoável, adotem as medidas necessárias para correção e superação desta situação. Peña (2011, p. 8) segue a mesma linha conceitual ao afirmar que o ECI é uma decisão judicial que reconhece a existência de violações massivas, generalizadas e estruturais dos direitos fundamentais, configuradoras de uma realidade empírica contrária aos princípios nucleares da Constituição do Estado, não havendo outro modo de reverter essa grave anomalia senão por meio da atuação coordenada de diversos órgãos estatais.

Os poucos pesquisadores brasileiros que se dedicaram ao tema apresentaram posição semelhante. Os integrantes da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, liderados pelo professor Daniel Sarmento, elaboraram representação dirigida ao Partido Socialismo e Liberdade³, que culminou na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 no Supremo Tribunal Federal (STF), buscando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Os autores da representação teceram as considerações abaixo colacionadas a respeito do ECI.

18. A Corte Constitucional da Colômbia – certamente um dos tribunais constitucionais com atuação mais destacada na defesa dos direitos humanos em todo o mundo – vem desenvolvendo uma fecunda técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

19. Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.

3 A representação instrui a petição inicial da ADPF n. 347 e está listada no sítio do STF como o item “6 – Documentos comprobatórios – Documentos comprobatórios 2”.

A sentença que reconhece a existência de um estado de coisas contrário à Constituição é a “senha de acesso” (CAMPOS, 2015) que permite ao tribunal constitucional proferir ordens catalisadoras do diálogo institucional entre os diversos órgãos integrantes dos três Poderes do Estado, objetivando a produção de remédios estruturais para situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais, cuja solução reclame a atuação coordenada de todos os responsáveis pela elaboração, execução e financiamento das políticas públicas correlatas.

Marmelstein (2015) sistematiza o processo de diálogo institucional entre os Poderes da seguinte forma:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para a apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas.

A linha de ação segue o seguinte esquema: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. → (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do

problema → (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis → (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas → (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário → (h) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI → (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa.

A análise do desenvolvimento jurisprudencial do ECI pela CCC denota que essa nova técnica decisória se diferencia daquelas tradicionalmente utilizadas no controle de constitucionalidade pelo objeto de valoração da inadequação constitucional. Enquanto as técnicas de nulidade total, parcial, de interpretação conforme e manipulativa de efeitos aditivos possuem a norma jurídica – ou sua ausência – como centro da discussão, nas decisões em que se reconhece o ECI, a contrariedade com a Constituição repousa na realidade empírica dos fatos. A sentença que declara o ECI busca a correção de políticas públicas que se demonstraram inexistentes ou absolutamente ineficazes, ou seja, existe legislação regulamentadora do direito fundamental violado, o que não há é capacidade institucional dos diversos organismos responsáveis por sua implementação, caracterizando “quadro de deficiência de políticas públicas, de distanciamento entre previsão e concretização normativa, de modo a implicar a realização incompleta do que previsto na Constituição” (CAMPOS, 2015). É por essa razão que as sentenças declaratórias de ECI produzem ordens estruturais destinadas a uma pluralidade de órgãos públicos, estabelecendo um modelo de relacionamento colaborativo entre os três Poderes na construção de soluções complexas e duradouras para as políticas públicas deficientes.

2.3 Pressupostos de configuração

A sedimentação do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional como técnica de decisão à disposição da Corte

constitucional confrontada com uma realidade fática de graves violações de direitos fundamentais ameaçadoras da força normativa e integridade sistêmica da Constituição pode causar inquietude ao intérprete. Sempre que o juiz constitucional se deparar com situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais, estará legitimado o reconhecimento do estado de coisas contrário à Constituição? Parece-nos que não. A evolução jurisprudencial da CCC culminou com o estabelecimento das condições necessárias para a utilização desse mecanismo decisório, ou seja, é imprescindível que estejam presentes os pressupostos de configuração do ECI para que a técnica decisória possa ser utilizada, sob pena de o Judiciário exercer indevida ingerência nos demais Poderes.

A CCC sistematizou na ST 025/2004 os pressupostos de configuração do ECI: 1) violação massiva e generalizada de direitos constitucionais fundamentais que afete significativo número de pessoas; 2) omissão prolongada das autoridades no cumprimento do seu dever de garantir esses direitos; 3) permanente necessidade de buscar no Judiciário a garantia do direito violado; 4) ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias em envergadura suficiente para evitar a violação dos direitos; 5) existência de um problema social, cuja solução reclame a atuação conjunta e coordenada de diversos atores públicos e privados acompanhada de significativo aporte financeiro; e 6) virtual congestionamento do sistema judiciário caso todos os titulares dos direitos violados judicializem a questão.

Precursor das pesquisas acadêmicas destinadas a possibilitar a transposição do ECI para a realidade jurídico-constitucional brasileira, Campos (2015) analisou os seis pressupostos de configuração estabelecidos pela CCC e propôs a adoção de três requisitos mais adequados ao nosso modelo de jurisdição constitucional.

Em síntese, são três os pressupostos do estado de coisas inconstitucional:

(a) A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;

(b) A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

(c) A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc.

O primeiro pressuposto formulado por Campos se conecta com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais; o segundo pressuposto é denotativo da inexistência, ou falência, de políticas públicas para a promoção dos direitos fundamentais violados; e o terceiro reclama a atuação conjunta e coordenada do Estado na construção dos remédios estruturais necessários para superação do quadro de violação sistêmica dos direitos fundamentais objetivamente considerados.

Na nossa leitura, o autor formulou os três requisitos de configuração do ECI por meio da aglutinação dos cinco primeiros pressupostos estabelecidos pela CCC, refutando, porém, o virtual congestionamento do sistema judiciário, que nas palavras da CCC significa que, “si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”. A descon sideração desse pressuposto se deve à inexistência de instrumento processual semelhante a *acción de tutela*⁴ no ordenamento jurídico

4 A adequada compreensão dessa decisão é obtida a partir da leitura do artigo 86 da Constituição Política da Colômbia, fonte primária da ação de tutela: “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual

brasileiro; logo, a manutenção desse requisito seria descabida limitação à utilização do ECI, inviabilizadora do uso dessa técnica de decisão no STF. Ao contrário do que acontece no Brasil, em que o controle de constitucionalidade é misto, convivendo lado a lado os modelos concentrado e difuso, na Colômbia o controle é unicamente concentrado, sendo a CCC o órgão jurisdicional incumbido de julgar as questões constitucionais. Por isso, é preciso compreender que, na condição de juízo máximo da ação de tutela, a CCC desenvolveu o ECI – entre outros motivos – para funcionar como técnica de decisão dotada de efeito *ultra parts* na solução dos inúmeros casos idênticos de graves violações de direitos fundamentais que lhe eram submetidos, ao passo que, como será estudado adiante, a transposição do ECI para a jurisdição constitucional brasileira ocorreu por meio da ADPF, instrumento de controle concentrado de constitucionalidade em que a lesão ao preceito fundamental decorrente de ato do poder público é considerada abstratamente num processo objetivo, cuja legitimidade processual ativa da ação, por força de sua regulamentação legal, é a do restritivo rol do art. 103 da CF, mostrando-se acertada, no caso brasileiro, a desconsideração do virtual congestionamento do sistema judiciário como pressuposto de configuração do ECI.

3 O transconstitucionalismo como fundamento doutrinário para a transposição do ECI do sistema jurídico colombiano para o brasileiro

Antes de discorrermos sobre a ADPF como instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira, ou seja, demonstrarmos que os pressupostos de con-

revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

figuração deste preenchem os requisitos necessários para o manejo daquela, é preciso verificar uma questão logicamente antecedente. É possível a transposição de uma técnica de decisão formulada por Corte Constitucional estrangeira (no caso, a CCC) para o STF? A resposta nos parece afirmativa e tem suporte doutrinário na teoria do transconstitucionalismo, elaborada pelo professor Marcelo Neves. O escopo deste artigo não permite o estudo aprofundado do transconstitucionalismo, por isso visitaremos apenas seus conceitos e ideias fundamentais, necessários para demonstrarmos a possibilidade da transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional.

Neves (2009) apoia sua teoria nas características estruturais da sociedade moderna erigida a partir das revoluções constitucionais do final do século XVIII. Ele aponta um incremento da complexidade social, resultado da crescente autonomia das esferas de comunicação obtidas com a liberdade religiosa, política, econômica, científica e artística, que impulsionou um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional. Com isso, a sociedade moderna se tornou multicêntrica, com pluralidade de sistemas e códigos-diferença, cada qual com uma racionalidade, todos com pretensão de universalidade, gerando tensões no processo de integração sistêmica da sociedade complexa. Apesar dessa complexidade, a sociedade moderna exsurge como verdadeira sociedade mundial, “apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução”. O autor adverte que o conceito de sociedade mundial não deve ser confundido com o de ordem internacional, que diz respeito às relações entre Estados, representando apenas uma das dimensões daquela (NEVES, 2009, p. 22-27).

Essa sociedade mundial multicêntrica compreende, entre tantos outros, os sistemas político e jurídico, acerca dos quais Neves (2009, p. 30-32) tece as seguintes considerações:

A política diferencia-se primeiramente como sistema funcional da sociedade mundial, distinguindo-se de outras esferas de comuni-

ção. A essa forma primária de diferenciação do sistema político mundial, a funcional, associa-se secundariamente a sua diferenciação *segmentária* em “sistemas políticos (territoriais)”. Esses, por sua vez, passam por uma terceira diferenciação mediante a distinção entre o Estado e as outras organizações políticas do respectivo sistema territorial, conforme o esquema “centro/periferia”. [...] Essas observações referentes à política podem ser analogamente aplicadas ao direito, na medida em que “o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico através da Constituição não tem correspondência no plano da sociedade mundial”. [...] Mas a força crescente dos sistemas baseados primariamente em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou praticamente imprescindível a emergência de uma “nova ordem mundial” concernente não só a processos de tomada de decisões coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos. Isso significa uma transformação no sentido de uma contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial.

Centrando seu estudo no sistema jurídico da sociedade mundial, o autor teoriza o “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”. Essas ordens multiníveis comunicam-se por meio de racionalidades transversais promovendo aprendizado mútuo. Nesse passo, o transconstitucionalismo tem o escopo de delinear novas formas de relacionamento entre ordens jurídicas diversas – mas que se encontram no mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o direito, – vinculadas a um único código binário (lícito/ilícito), todavia, com programas e critérios diversos, provocadoras de diferenciação no interior do sistema jurídico mundial. Ele explica que essa diferenciação não se limita à segmentação “entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados”, há, também, “diferenciação de ‘níveis’ entre ordem jurídica estatal, supranacional e internacional”, e, por fim, “diferenciação fun-

cional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal” (NEVES, 2009, p. 34 e 116).

A interpenetração das ordens diferenciadas no interior do sistema jurídico não é criação do transconstitucionalismo. Isso já ocorria, como aponta o autor, na relação entre o direito internacional clássico e o direito interno, na medida em que a norma internacional podia ser incorporada ao direito estatal pelo processo formal de ratificação. O que o transconstitucionalismo apresenta de novo é o hodierno entrelaçamento das múltiplas ordens jurídicas independentemente de formalidades, de intermediação dos agentes políticos da sociedade mundial, isto é, sem a necessidade de tratados ou processos previstos na legislação de regência dos atores governamentais e não governamentais. Essa “situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as ‘pontes de transição’ entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais”. Diante dessa constatação, Neves conclui que o sistema jurídico também é multicêntrico, uma vez que, “na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia”, causando situação de “relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica” (2009, p. 117).

São construídas redes de “conversação constitucional” entre os múltiplos subsistemas jurídicos da sociedade mundial, os quais se relacionam “no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são vinculantes e dispõem de primazia”, de modo que as diversas ordens não podem ser estruturadas hierarquicamente, pois “a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora”. Assim, “as cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva” no enfrentamento dos “litígios globais” de questões constitucionais: i) direitos fundamentais ou direitos humanos; e ii) organização, limitação e controle do poder. Impõe-se, por conseguinte, o “diálogo transconstitucional” (NEVES, 2009, p. 118-122).

Vejamos o magistério do Neves (2009, p. 129-131):

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de “pontes de transição” entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens. Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levam a sério os problemas básicos do constitucionalismo. [...] A esse respeito, cabe enfatizar que, embora a sociedade mundial, até o momento, seja orientada primariamente por expectativas cognitivas (ver *supra* pp. 28 s.), o transconstitucionalismo parece ser a alternativa mais promissora para a fortificação de sua dimensão normativa [...]. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.

Com suporte nos argumentos doutrinários apresentados, defendemos a possibilidade de o STF dialogar com as diversas ordens do sistema jurídico mundial. Aliás, essa abertura para observação e aprendizado recíprocos é realidade no âmbito do STF, onde é possível identificar decisões envolvendo direitos fundamentais em que legislação e jurisprudência estrangeiras foram utilizadas como *ratio decidendi*⁵. Portanto, não há óbice para que o mesmo ocorra em rela-

5 Neves (2014, p. 193-214) cita, entre outras: o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, DJ. 19 mar. 2004; a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112/DF, DJ. 26 out. 2007 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, DJ. 5 jun. 2008.

ção ao ECI – mecanismo de produção de remédios estruturais para situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais –, desenvolvendo-se mais um processo de entrelaçamento de ordens jurídicas na busca de respostas e soluções para problemas constitucionais. É de se ressaltar que o próprio ECI pode ser visto como produto do transconstitucionalismo, uma vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizou remédios estruturais (*structural remedeis*)⁶ para solucionar problemas sistêmicos de violação de direitos humanos muito antes das decisões da CCC, que foram reconhecidamente inspiradas na jurisprudência norte-americana⁷.

O cuidado que o STF deve ter, assim como qualquer outra Corte constitucional aberta ao transconstitucionalismo, é o de não praticar o transplante imediato e acrítico do direito estrangeiro, postura negligenciadora dos processos internos de autovalidação da sua ordem jurídica, o que ignoraria a proposta de transversalidade reflexiva entre os múltiplos sistemas e resultaria num indesejado modelo de colonialismo constitucional.

6 “Os remédios estruturais tiveram origem nas decisões da Suprema Corte norte-americana para implementar Brown [Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)]. Não podendo determinar o fim da segregação racial de imediato, ante as reações negativas dos Estados do Sul, a Suprema Corte determinou a implementação aos poucos sob a supervisão contínua das cortes distritais. Nos Estados Unidos, os remédios estruturais também foram utilizados para a reestruturação de escolas distritais, de presídios e de instituições de saúde para tratamento dos mentalmente incapacitados. Para tanto, as cortes norte-americanas interferiram na formulação e implementação de políticas públicas, bem como sobre as prioridades orçamentárias” (CAMPOS, 2015).

7 A CCC reconheceu o diálogo transconstitucional na *ST-1030/00* ao afirmar que “Al respecto cabe señalar que la figura del estado de cosas inconstitucional parte de buscar una protección objetiva de los derechos fundamentales. En el derecho comparado, hunde sus raíces en una aguda controversia doctrinal y jurisprudencial que surgió, desde finales de los años cincuenta en los Estados Unidos, entre los defensores de la ‘political question doctrine’ y aquellos partidarios de los ‘structural remedies’”.

4 A ADPF como instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira

A ADPF foi criada pelo constituinte originário de 1988 e atualmente encontra previsão no art. 102, § 1º, da CF/1988⁸. A regulamentação deste dispositivo constitucional ocorreu pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. O STF assevera que a ADPF foi regulamentada para servir como instrumento integrativo dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, possibilitando ao tribunal a apreciação direta de atos estatais atentatórios a cláusulas fundamentais da ordem constitucional antes insuscetíveis de figurar como objeto de controle em processo objetivo (BRASIL, 2014).

A legislação ordinária criou duas espécies de ADPF, denominadas pela doutrina constitucional como autônoma e incidental. A ADPF autônoma está insculpida no art. 1º, caput⁹, e a incidental no art. 1º, parágrafo único, inciso I¹⁰, ambos da Lei n. 9.882/1999. Barroso (2012, p. 263) discorre sobre as características das duas espécies com a propriedade que lhe é costumeira:

No caso da arguição *autônoma*, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equipará-

8 Art. 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

9 Art. 1º, *caput*: “A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

10 Art. 1º, parágrafo único, inc. I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

vel capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. A legitimação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de controle é mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle é mais amplo, pois não se limita aos atos normativos e estende-se aos três níveis de poder.

Já a arguição batizada – não sem certa impropriedade – como *incidental* pressupõe, em primeiro lugar, a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário. Seus outros requisitos, que são mais numerosos que os da arguição autônoma, incluem, além da subsidiariedade e da ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de que (i) seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (ii) se trate de lei ou ato *normativo* – e não qualquer ato do Poder Público.

Nosso estudo tem o objetivo de analisar a utilização do ECI como técnica de decisão na denominada ADPF autônoma. Isso porque, nessa modalidade, ao contrário da incidental, podem ser combatidos *atos* do Poder Público que violem preceitos fundamentais, ou seja, ato de qualquer dos poderes públicos, no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal. Retomando o quanto foi dito anteriormente, no ECI, *a contrariedade com a Constituição repousa na realidade empírica dos fatos*, logo, a ADPF incidental não se presta para tal fim, uma vez que exige lesão a preceitos fundamentais decorrentes de *lei* ou *ato normativo*. Isso posto, passaremos a demonstrar a viabilidade da ADPF autônoma como instrumento processual adequado para discussão do ECI no STF, nos valendo, sobretudo, das balizas hermenêuticas lançadas no julgamento da medida cautelar da ADPF n. 347, na qual se discute o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

4.1 A lesão a preceito fundamental

A CF/1988 e a Lei n. 9.882/1999 não estabeleceram o sentido da locução preceito fundamental, de modo que coube aos doutri-

nadores e ao STF desvendarem seu significado. Os estudiosos do Direito Constitucional afirmam que a fluidez da expressão dificulta a elaboração de um catálogo taxativo. Entretanto, verifica-se entre eles forte consenso de que um conjunto de normas constitucionais inegavelmente possui essa qualificação¹¹. Esse consenso recai sobre os princípios fundamentais, reunidos no Título I da Constituição (arts. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais, reunidos no Título II da Constituição (arts. 5º a 17), as normas protegidas direta ou indiretamente pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), e os denominados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII). A jurisprudência do STF compartilha dessa posição. O min. Gilmar Mendes, relator da ADPF n. 33, fez as considerações expostas abaixo no julgamento da medida cautelar requerida.

Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). (BRASIL, 2004).

Desse modo, resta claro que o primeiro pressuposto de configuração do ECI – *quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas* – satisfaz o requisito da lesão a preceito fundamental da Constituição. Com efeito, o autor da ADPF n. 347 sustentou que o Estado de

11 Nesse sentido: (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1244-1247); (NOVELINO, 2012, p. 328); (BULOS, 2015, p. 334) e (LENZA, 2012, p. 357-358).

Coisas Inconstitucional das prisões brasileiras afronta os seguintes preceitos fundamentais da CF/1988: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e), a garantia do preso ao respeito da sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º). O ministro Marco Aurélio, relator da ADPF n. 347, foi claro no julgamento da medida cautelar ao reconhecer que “os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos”, no que foi seguido por todos os ministros da Corte.

4.2 Atos do Poder Público

O art. 1º da Lei n. 9.882/1999 estabelece que cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de *ato do Poder Público*. Segundo Barroso e Barcellos (2007, p. 248-264), sob a locução ato do Poder Público poderão ser abrangidos leis e atos normativos de qualquer dos entes federativos, inclusive os anteriores à CF/1988, atos em geral da Administração Pública, decisões judiciais, atos de tribunais de contas, entre outros. Logo, o segundo pressuposto de configuração do ECI – *falta de coordenação entre atos legislativos, administrativos, orçamentários e judiciais, a denominada “falha estatal estrutural”, responsável pela violação sistemática dos direitos e agravamento da situação* – preenche este requisito da ADPF autônoma.

Esse juízo de adequação foi realizado pelo STF no julgamento da ADPF n. 347-MC. O ministro Marco Aurélio reconheceu que a falha estatal estrutural é causada por atos (comissivos e omissivos) do Poder Público, que, na espécie, resultaram na violação dos preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos.

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. [...] A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais. (BRASIL, 2016).

O ministro Barroso pontuou em seu voto que na ADPF n. 347 não há, como de costume, a indicação de um ato específico do Poder Público, mas sim um conjunto de ações e inações que resultam no estado de coisas contrários à Constituição por falha estrutural do sistema. Portanto, no ECI, a lesão a preceitos fundamentais é resultado de ações e omissões de inúmeros órgãos do Poder Público, situação bastante para legitimar o manejo da ADPF.

4.3 Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade

Esse requisito da ADPF também é denominado de regra da subsidiariedade e está consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a

lesividade”. O STF aduz que a subsidiariedade – requisito de ordem infraconstitucional – deve ser interpretada com prudência, sob pena de impedir o exercício da ADPF, ação constitucional vocacionada a viabilizar, *numa dimensão estritamente objetiva*, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

A doutrina dominante segue a orientação jurisprudencial e ressalta que esse requisito deve ser visto como a impossibilidade de a lesão a preceito fundamental ser sanada com a mesma efetividade proporcionada pela ADPF. Barroso e Barcellos (2007, p. 248-264) pontuam que a questão fundamental está na *eficácia* do “outro meio” a que a lei faz remissão, motivo pelo qual a subsidiariedade deve ser analisada ante os demais processos objetivos previstos na Constituição.

Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los. É por esse fundamento que merece adesão a posição intermediária e melhor, que vem conquistando a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Nesse contexto, considerando que o terceiro pressuposto de configuração do ECI é a necessidade de mudanças estruturais (novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.), que exigem a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão e sim a uma pluralidade destes, temos que o requisito da subsidiariedade da ADPF está preenchido, haja vista que o ECI não decorre pura e simplesmente da inconstitucionalidade de alguma norma, tampouco de uma omissão legislativa inconstitucional, mas sim de violações massivas, generalizadas e estruturais dos direitos fundamentais, configuradoras de uma *realidade empírica* contrária aos princípios nucleares da Constituição. O voto do ministro Edson Facchin na ADPF n. 347-MC estabelece

com clareza a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade no caso do ECI do sistema prisional.

Entende-se atendido também o pressuposto da subsidiariedade, haja vista que não se impugna a constitucionalidade de lei ou ato normativo a atrair a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. Tampouco, subjaz discussão acerca da omissão do dever de legislar ou de providência de índole administrativa a provocar a jurisdição constitucional. Em verdade, aponta-se uma situação em que as normas existentes e as providências administrativas não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos, sejam os condenados definitivamente, sejam os provisórios. Diante de tal moldura e da relevância da controvérsia veiculada nos autos, admite-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na espécie. (BRASIL, 2016).

Dessarte, a ADPF é o instrumento processual adequado para provocar o STF nos casos extremos em que o Estado de Coisas Inconstitucional resta configurado, pelo fato de que a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade por omissão não proporcionam, cada qual pela sua particularidade, a produção de remédios estruturais para a solução de situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais, cuja solução demande a atuação coordenada de diversos órgãos estatais.

5 Conclusão

O estudo demonstrou que a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional passou por um progressivo processo de aprimoramento na CCC desde a sua concepção até a aquisição da substância e contornos atuais, embora o objetivo sempre tenha sido a superação de graves e massivas violações de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas. Inicialmente, a CCC aplicou o ECI como mecanismo para evitar

a repetição de demandas individuais sobre o mesmo assunto (SU-559/1997). Após, a técnica foi aperfeiçoada e passou a ser utilizada para a produção de remédios estruturais quando a solução do problema demandasse a atuação coordenada de diversos órgãos do Estado. Entretanto, a diminuta flexibilidade das ordens e a ausência de monitoramento da fase de execução da sentença demonstraram que o ECI ainda não havia atingido a formatação ideal (ST-153/1998). Por fim, a CCC preservou a característica de produção de remédios estruturais, e, em vez de proferir ordens detalhadas e inflexíveis, empregou o ativismo dialógico, caracterizado por determinações abertas aos órgãos responsáveis pelas políticas públicas, concentrando sua atuação na coordenação, supervisão e monitoramento do cumprimento dos objetivos estabelecidos na sentença declaratória do ECI (ST-25/2004).

Verificamos a possibilidade de transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para a jurisdição constitucional nacional por meio de um processo de troca de experiências entre Cortes abertas para o debate, aprendizado e influência recíprocos no enfrentamento dos litígios globais envolvendo direitos fundamentais. O transtitucionalismo indica que os bons resultados advindos da utilização do ECI na Colômbia podem servir de inspiração e modelo para a superação de graves casos de violação de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado brasileiro.

Após, vimos que a ADPF autônoma é o instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

Nesse passo, a ADPF n. 347, em que se busca o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, será uma grande oportunidade para constatar se o STF está aberto à compreensão, discussão, reflexão e eventual aproveitamento de decisões proferidas por outros tribunais, visto que o mesmo problema de concretização de direitos fundamentais pode se apresentar em diversas ordens do sistema jurídico mundial.

Por fim, é o modelo virtuoso de ECI consagrado na Sentença T-25/2004 que esperamos seja adotado pelo STF no julgamento

de mérito da ADPF n. 347: ativismo judicial dialógico produtor de ordens estruturais flexíveis destinadas a uma pluralidade de órgãos públicos, estabelecendo um modelo de relacionamento colaborativo entre os três Poderes na construção de soluções complexas e duradouras para as políticas públicas deficientes do sistema prisional brasileiro.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 33-MC. Relator: min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.10.03, *DJ* de 6 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 126-MC. Relator: min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgamento em 19.12.2007, *DJE* de 1º fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 127. Relator: min. Teori Zavascki. Brasília. Decisão monocrática, julgamento em 25.2.2014, *DJE* de 28 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347-MC. Relator: min. Marco Aurélio, julgamento em 9.9.2015, *DJ* de 19 fev. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

_____. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

_____. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10, 2015. *Painel...* Fortaleza: UFC, 2015.

_____. O estado de coisas inconstitucional. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref7>. Acesso em: 21 dez. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia n. SU-559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-25/04. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>> Acesso em: 27 jan. 2016.

MARMELSTEIN, George. O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? *Direitos Fundamentais*, 2 out. 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

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

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502958>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2012.

PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Políticas e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Javeriana, Bogotá, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10554/1617>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

Direitos Difusos e Coletivos

Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos

Fábio Nesi Venzon

Procurador Regional da República na PRR – 4ª Região

Resumo: O presente artigo analisa a efetividade das indenizações pecuniárias destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) em sede de ações coletivas. Considerando que as ações coletivas se inserem no campo da responsabilidade civil, aplicando-se o princípio da reparação integral, aborda o direito constitucional de acesso à justiça como garantia da tutela jurisdicional efetiva e adequada do direito material. O estudo esclarece que o FDD é instrumento legal destinado à reparação integral do dano quando inviável a condenação em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa por parte do réu. A finalidade de utilização dos recursos do FDD na reconstituição de bens lesados ou compensação dos danos ainda é verificada a partir da Lei n. 7.347/1985, que o instituiu, e da Lei n. 9.008/1995, que o regulamenta, bem como de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código de Processo Civil. Demonstra-se, então, que o FDD tem seus recursos, quase que integralmente, contingenciados, fazendo com que este tenha existência meramente simbólica. Este artigo conclui que a tutela efetiva e adequada dos direitos difusos e coletivos lesados, com a sua reparação integral, não está sendo alcançada com condenações em indenização pecuniária ao fundo federal. Assim, a utilização dos recursos em afronta à Constituição, à legislação e à própria sentença condenatória está a exigir providências para reverter esse quadro. Diante disso, são sugeridos pedidos subsidiários a serem deduzidos nas ações coletivas de forma a assegurar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos e coletivos.

Palavras-chave: Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Responsabilidade civil. Princípio da reparação integral. Tutela efetiva dos direitos coletivos e difusos. Contingenciamento.

Abstract: This article analyzes the effectiveness of pecuniary compensation to the Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD) to reparation or compensation of damages in class actions. Considering that class actions fall within the field of liability, applying the principle of integral reparation, the constitutional right of access to justice is addressed as guarantee of effective and adequate judicial protection of substantial rights. The study clarifies that the FDD is an instrument for the integral reparation when unfeasible condemnations in obligations to do, to not do or give thing on the part of the defendant. The purpose of using the resources of the FDD in the reconstitution or compensation for collective damages is still verified from Law 7.347/1985 and Law 9.008/1995, which regulates it, as well as provisions of the Code of Consumer Protection and the new Code of Civil Procedure. It is then demonstrated that the resources of the fund are being, almost completely, limited by the Federal Union, making it have a merely symbolic existence. This article concludes that the effective and adequate protection of the diffuse and collective rights injured, with the integral reparation, is not being reached with convictions in pecuniary compensation to the federal fund. Thus, the use of resources in defiance of the Constitution, legislation and the condemnatory sentence itself, is demanding measures to reverse this situation. In view of this, subsidiary pleadings are suggested to be deducted in class actions in order to ensure adequate and effective protection of diffuse and collective rights.

Keywords: Fund for the Defense of Diffuse Rights. Civil liability. Integral reparation principle. Effective protection of collective and diffuse rights. Contingency.

Sumário: 1 Introdução. 2 Escopo legal do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). 3 A verdadeira destinação dada aos recursos do FDD. 4 A atual situação do FDD vista como afronta à garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos – alternativas possíveis. 5 Conclusões.

1 Introdução

O presente artigo pretende analisar o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), instituído pelo art. 13 da Lei da Ação

Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e regido pela Lei n. 9.008/1995, sob a ótica do direito de acesso à justiça enquanto garantia da tutela efetiva do direito material.

Objetiva o estudo em tela verificar se as indenizações pecuniárias destinadas ao FDD, estabelecidas em ações coletivas¹, cumprem o desiderato para o qual foi instituído o aludido fundo federal, que é assegurar, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação integral do dano a bens difusos e coletivos, mediante a sua recomposição (reparação *in natura*) ou por meio de medidas compensatórias.

Para tanto, realizamos um cotejo entre os valores recebidos pelo Fundo de Defesa de Direitos Difusos, desde o ano de 2003 até 2016, e a respectiva destinação dos recursos, avaliando até que ponto o contingenciamento de recursos por parte do Governo Federal tem desvirtuado o fundo de sua finalidade institucional. Analisamos, ainda, os editais lançados para seleção de projetos a serem executados nos anos de 2017 e 2018, para avaliar se os recursos que são aplicados possuem alguma vinculação aos danos que ensejaram as respectivas indenizações pecuniárias em ações coletivas.

A partir dos dados obtidos, verificamos a compatibilidade do FDD, na sua feição atual, com o direito constitucional à prestação jurisdicional efetiva, assim como com os direitos difusos e coletivos com assento constitucional que o FDD deveria defender, abordando as alternativas possíveis para uma adequada tutela desses direitos.

2 Escopo legal do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), regulado pela Lei n. 9.008/1995, foi instituído a partir dos arts. 13 e 20 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), com intuito de assegurar

1 A expressão “ações coletivas” é utilizada em sentido amplo, abrangendo as diferentes ações que tutelam, no âmbito do microsistema do processo coletivo, direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

a indenização por danos patrimoniais e morais causados a direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, entre outros) nas hipóteses em que não fosse possível a reparação *in natura* mediante o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa².

Portanto, o FDD é um instrumento legal inserido dentro do campo da responsabilidade civil, que, por sua vez, é regida pelo princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) do dano. Sanseverino (2010, p. 19 e 34), em obra que analisa exatamente o princípio em comento, refere:

O princípio da reparação integral ou plena, também chamado de equivalência entre o dano e a indenização, como indicado por sua própria denominação, busca colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito.

No mesmo sentido, ensina Cavalieri Filho (2015, p. 28), *in verbis*:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.

Atualmente, o princípio da reparação integral encontra previsão expressa no *caput* do art. 944 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

A responsabilidade civil, em geral, e não é diferente na seara da tutela de direitos difusos e coletivos; objetiva, primordialmente, assegurar, em virtude de um dano a um bem juridicamente tutelado, a restauração deste ao seu *status quo ante*. Daí a prioridade para a chamada reparação *in natura*, como se extrai claramente do

2 Em que pese o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública referir que esta terá por objeto a *condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*, hoje é pacífico que igualmente é cabível a condenação em obrigação de dar coisa, além de outros pedidos que se fizerem necessários à adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 121-122).

art. 947 do Código Civil: “Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

O legislador não deixa margem para dúvida de que é preferível o efetivo restabelecimento ao estado anterior das coisas do que o pagamento de uma indenização pecuniária.

Nesse ponto, no âmbito específico da tutela coletiva, ainda temos a incidência do art. 84, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável ao microssistema do processo coletivo, por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública³, *in verbis*:

Código de Defesa do Consumidor

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Ocorre que há situações em que a reparação *in natura*, efetivada mediante obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, termina sendo impossível de ser adimplida pelo causador do dano, razão pela qual, em atenção ao princípio da reparação integral, se faz necessária uma compensação do dano por equivalente pecuniário/indenização em dinheiro, consoante previsto nos dispositivos legais acima mencionados.

Além disso, ainda no plano da responsabilidade civil e, a fim de assegurar o princípio da reparação integral, o FDD recebe igual-

3 Lei da Ação Civil Pública: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

mente recursos oriundos de condenações em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos quando não se habilitarem interessados em número suficiente (*fluid recovery*), consoante preveem o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor⁴, igualmente aplicável à tutela de quaisquer direitos individuais homogêneos por força do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, e o § 2º do art. 2º da Lei n. 7.913/1989⁵, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

A Lei da Ação Civil Pública, a fim de assegurar maior proteção aos direitos difusos e coletivos, vai além da previsão de pagamento de indenização pecuniária, pois, ao estabelecer, no seu art. 13, a destinação dessa indenização para um fundo federal e seus congêneres nos estados, o faz prevendo uma específica finalidade: *a reconstituição de bens lesados*.

Na seara privada, eventual indenização pecuniária poderá ser utilizada pelo titular do bem lesado na finalidade que bem entender, o que não ocorre no campo dos direitos difusos e coletivos, para o qual o legislador previu que essa indenização deveria reverter em prol da restauração dos bens difusos e coletivos que sofreram o dano.

4 Código de Defesa do Consumidor: “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

5 Lei n. 7.913/1989: “Art. 2º As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.

§ 1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber.

§ 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Assim, enquanto na seara privada, a indenização em dinheiro é efetivamente uma compensação por equivalente pecuniário para um dano que, a critério do beneficiário, poderá não ser recuperado com esses recursos. No âmbito dos direitos difusos e coletivos, a indenização pecuniária possui destinação vinculada à recomposição do bem lesado ou, na sua impossibilidade, à recuperação de outros bens de mesma natureza.

Essa destinação específica foi reafirmada pela Lei n. 9.008/1995, que veio regular o FDD, quando dispõe, no seu § 1º do art. 1º, que o FDD tem por finalidade *a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos*.

A Lei n. 9.008/1995 ainda prevê uma vinculação da aplicação dos recursos com a natureza da infração ou do dano causado, conforme se extrai do § 3º do seu art. 1º:

§ 3º Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo *especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado*, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo. [Grifo nosso].

O parágrafo único do art. 7º do Decreto n. 1.306/1994 é mais incisivo, dispondo expressamente que os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível. Vejamos:

Art. 7º Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior, e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado.

Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.

O referido decreto continua regulamentando o FDD naquilo que não contrariar a Lei n. 9.008/1995. Diga-se que esse é o enten-

dimento que vigora no Ministério da Justiça, em cuja estrutura organizacional está inserido o Conselho Gestor do FDD, pois o Decreto n. 1.306/1994 é referido entre as normas reguladoras do FDD no Relatório de Gestão do Exercício de 2015 do fundo (BRASIL, 2016, p. 15).

Como se extrai da Lei da Ação Civil Pública, da Lei n. 9.008/1995 e do Decreto n. 1.306/1994, a primeira destinação dos recursos do FDD deveria ser para recuperação do próprio dano que ensejou a condenação. Veja-se o exemplo de uma indenização pecuniária por danos morais coletivos em virtude de um grande desastre ambiental. Fazendo incidir os dispositivos em comento, interpretados sistematicamente com o princípio da reparação integral aplicável à responsabilidade civil, a única conclusão cabível é que o FDD deveria destinar os recursos para a comunidade atingida pelo dano que ensejou a condenação.

Ademais, em não sendo possível que a indenização pecuniária reverta para recuperação específica do dano que originou a condenação, por exemplo em virtude de um óbice técnico relativo à reparação de uma área degradada, então a indenização pecuniária deveria, prioritariamente, ser destinada a outro bem difuso ou coletivo correlato com o que foi danificado, de forma a assegurar uma compensação por equivalente de mesma natureza. É dizer, um dano ambiental específico, para o qual não é possível uma recuperação, deverá importar em destinação dos recursos da condenação judicial aportados ao fundo para outro bem ambiental próximo à área degradada, o mesmo se podendo afirmar em relação aos demais direitos difusos e coletivos.

Nesse sentido, a utilização dos recursos para promoção de eventos educativos, científicos e para a edição de material informativo, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos, prevista no § 3º do art. 1º da Lei n. 9.008/1995, denominada de compensação conglobante por Pinho (2010, p. 450-518), seria cabível apenas quando a recuperação do dano específico ou correlato fosse impossível, sendo uma outra forma de compensação por equivalente.

Em resumo, de acordo com a legislação de regência, a responsabilidade civil por danos a bens difusos e coletivos seria efetivada por meio de reparação *in natura* mediante obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa a serem cumpridas pelo responsável pelo dano, ou mediante o pagamento de indenização em dinheiro ao FDD que, por sua vez, priorizaria a destinação dos recursos para, igualmente, alcançar a recuperação dos bens lesados. Ou seja, a reparação *in natura* é o objetivo primeiro a ser alcançado tanto no âmbito da ação coletiva, em se tratando de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa quanto por meio do FDD em caso de condenação em dinheiro, o qual deve ser revertido para financiar projetos de recuperação do dano específico.

Em sendo impossível a reparação *in natura*/reconstituição dos bens lesados (dano específico), a reparação integral deve se dar mediante a compensação do dano por meio de alguma medida equivalente, que pode ser a recuperação de outro bem difuso e coletivo degradado (dano correlato, cujo causador é desconhecido ou não possui recursos financeiros suficientes, p. ex.) ou a adoção de outras medidas (promoção de eventos educativos, científicos, edição de material informativo, modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas à proteção do direito difuso e/ou coletivo lesado), sempre no âmbito da mesma temática (ambiental-ambiental, consumidor-consumidor etc.)⁶.

Tais medidas compensatórias, igualmente, deveriam ser viabilizadas mediante o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa por parte do réu em ação coletiva (pedido subsidiário) ou em sede de termo de compromisso de ajustamento de conduta, ou ainda, por meio do FDD, no caso de ser estabelecida indenização pecuniária.

Como se percebe, em sendo encaminhados recursos para o FDD oriundos de sentenças condenatórias em ações coletivas, estes

6 Essa vinculação da aplicação dos recursos com a temática que o originou é necessária em sede de condenações em ações coletivas, ante o princípio da reparação integral. A mesma vinculação não se faz presente em se tratando de recursos do FDD oriundos de multas administrativas, os quais, contudo, devem respeitar as finalidades legais do FDD na defesa dos direitos difusos e coletivos (VENZON, 2017).

deveriam ser direcionados, inicialmente, para a reconstituição do bem específico lesado, ou, em não sendo possível, para compensação por meio da recuperação de dano correlato ou execução de outras providências destinadas à defesa de direitos difusos e coletivos (compensação conglobante). Contudo, esse não é o encaminhamento que está sendo dado pelo fundo federal; bem longe disso.

3 A verdadeira destinação dada aos recursos do FDD

Estabelecidas as finalidades pelas quais foi instituído o FDD, veremos, no presente tópico, que o referido fundo federal não tem sido efetivo no cumprimento delas. Apesar da receita sempre crescente do FDD, este não tem sido capaz de atender as demandas por recursos para execução de projetos para tutela de interesses difusos e coletivos. O maior problema, sem dúvida, é o contingenciamento, com fundamento no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal⁷, dos recursos do FDD para assegurar as metas de *superavit* primário do Governo Federal.

Isso é reconhecido pelo órgão executivo do FDD, conforme se extrai, claramente, do seu Relatório de Gestão do Exercício de 2016 (BRASIL, 2017b, p. 38):

O volume de projetos apresentados aumenta a cada ano, devido, principalmente, à divulgação do FDD, e ao trabalho desenvolvido pelos convenientes. Porém, o número de projetos apoiados está aquém do ideal, tomando-se por base a relação entre recursos aplicados e arrecadação do Fundo. É bem verdade que os recursos não advêm diretamente da conta do FDD, e sim do orçamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública, mas quanto maior a execução, melhores são as chances de nos próximos anos haver uma implementação nos recursos.

7 “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

Porém, o *contingenciamento financeiro sistemático ano após ano vem reduzindo o número de projetos apoiados*. Situação preocupante vem ocorrendo na elaboração e na execução orçamentária, pois as Unidades que dispõem de receitas diretamente arrecadadas (fonte 150) e receitas vinculadas (fontes 118, 174, 175, etc...), vêm sendo compelidas gradativamente a formarem montantes superavitários em função da diferença entre a estimativa de arrecadação de receitas e o limite monetário efetivamente concedido para o financiamento das suas despesas anuais, repercutindo assim sobremaneira na formação da chamada Reserva de Contingência na própria Unidade Orçamentária. Esta situação é recorrente devido aos limites monetários para elaboração e execução do orçamento serem inferiores ao total estimado e arrecadado das receitas, gerando assim superávits anuais. *Quando é solicitada liberação de parte dos recursos da Reserva de Contingência prevista no orçamento do FDD, a Secretaria de Orçamento Federal – SOF/MPOG nega, justificando a inexistência de espaço fiscal para aumentar as despesas discricionárias.* [Grifo nosso].

Vamos ilustrar melhor a gravidade do cenário de restrição orçamentária que vem passando o FDD, trazendo alguns dados dos anos de 2003 a 2016.

Conforme consta no Relatório de Gestão do Exercício de 2015 do FDD, houve empenho de recursos na ordem de R\$ 3.833.440,00 (BRASIL, 2016, p. 13), alocados para onze projetos, e a arrecadação nesse mesmo ano foi de R\$ 563.326.342,06, conforme tabela acessada no *site* do Ministério da Justiça⁸. Ou seja, *apenas 0,68% dos recursos arrecadados pelo FDD foram aplicados nas finalidades do fundo*.

No ano de 2016, a situação foi ainda pior, pois, arrecadados R\$ 775.034.487,75⁹, foram executados apenas oito projetos em valores que não superam, cada um, R\$ 350.000,00, conforme consta do

8 Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017.

9 Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 1º set. 2017.

Edital de Chamamento Público CFDD n. 01, de 13 de maio de 2015 (BRASIL, 2015), destinado a selecionar projetos para 2016.

E essa situação decorre do contingenciamento efetuado pela União em relação aos recursos do FDD, o que tem impedido o fundo de atender a demanda das organizações da sociedade civil e de órgãos públicos por recursos para executar projetos em prol da defesa de interesses difusos e coletivos.

Nesse sentido, em 2013, de 507 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, foram selecionados 45 projetos como prioritários, mas apenas treze foram efetivamente conveniados naquele ano. Em 2014, de 699 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, houve seleção de 36 projetos como prioritários e somente 22 conveniados. Em 2015, de 526 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, foram selecionados 29 projetos como prioritários, mas apenas onze efetivamente conveniados em 2015 (BRASIL, 2016, p. 28).

Em 2016, de 897 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, sendo 470 da área meio ambiente, 364 da área outros (patrimônio histórico e outros direitos difusos) e 63 da área consumidor, 26 foram selecionados como prioritários, *mas apenas oito efetivamente conveniados* (BRASIL, 2017, p. 38).

Colocando, lado a lado, a importância arrecadada¹⁰ (conforme tabelas extraídas da página do FDD no *site* do Ministério da Justiça¹¹) e os projetos apoiados financeiramente dos anos de 2003 a 2016 (BRASIL, 2017b, p. 38), é possível ver que, salvo alguns anos, é inversamente proporcional. Ou seja, quanto mais é arrecadado pelo FDD, menos se investe nos seus objetivos, em razão do contingenciamento dos recursos. Vejamos a tabela respectiva:

10 Consideramos a arrecadação decorrente de multas, indenizações, sorteios e doações. Não foram consideradas outras receitas, tais como decorrentes de devolução de saldos de convênios de exercícios anteriores.

11 Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017.

Ano	Arrecadação (R\$)*	N. de projetos apoiados
2003	3.656.386,00	36
2004	5.215.806,00	34
2005	4.223.215,85	31
2006	11.377.709,29	23
2007	29.966.549,71	42
2008	72.758.068,56	37
2009	49.716.227,52	29
2010	30.814.409,52	45
2011	41.462.227,35	30
2012	57.012.619,56	16
2013	120.288.753,13	13
2014	192.354.624,49	22
2015	563.326.342,06	11
2016	775.034.487,75	8

* Os dados de arrecadação não foram extraídos da tabela inicial existente na página do FDD no *site* do Ministério da Justiça, que engloba a arrecadação desses anos, mas sim de tabelas específicas para cada ano, igualmente disponível em *link* na mesma página, informação que reputamos mais confiável.

Veja-se a gravidade da situação que vem sendo vivenciada pelo FDD nos últimos anos. Em 2005, o fundo federal arrecadou R\$ 4.223.215,85 e apoiou 31 projetos; onze anos depois, em 2016, tendo arrecadado a vultosa soma de R\$ 775.034.487,75, apoiou apenas oito projetos em valor não superior a R\$ 350.000,00 cada um.

O contingenciamento dos recursos do FDD tem sido tão intenso nos últimos anos que se pode dizer que o fundo federal hoje existe apenas simbolicamente, caracterizando o que Neves (2007) refere como legislação-álibi¹², pois está longe de atender a

12 Sobre a legislação-álibi, escreve Neves (2007, p. 36-41, grifo nosso): “[...] O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’. *Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e*

demanda por recursos para projetos na defesa de interesses difusos e coletivos que chegam até ele.

4 A atual situação do FDD vista como afronta à garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos – alternativas possíveis

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) foi criado pela Lei da Ação Civil Pública para ser um instrumento destinado a assegurar a recuperação de bens difusos e coletivos lesados, um meio para garantir a reparação integral do dano no âmbito da responsabilidade civil. O FDD, portanto, não é um fim em si mesmo, devendo ser interpretado à luz do direito de acesso à justiça.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. XXXV, dispõe que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A doutrina processual moderna extrai desse dispositivo uma garantia constitucional à tutela efetiva do direito material violado ou ameaçado, é o que Marinoni (2006, 113-116) refere como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Realmente, de nada adianta a existência de um direito de ação, ao qual se sucedem os respectivos atos processuais até a sentença, se não houver meios adequados para concretizar no mundo dos fatos a decisão proferida em sede de liminar ou de forma definitiva. Como esclarece Marinoni (2006, p. 112), o corolário do direito de ação não é o direito à sentença, quando esta não é suficiente para satisfazê-lo, mas sim o direito ao meio executivo adequado.

Essa concepção instrumental do processo restou acolhida expressamente no novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, conforme se pode observar dos seus arts. 4º e 6º:

expectativas dos cidadãos. [...] A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos”.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*.

[...]

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e *efetiva*. [Grifo nosso].

Especificamente no que diz com a tutela dos direitos difusos e coletivos, já havia previsão nesse mesmo sentido no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos processos coletivos em geral por força do já referido art. 21 da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua *adequada e efetiva tutela*. [Grifo nosso].

Para a tutela jurisdicional de direitos difusos e coletivos, diante de suas peculiaridades, se fazem necessários técnicas processuais/meios executivos adequados e diferenciados em relação às demandas privadas. A criação do FDD certamente se deu com essa preocupação. Veja-se o caso das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, em que, não se habilitando número suficiente de pessoas lesadas, há necessidade de se dar uma destinação para o produto da condenação pela prática do ato ilícito (*fluid recovery*); ou as condenações em dinheiro por danos ambientais, em que, diante da transindividualidade do bem ambiental, os recursos não podem ser repassados para pessoas determinadas.

Ocorre que, como visto na seção anterior, o FDD não vem servindo como meio executivo adequado à tutela dos direitos difusos e coletivos lesados, na medida em que os recursos que aportam ao referido fundo são, quase que integralmente, destinados ao caixa único do Tesouro, para fins de contingenciamento, não mais retornando ao fundo.

Além disso, mesmo os recursos que são aplicados em projetos não possuem qualquer vinculação com as ações civis públicas, cujas

condenações em dinheiro foram destinadas ao FDD. Nesse sentido, nos editais lançados para seleção de projetos para os anos de 2017 e 2018, não há qualquer condicionante em relação a estar o local de aplicação dos recursos vinculado à origem destes. Conforme item 6.3.2, V, a, do Edital de Chamamento Público CFDD n. 01, de 5 de maio de 2017, apenas há eleição da diversidade regional dos projetos como critério de priorização (BRASIL, 2017a).

Assim, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, diante da destinação que vem sendo dada aos seus recursos, passa por um processo de inconstitucionalização por afronta ao direito de acesso à justiça, na medida em que não é assegurada a tutela efetiva do direito material. A desvirtuação do FDD viola, outrossim, as normas constitucionais que estabelecem os direitos difusos e coletivos no momento em que não concretiza a reparação integral desses direitos quando lesados.

A título de exemplo, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal, que impõe a efetiva reparação do dano ambiental, seja mediante a reparação *in natura/in situ*, seja por meio de medidas compensatórias voltadas para o meio ambiente, que deveriam ser implementadas pelo próprio réu mediante obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, ou pelo FDD, por intermédio dos recursos obtidos com a condenação do réu em obrigação de pagar quantia certa.

Nesse exemplo, quando o FDD recebe esses recursos e estes são contingenciados (não mais retornando ao fundo), a fim de assegurar o *superavit* primário do Governo Federal, a reparação integral do dano ambiental é impedida, violando o direito constitucional de acesso à justiça (direito à prestação jurisdicional efetiva) e o direito constitucional (material) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (VENZON, 2017).

Essa constatação é suficiente para, enquanto não é revertido o processo de inconstitucionalização por que passa o FDD, justificar a não aplicação ao processo coletivo do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública e dos dispositivos existentes em outros diplomas legais que remetem ao mesmo.

Nas ações coletivas em que for inviável a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, ou naqueles casos em que a essas obrigações se faz necessário cumular obrigação de pagar quantia certa, o pagamento em dinheiro deve ser destinado a uma conta vinculada ao processo para financiar a execução de projetos para reconstituição dos bens lesados ou adoção de medidas compensatórias. Se não, pelo menos, que conste da sentença determinação para que os recursos que serão repassados ao FDD tenham sua destinação vinculada à restauração dos bens lesados objeto do processo respectivo¹³.

Ademais, essa condição atual do FDD deve servir de estímulo para que se busquem em ações coletivas, como primeira alternativa pela impossibilidade de reparação *in natura* do dano, medidas compensatórias diversas do pagamento de dinheiro. Isso porque as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa servem não apenas para a reparação do dano específico mas igualmente para executar medidas compensatórias. Em ações civis públicas ambientais, por exemplo, é o caso de, em sendo irrecuperável a área degradada, não buscar, como primeira alternativa, a indenização pelo FDD, mas requerer a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa destinadas a assegurar uma compensação por equivalente ecológico (VENZON, 2017). Não deve ser diferente para os demais direitos difusos e coletivos.

Por outro lado, esse desvirtuamento do FDD – em afronta à Constituição Federal, ao próprio art. 13 da Lei n. 7.347/1985, que

13 Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a reparação integral de danos ambientais causados pelo bombeamento/vazamento de mistura ácida para a Lagoa dos Patos, no Estado do Rio Grande do Sul, no mês de setembro de 1998, em virtude de acidente ocorrido com o navio Bahamas, que transportava ácido sulfúrico, a Justiça Federal condenou os réus em indenização, que atualizada deve alcançar aproximadamente R\$ 80.000.000,00, destinando-a ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos sem qualquer ressalva. O Ministério Público Federal, por sua vez, requereu, em sede de apelação, que seja determinado ao FDD que os valores revertam para a região atingida, estando o recurso pendente de julgamento de embargos de declaração do MPF para que seja apreciado esse pedido (Processo n. 5006075-38.2012.4.04.7101, que tramita junto ao TRF – 4ª Região).

o instituiu, e ao art. 1º da Lei n. 9.008/1995 e art. 7º, parágrafo único, do Decreto n. 1.306/1994, que o regulamentam, bem como às regras processuais que preconizam a efetividade da tutela jurisdicional (arts. 4º e 6º do CPC/2015 e 83 do CDC) – está a demandar providências cabíveis, judiciais ou extrajudiciais, de forma a reverter esse quadro, a fim de que o FDD possa cumprir a finalidade para a qual foi criado, que é a defesa de direitos difusos e coletivos.

Importante salientar que a resolução do problema no âmbito da responsabilidade civil, mediante destinação dos recursos em ações coletivas para conta vinculada ao processo ou a obtenção da compensação mediante condenação em obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, não é suficiente, pois grande parte (mais de 70%) dos recursos recebidos pelo FDD não são provenientes de condenações em ações coletivas, mas sim de multas administrativas oriundas de diversas fontes (art. 57 e seu parágrafo único do CDC e 84 da Lei n. 8.884/1994, hoje art. 28, § 3º, da Lei n. 12.529/2011)¹⁴ e que, igualmente, não estão sendo destinadas para a defesa de direitos difusos e coletivos, em prejuízo destes.

Nesse ponto, o FDD tem por finalidade a reconstituição de bens lesados objeto de ações coletivas, mas, igualmente, a recuperação de bens difusos e coletivos, desvinculados de algum feito judicial, quando o autor seja desconhecido, não mais exista ou não possua condições financeiras para efetivar a reparação. Para essa última hipótese, que aproxima o FDD do *Cercla Superfund* americano¹⁵, é que devem ser destinados, precipuamente, os recursos oriundos de multas administrativas.

14 No ano de 2016, 89,56% dos recursos do FDD foram oriundos de multas por infração à ordem econômica aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos da Lei n. 12.529/2011. Essa situação não difere dos anos anteriores, em que as multas aplicadas pelo CADE foram responsáveis por 77,44% (2010), 73,65% (2011), 80,06% (2012), 76,36% (2013), 87,91% (2014) e 93,02% (2015).

15 Conforme se extrai do *site* da Agência de Proteção Ambiental Norteamericana (*United States Environmental Protection Agency* – EPA) abaixo indicado, a *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980 (CERCLA), conhecida como *Superfund*, foi aprovada para tratar os locais de resíduos perigosos abandonados

5 Conclusões

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), de acordo com a legislação em vigor, deveria servir como instrumento para a efetiva e adequada tutela de direitos difusos e coletivos, concretizando o direito constitucional de acesso à justiça no seu plano substancial.

O aludido fundo federal tem por escopo constitucional e legal permitir que o processo coletivo importe em garantia de tutela efetiva do direito material violado, mediante a reparação integral do dano no âmbito da responsabilidade civil. Para tanto, deveria o FDD destinar os recursos recebidos em virtude de condenações em dinheiro em ações coletivas para a reconstituição dos específicos bens lesados que ensejaram a condenação.

Contudo, não é o que se verifica na prática, na medida em que a quase totalidade dos recursos (mais de 99%) recebidos pelo FDD tem sido contingenciada pelo Governo Federal para assegurar metas de *superavit* primário, não mais retornando ao fundo.

Reputamos esse contingenciamento como violador da Constituição Federal e da legislação que instituiu e regula o FDD, bem como das normas processuais que asseguram a efetividade da tutela jurisdicional, pois está impedindo que se concretize a reparação de danos estabelecidos em sentença judicial, em afronta ao direito constitucional de acesso à justiça e ao próprio direito difuso ou coletivo lesado, no mais das vezes de estatura constitucional, que termina não sendo integralmente reparado.

Os legitimados para ajuizar ações coletivas devem levar a situação atual do FDD em consideração quando forem deduzir seus pedidos em juízo. Diversas são as situações que podem surgir e, para todas, é possível formular pedidos mais adequados e efetivos à tutela do direito material do que o pedido de condenação em dinheiro ao FDD.

nos Estados Unidos. A lei foi subseqüentemente alterada pela *Superfund Amendments and Reauthorization Act* de 1986 (SARA). Disponível em: <<https://www.epa.gov/regulatory-information-topic/regulatory-information-topic-land-and-cleanup#superfund>>. Acesso em: 7 maio 2017.

Em caso de dano irreparável *in natura* (impossibilidade de reparação do dano específico objeto do processo), antes de partir para o pedido de indenização pecuniária, é aconselhável requerer, em pedido subsidiário, como medida compensatória por equivalente, a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa destinadas a reparar dano correlato ou para implementar medidas de compensação conglobante.

Se as circunstâncias do caso não indicam como melhor medida a condenação do réu em obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa, outra alternativa ao FDD é o pedido para que a condenação em dinheiro reverta para uma conta vinculada ao processo e destinada à reconstituição dos bens lesados.

Em não sendo possível a adoção das medidas anteriores, e sendo inevitável a condenação ao FDD, deve ser requerido ao juízo que conste da sentença a determinação para que os recursos revertam para a reconstituição dos bens lesados específicos objeto do processo ou correlatos (em sendo irreparável o dano específico) ou ainda para adoção de medidas de compensação conglobante relacionadas ao dano.

Pelas mesmas razões, essas observações, com as devidas adaptações (necessidade de criação de conta vinculada à instituição legitimada etc.), se aplicam no tocante à elaboração das obrigações a serem fixadas em termo de compromisso de ajustamento de conduta ante sua natureza de título executivo extrajudicial.

Tais providências, plenamente justificadas na Constituição Federal e na legislação de regência, resolvem o problema no âmbito da responsabilidade civil, mas não afastam a necessidade da adoção de medidas judiciais e extrajudiciais para fazer cessar o desvirtuamento pelo qual vem passando o FDD, pois este tem por finalidade, igualmente, a recuperação de bens difusos e coletivos lesados, ainda que não vinculados a uma ação judicial ou inquérito civil, quando o autor é desconhecido, já não mais existe ou não possua condições financeiras para efetivar a reparação. Para essa última hipótese, é que devem ser destinados, precipuamente, os recursos

oriundos de multas administrativas, que representam mais de 70% dos aportes do FDD.

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos atualmente exerce mera função simbólica e os legitimados para as ações coletivas devem estar preparados para postular medidas judiciais e adotar providências extrajudiciais adequadas e efetivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos, estando para tanto amparados na Constituição e na legislação em comento.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *Edital de Chamamento Público CFDD n. 01/2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/edital-de-chamamento-publico-2015-final-13-05-2015.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *Edital de Chamamento Público CFDD n. 01/2017*. Brasília, 2017a. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/anexos/selecao-de-projetos-2017-2018>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Relatório de Gestão do Exercício de 2016*. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 1º set. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PINHO, Hortênsia Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: Gz, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENZON, Fábio Nesi. *Fundo de defesa de direitos difusos: uma abordagem à luz do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. 2017, 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Ambiental) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

O ruído dos trios elétricos no Carnaval da Bahia

Camila Lessa de Almeida

Analista MPU – Perícia – Engenharia de Segurança do Trabalho. Arquiteta. Mestre em Saúde, Ambiente e Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho.

Fernando Martins Carvalho

Médico. Professor titular do Departamento de Medicina Preventiva e Social da Universidade Federal da Bahia (aposentado). Mestre em Saúde Comunitária pela Universidade Federal da Bahia. Doutor em Occupational Health na University of London. Pós-doutor pela Universidade de Massachusetts em Lowell.

Resumo: O Carnaval da cidade de Salvador, na Bahia, mobiliza mais de dois milhões de foliões baianos e turistas durante os seis dias de festa, em aproximadamente 25 quilômetros de avenidas, ruas e praças do circuito carnavalesco. O trio elétrico, principal palco musical do Carnaval, é um sofisticado caminhão com potência sonora entre 100.000 e 500.000 watts. Este artigo aborda o ruído produzido por trios elétricos durante o Carnaval na cidade de Salvador, considerando os possíveis impactos na saúde dos músicos e dos moradores nos circuitos carnavalescos. A legislação brasileira regulamenta a exposição ocupacional e de comunidades ao ruído. Os valores máximos estabelecidos pelo decreto municipal são mais permissivos que os da norma federal. Um decreto da Prefeitura Municipal de Salvador estabelece níveis máximos de emissão sonora admitidos no percurso e nos locais dos festejos de Carnaval, para trios elétricos. No Carnaval de 2011, o órgão fiscalizador do município de Salvador avaliou o ruído produzido por 86 trios elétricos (dois de blocos infantis). Todos os 86 trios elétricos superaram o limite máximo de 100 decibéis de pressão sonora, sendo que

dois ultrapassaram o limite máximo de 110dB(A), estabelecido pelo decreto municipal. O ruído produzido por cada um dos 86 trios elétricos excede amplamente os limites estabelecidos pela Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego. Esse ruído dos trios elétricos no Carnaval de Salvador pode afetar a saúde e a qualidade de vida dos espectadores, dos moradores do circuito e dos trabalhadores da festa, sobretudo dos músicos.

Palavras-chave: Ruído. Medição de ruído. Controle de ruídos. Aglomeração. Carnaval.

Abstract: Carnival in Salvador City, State of Bahia, Brazil mobilizes more than two million people, natives and tourists, for six days, along 25km of streets, avenues and places that comprise the event circuits. A peculiar kind of bandwagon, called *trio elétrico*, is a sophisticated truck, sound power of 100,000 to 500,000 watts. This article focuses on the noise produced by *trios elétricos* during the Carnival in Salvador City, considering its possible impacts on the health of musicians and dwellers exposed in the feast circuits. Brazilian legislation regulates occupational and community exposure to the noise. Maximum threshold limits established by the municipal decree are more permissible than the federal ones. A Salvador Prefecture decree has set maximum levels for noise produced by *trios elétricos* during the Carnival. During the 2011 Carnival, the municipality regulatory organ has measured the noise produced by 86 *trios elétricos*, two of these for children carnival groups. Two of the 86 have surpassed the maximum limit of 110 dB(A) (decibels), established in the municipality decree. However, all of them have surpassed the value of 100 dB(A). The noise produced by each one of the 86 *trios elétricos* easily exceeded the limits established by the federal regulation (*Norma Regulamentadora nº15 do Ministério do Trabalho e Emprego*) for noise in the workplace. The noise produced by *trios elétricos* during the Salvador Carnival can be hazardous to the health and quality of life of the merry-makers, dwellers in the carnival circuits and those who work during the feast, particularly the musicians.

Keywords: Noise. Noise Monitoring. Noise Control. Crowding. Carnival.

Sumário: 1 Introdução. 2 O ruído ocupacional no Carnaval. 3 O ruído ambiental no Carnaval. 4 Conclusões.

1 Introdução

O crescimento e a evolução das cidades trouxeram consigo uma série de modificações na estrutura urbana, no estilo e na qualidade de vida das pessoas, o que, conseqüentemente, acarretou o surgimento de diversos problemas conhecidos no mundo moderno. A poluição sonora tem sido um problema enfrentado pela população mundial e vem sendo amplamente discutida pela sociedade e pela comunidade científica. Os grandes centros urbanos tornaram-se fontes geradoras de ruído, afetando diretamente a saúde de seus moradores.

A população brasileira está sujeita à poluição sonora no ambiente das grandes cidades, assim como a população de qualquer cidade grande no mundo. Porém, no Brasil, as múltiplas festas populares têm contribuído consideravelmente para o aumento do ruído urbano. O Carnaval é a maior festa popular do Brasil, mobilizando milhares de pessoas do próprio País e do mundo inteiro, e vem sendo amplamente estudado sob o ponto de vista socioantropológico, mas é muito pouco considerado quanto aos aspectos de saúde e meio ambiente.

O capítulo seguinte aborda a questão do ruído no Carnaval na cidade de Salvador, considerando os impactos na saúde dos músicos, os impactos ambientais nos circuitos da festa e as possíveis implicações na saúde dos moradores desses circuitos.

2 O ruído ocupacional no Carnaval

O Carnaval baiano sofreu inúmeras mudanças ao longo dos anos. No início do século XX, essa festa na Bahia ainda guardava características semelhantes às das primeiras manifestações carnavalescas no Brasil, momento em que as brincadeiras eram similares ao antigo entrudo e disseminavam-se os blocos, os cordões, as sociedades e os corsos (DINIZ, 2008, p. 17-24). O entrudo, que desde o século XVII era característico dos países da Península Ibérica, consistia em uma espécie de brincadeira bastante desordenada, muitas vezes de gosto duvidoso, de atirar ovos crus, pós de todos os tipos,

cinzas, farinha, polvilho e limões de cheiro (que eram limões recheados com água, urina e líquidos diversos) nos transeuntes, o que se assemelha muito às espingardas de água e *sprays* de espuma da atualidade (VALENÇA, 1996, p. 13). Por sua vez, os cordões, as sociedades e os corsos tratavam-se de manifestações mais organizadas, representando uma alternativa de festejo mais “civilizada” em relação à balbúrdia do entrudo, nos quais os foliões desfilavam seu luxo e beleza (DINIZ, 2008, p. 21-22; FERREIRA, 2004, p. 67-69). Os cordões eram manifestações do “povão” e as sociedades e os corsos representavam a elite branca, porém ambos possuíam algo em comum: a música.

A trilha sonora no período inicial do século XX eram as cantigas de cordões e ranchos e, nos bailes, chorinhos lentos, polcas-chulas, marchas, fados, polcas-tangos, toadas e canções. Atualmente, a música escutada durante o Carnaval é bastante distinta daquelas do século passado, merecendo destaque o surgimento da denominada *Axé Music*, um misto de diversos ritmos musicais: frevo, samba-reggae, fricote, galope, merengue e salsa. O termo *Axé* provém do Ioruba, linguagem utilizada no Candomblé, e quer dizer “espaço sagrado de tambores e ritmos”, significando a presença marcante da musicalidade negra percussiva na música baiana (GUERREIRO, 2000, p.16).

Aliado ao sucesso da nova musicalidade da *Axé Music*, a tecnologia de som avançou bastante desde a invenção do trio elétrico por Dodô e Osmar, em 1950, a qual revolucionou e mudou definitivamente as características do festejo baiano (GÓES, 2000, p.12). A potencialização do som, que proporcionou o aumento do volume em muitos decibéis, tem levado os músicos à exposição excessiva a níveis de pressão sonora elevados. A evolução da cultura sonora dos trios elétricos, hoje dotados de modernas caixas de som e poder de autonomia elétrica, tem contribuído definitivamente para a amplificação sonora e para o surgimento de agravos à saúde na atividade profissional dos músicos do Carnaval da Bahia.

Essa constatação, em alguma medida, tem preocupado às autoridades competentes, bem como especialistas das áreas da otorrinolaringologia e da segurança e medicina do trabalho. Ficam muito evidentes os potenciais efeitos nocivos à audição e à qualidade de

vida, tanto dos que executam como daqueles que apreciam a música eletronicamente amplificada. Diversos autores (MAIA; RUSSO, 2008, p. 50; MENDES; MORATA, 2007, p. 63) referem que a exposição à música eletronicamente amplificada é um problema de saúde pública.

Miranda e Dias (1998, p. 495) realizaram estudo de prevalência com dados audiométricos de 187 trabalhadores em 18 bandas e trios elétricos de Salvador, Bahia. Constataram que 40,6% dos trabalhadores apresentavam perda auditiva induzida pelo ruído (PAIR). Os autores destacam a importância da implantação dos Programas de Conservação Auditiva, a fim de prevenir a instalação ou evolução de perdas auditivas em trabalhadores das bandas e trios elétricos.

Andrade e colaboradores (2002, p. 718) relataram que músicos de frevo e maracatu de Pernambuco estavam expostos a níveis de pressão sonora elevados, de 107 a 117 dB(A) e 107 a 119 dB(A), respectivamente, o que comprova a necessidade de adoção de medidas preventivas que reduzam a exposição ao risco ambiental, visando prevenir a ocorrência de perda auditiva induzida por ruído ocupacional (PAIRO).

Monteiro e Samelli (2010, p.16) identificaram perda auditiva neurossensorial em 40% dos ritmistas de escola de samba de São Paulo, com características sugestivas de perda auditiva induzida por ruído. Acrescentam que esse fato evidencia a necessidade de criação de programas de conservação auditiva para músicos e de uma legislação específica que regule programas de saúde ocupacional direcionada para essa categoria profissional.

Os estudos científicos realizados com músicos do Carnaval versam, em sua maioria, sobre os impactos auditivos devido à exposição a elevados níveis de pressão sonora, partindo do pressuposto de que este seria o efeito mais esperado. Entretanto, os efeitos do ruído à saúde humana são diversos, podendo ser auditivos ou extra-auditivos. A perda auditiva induzida por ruído (PAIR), a alteração temporária de limiares auditivos, o trauma acústico e o zumbido são alguns efeitos auditivos em consequência da exposição a elevados níveis de pressão sonora. Os efeitos extra-auditivos classificam-se em fisiológicos e de desempenho; os primeiros incluem alterações no padrão dos batimentos cardíacos, alterações no diâmetro dos

vasos sanguíneos, modificações do ritmo respiratório, tensão muscular como forma de proteção, alterações endócrinas, entre outros; os segundos incluem alterações no sono, incômodo, fadiga, irritabilidade, estresse, interferências na concentração, na conversação e no relaxamento do indivíduo, modificando o estado de alerta e vigiância (BISTAFÁ, 2006, p. 15; SANTOS, 2004, p. 24).

A legislação brasileira regulamenta aspectos da exposição ocupacional ao ruído. O Anexo n. 1 da Norma Regulamentadora n. 15 – Atividades e Operações Insalubres –, aprovada pela Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 1978a), apresenta uma tabela com Limites de Tolerância (LT) para exposição ao ruído contínuo ou intermitente, que associa os níveis de pressão sonora em dB(A) ao tempo de exposição máximo diário permissível. Na NR-07 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional –, Anexo I do Quadro II (BRASIL, 1978), estão estabelecidos diretrizes e parâmetros mínimos para a avaliação e o acompanhamento da audição do trabalhador mediante a realização de exames audiológicos de referência e sequenciais. Essa norma versa sobre aspectos da perda auditiva induzida por ruído ocupacional (PAIRO). Na PAIRO há alterações dos limiares auditivos, do tipo neurossensorial, as quais são irreversíveis e ocorrem gradualmente, em caso de exposição continuada, e acometem inicialmente os limiares auditivos em uma ou mais frequências da faixa de 3.000 a 6.000 Hz.

Tabela 1 – Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente segundo a legislação brasileira

Nível de ruído dB (A)	Máxima exposição diária permissível
85	8 horas
86	7 horas
87	6 horas
88	5 horas

Nível de ruído dB (A)	Máxima exposição diária permissível
89	4 horas e 30 minutos
90	4 horas
91	3 horas e trinta minutos
92	3 horas
93	2 horas e 40 minutos
94	2 horas e 15 minutos
95	2 horas
96	1 hora e 45 minutos
98	1 hora e 15 minutos
100	1 hora
102	45 minutos
104	35 minutos
105	30 minutos
106	25 minutos
108	20 minutos
110	15 minutos
112	10 minutos
114	8 minutos
115	7 minutos

Fonte: Brasil, MTE, 1978b

O Decreto n. 20.505, de 28 de dezembro de 2009, da Prefeitura Municipal de Salvador (SALVADOR, 2009) estabelece níveis máximos de emissão sonora admitidos no percurso e nos locais dos festejos de Carnaval, no período compreendido entre as 18 horas da quinta-feira, data oficial da abertura, e 8 horas da Quarta-Feira de Cinzas, data oficial de encerramento, a saber: 80 dB(A) (oitenta decibéis) para trio elétrico e carro de som de bloco infantil, medi-

dos à distância de 5 m (cinco metros) e à altura de 1,5 m do solo da fonte emissora; 85 dB(A) (oitenta e cinco decibéis) para clube, medidos à distância de 5 m do imóvel onde se encontra a fonte emissora; 85 dB(A) (oitenta e cinco decibéis) para barraca e balcão, medidos no limite do equipamento; 100 dB(A) (cem decibéis) para palco, medidos na casa de som (*house mix*); 110 dB(A) (cento e dez decibéis) para trio elétrico e carro de som, medidos nas laterais a 5 m de distância e à altura de 1,5 m do solo.

A Lei n. 8.675, de 6 de outubro de 2014, da Prefeitura Municipal de Salvador (SALVADOR, 2014) criou zonas específicas na cidade e enumerou eventos, entre os quais o Carnaval, em que os níveis máximos de emissão sonora podem ser de 85 dB(A) a 110 dB(A), excluindo a obrigatoriedade do cumprimento da “lei do silêncio” do município de Salvador, Lei n. 5.354, de 28 de janeiro de 1998. No caso específico do Carnaval, essa lei ampliou o período ruidoso, que começa 25 dias antes de seu início e se prorroga 10 dias após o seu encerramento.

Medidas de pressão sonora de 86 trios elétricos foram feitas pela Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município (SUCOM), órgão fiscalizador do município de Salvador, durante o Carnaval de 2011, de 3 a 8 de março de 2011. Usou-se um medidor de nível de pressão sonora (“decibelímetro”) para realização de medidas à frente, atrás e nas laterais dos trios, a uma distância aproximada de 5 metros. A Tabela 2 apresenta os valores mínimo, máximo e mediana das medições feitas, para cada trio elétrico.

Tabela 2 – Avaliação ambiental de ruído dos trios elétricos no Carnaval de Salvador, 2011

Entidade	Mínimo	Mediana	Máximo
Timbalada	106	107,5	115
Nana Banana	108	109,0	112
Alô Inter	100	109,0	110
Camaleão	109	109,0	110

Entidade	Mínimo	Mediana	Máximo
Pra Ficar	104	109,0	110
Balada	106	108,0	110
Traz a Massa/É Massa	105	107,5	110
Cocobambu	102	109,0	109
Me Ama	108	109,0	109
Nu Outro	105	109,0	109
Papa	108	109,0	109
Pinel	108	109,0	109
Q Felicidade	108	109,0	109
Yes Bahia Club	107	109,0	109
Abuse e Use	108	108,5	109
As Marisqueiras	108	108,5	109
Commanche do Pelô	103	108,5	109
Fecundança/Tô Bacana	107	108,5	109
Mania de Sambar/As Gostosas	108	108,5	109
Mel	107	108,5	109
Alvorada	106	108,0	109
As Kuviteiras	106	108,0	109
As Muquiranas	106	108,0	109
Aviões Elétrico	107	108,0	109
Beijo/Coco Pileque	103	108,0	109
Bloco Jaké	107	108,0	109
Cheiro de Amor	106	108,0	109
Coruja	103	108,0	109
Eu Vou	107	108,0	109
Gangazumba	107	108,0	109
Malê Debalê	101	108,0	109
Amigos do Cajá	106	107,5	109
Ara Ketu	106	107,5	109
Sertanejo	106	107,5	109
Água de Coco	105	107,0	109

Entidade	Mínimo	Mediana	Máximo
Apaches	105	107,0	109
Eva	105	107,0	109
Mutantes	104	107,0	109
Reggae - O Bloco	105	107,0	109
Bola Cheia	100	106,5	109
Filhos de Gandhi	104	106,0	109
Internacionais	104	106,0	109
Okámbí	102	106,0	109
Filhos do Congo	101	105,5	109
Muzenza	102	104,5	109
Filhos de Marujo	108	108,0	108
Me Abraça	106	108,0	108
Polimania	107	108,0	108
Reduto do Samba	107	108,0	108
Samba Popular	107	108,0	108
Voa Voa	106	108,0	108
Clube do Samba na Avenida	107	107,5	108
Meu e Seu	103	107,5	108
Soweto	106	107,5	108
Trimix Caldeirão/Exaltamaniacos	103	107,5	108
Boka Louka	105	107,0	108
Trio Armandinho, Dodo e Osmar	104	107,0	108
Amuleto	106	106,5	108
Bankoma	106	106,5	108
Olodum	103	106,5	108
Samba do P	105	106,0	108
100 Censura	103	105,5	108
Ilê Aiyê	100	105,5	108
Baby Léguas – Bloco Infantil	101	105,0	108
Cerveja & Cia	100	105,0	108
Camarote Andante	103	104,0	108

Entidade	Mínimo	Mediana	Máximo
É o Tchan/Bicho	103	107,0	107
Ijexá da Bahia	106	106,5	107
A Mulherada	103	106,0	107
Os Negões	105	106,0	107
Universitário	103	106,0	107
Filhas de Ghandhy	102	105,0	107
Filhos de Jhá	100	104,0	107
As Kengas	105	105,5	106
Os Mascarados	102	103,5	106
Gera Dois - O Bloco	104	104,5	105
Acar Afoxé	98	99,5	105
As Sapatonas	100	103,5	104
Samba & Folia	102	103,5	104
Tô Ligado	99	103,5	104
Vem Sambar	101	103,0	104
Filhas de Olorum	102	102,5	104
Ibéji – Bloco Infantil	102	102,5	104
Algodão Doce – Bloco Infantil	98	102,0	104
Cortejo Afro	101	102,0	103
Rathaplan – Bloco Infantil	100	101,5	102

Fonte: Sucom, Salvador, 2011

Os níveis de pressão sonora aferidos pela Sucom foram, em grande maioria, acima de 100 dB(A), aos quais os músicos ficam expostos de 4 a 6 horas por dia, que é o tempo aproximado dos desfiles, de acordo com o *site* oficial do Carnaval de Salvador. Não é difícil ultrapassar os limites de tolerância estabelecidos pelo Anexo n. 1 da Norma Regulamentadora n. 15, visto que para 100 dB(A) o tempo máximo de exposição é de apenas 1 hora. Há de se observar, ainda, que os valores máximos estabelecidos pela Prefeitura Municipal de Salvador são mais permissivos em relação à referida norma, o que proporciona, portanto, riscos à saúde dos músicos.

A ausência do uso de protetores auriculares, pela falta fornecimento por parte do empregador ou pela inadaptabilidade dos músicos (MENDES; MORATA; MARQUES, 2007, p. 790), agrava a situação de risco ocupacional, embora, visando a proteção do trabalhador, a Norma Regulamentadora n. 06 (BRASIL, 1978) apresente regulações em relação ao uso do EPI (Equipamento de Proteção Individual), bem como o Decreto Municipal n. 20.505 (SALVADOR, 2009), em seu art. 42, exige a garantia e fiscalização do uso da proteção auditiva dos que trabalham em bloco de trio e/ou carro de som e seguranças de cordas.

Apesar de toda a discussão em torno dos elevados níveis de pressão sonora aos quais estão submetidos os músicos do Carnaval, observou-se na literatura que alguns autores questionam a respeito da aplicação da NR-15 para músicos, considerando-se que essa norma fora elaborada com base no ruído industrial. As baixas frequências são predominantes no som produzido pela música, enquanto que na indústria predominam as altas frequências (MENDES; MORATA; MARQUES, 2007, p. 790), sendo estas as que mais afetam inicialmente a audição (MAIA, 2008).

Ainda existe muito a ser estudado e discutido a respeito da exposição ocupacional ao ruído pelos músicos. Esforços devem ser empreendidos para minimizar ou eliminar os riscos de agravos à saúde, sejam os efeitos auditivos ou extra-auditivos. Nesse sentido, é adequada a aplicação de medidas de proteção coletiva (revestimentos acústicos, distância da fonte de ruído), medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho (redução do tempo de exposição do trabalhador, programas educativos, redução da amplificação do som, elaboração de Programa de Conservação Auditiva – PCA) e utilização de equipamento de proteção individual – EPI (BRASIL, 1978; MONTEIRO; SAMELLI, 2010, p. 17; MENDES; MORATA; 2007, p. 68). Por outro lado, é preciso considerar que nas apresentações musicais não somente os profissionais estão expostos ao ruído mas todos os espectadores e também aqueles que estão no entorno próximo.

3 O ruído ambiental no Carnaval

O ruído ambiental tem contribuído sistematicamente para a degradação dos grandes centros urbanos. No Brasil, a falta de planejamento urbano, o crescimento desordenado das cidades e a falta de políticas efetivas que direcionem ao desenvolvimento sustentável são fatores que colaboram para a precarização do meio ambiente urbano (VENTURA et al., 2008, p. 1), afetando direta ou indiretamente a saúde e o bem-estar de seus habitantes.

As origens do ruído são diversas: os bares e restaurantes, os templos religiosos, a construção civil, as casas noturnas, as casas de eventos, as sirenes, o tráfego, os vizinhos, os animais, os carros de som, entre outros (CAMPOS; CERQUEIRA; SATTler, 2003, p. 24-25). O trânsito de veículos tem sido estudado no meio científico como a fonte de poluição ambiental que mais causa incômodo às pessoas, visto que a aquisição de veículos automotores aumentou enormemente nos últimos anos, sem que houvesse planejamento urbanístico das cidades para comportar essa nova demanda. O ruído produzido pelo motor e pelo escapamento dos veículos, juntamente com a impaciência dos motoristas durante os longos engarrafamentos, tornam esse problema ambiental cada vez mais crescente. Zannin e colaboradores (2002, p. 522-523) realizaram estudo sobre o incômodo causado pelo ruído à população de bairros residenciais da cidade de Curitiba, estado do Paraná, tendo encontrado que 73% apontavam o trânsito como fonte perturbadora e 38% indicavam os vizinhos, considerando as fontes isoladamente, em resposta à pergunta: “quais são os ruídos que incomodam?”. As pessoas incomodadas pelo ruído urbano referiram alguns efeitos à sua saúde e qualidade de vida, predominando a irritabilidade e a dificuldade de concentração.

Em 2008, o número de queixas à Sucom chegou a 37.074; de janeiro a junho de 2011, foram feitas 30.626 reclamações. No período da alta estação, o problema do ruído parece multiplicar-se por toda a cidade pelos inúmeros ensaios, festas e Carnaval, criando uma sensação de que a produção de ruído está totalmente liberada (A GUERRA..., 2009). Por esses motivos, o ruído produzido nos festejos soteropolitanos, sobretudo no Carnaval, deve ser tratado como um problema de saúde pública.

Tabela 3 – Relatório quantitativo da Sucom por fonte sonora, Salvador, de 1.1.2011 a 27.6.2011

Fonte de Emissão Sonora	Denúncias		Atendidas pela Sucom	
	Número	%	Sim	Não
Veículo particular	14.162	46,2	2.304	11.858
Residência	6.155	20,1	760	5.395
Bar /restaurante / boate	4.531	14,8	1.064	3.467
Estabelecimento comercial	1.189	3,9	443	746
Igreja / culto	1.034	3,4	236	798
Área pública	853	2,8	177	676
Construção	726	2,4	387	339
Outros	539	1,8	165	374
Barraca	514	1,7	121	393
Carro de som	169	0,6	77	92
Escola	151	0,5	57	94
Clube	140	0,5	36	104
Academia	121	0,4	42	79
Oficina	106	0,4	41	65
Rádio comunitária	64	0,2	30	34
Trio elétrico / bloco	53	0,2	17	36
Animais	49	0,2	9	40
Espaço cultural	31	0,1	8	23
Fábrica	17	0,06	13	4
Estúdio	10	0,03	4	6
Barraca de praia	10	0,03	4	6
Pedreira	2	0,01	0	2
Total	30.626	100,0	5.995	24.631

Fonte: Sucom, Salvador, 2011

Existem diversos instrumentos de gestão do ruído no Brasil, porém estes não têm sido utilizados e exigidos pelo poder público de forma efetiva.

A Resolução n. 001 do Conama (BRASIL, 1990) dispõe que

a emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução.

A resolução também versa que “são prejudiciais à saúde e ao sossego público [...] os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152 da ABNT”, datada de 1987 e atualizada em 2000 (ABNT, 2000).

A Norma NBR 10.151, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT, 2000), fixa limites de aceitabilidade do ruído em comunidades, estabelecendo os valores de 55 dB(A) para o período diurno e 50 dB(A) para o período noturno, em áreas mistas com predominância residencial, e de 60 dB(A) para o período diurno e 55 dB(A) para o período noturno, em áreas mistas com vocação comercial e administrativa. Os circuitos do Carnaval baiano possuem características residenciais e comerciais e, por isso, os seus espaços urbanos deveriam ser avaliados conforme a citada norma.

O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), previsto no Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (BRASIL, 2001), é um instrumento de gestão para avaliação dos impactos na qualidade de vida da população residente na área do empreendimento ou atividade urbana e suas proximidades. A questão da poluição sonora deveria estar inclusa no EIV, no entanto, de fato, desconsidera-se este fator de risco à população (VENTURA et al., 2008, p. 2-3). Conforme versa o Estatuto, todos os empreendimentos e as atividades urbanas causadoras de ruído deveriam obrigatoriamente elaborar o EIV (VENTURA et al., 2008, p. 2-3). Isso inclui o Carnaval, já que a festa mais popular do Brasil tornou-se também foco de investimentos empresariais.

Portanto, o ruído ambiental no Carnaval é um problema de gestão do poder público. A Prefeitura Municipal de Salvador tem realizado ações fiscalizadoras e campanhas educativas contra a poluição sonora, objetivando amenizar o problema. Entretanto, os esforços empreendidos ainda são incipientes. A população acaba se resignando diante do problema, obrigando-se a conviver com os elevados níveis de pressão sonora durante a festa ou a retirar-se de sua habitação, durante os dias de folia.

4 Conclusões

O ruído produzido por trios elétricos no Carnaval de Salvador pode afetar a saúde e a qualidade de vida dos espectadores, dos moradores do circuito e dos trabalhadores da festa, sobretudo dos músicos. Não existem políticas de sustentabilidade voltadas para esse período específico, que, apesar de acontecer apenas uma vez ao ano, causa transtornos aos cidadãos soteropolitanos e pode afetar, temporária ou definitivamente, a saúde das pessoas. As intervenções públicas têm sido insuficientes, restringindo-se a campanhas educativas contra a poluição sonora, e não há aplicação dos instrumentos reguladores disponíveis na legislação brasileira. Por esse motivo, músicos laboram em condições de insalubridade, expondo-se a níveis de pressão sonora acima dos limites legais estabelecidos. A sociedade, o Poder Público e a comunidade científica devem estar atentos a esse problema e atuar a favor da promoção de um ambiente urbano confortável.

Referências

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 10.151. Avaliação do ruído em áreas habitadas, visando o conforto da comunidade – Procedimento*. Rio de Janeiro, 2000. 4 p.

_____. *NBR 10.152. Níveis de ruído para conforto acústico*. Rio de Janeiro, 2000. 4 p.

ANDRADE, A. I. A. et al. Avaliação auditiva de músicos de frevo e maracatu. *Revista Brasileira de Otorrinolaringologia*, São Paulo, v. 68, n. 5, p. 714-720, set./out. 2002.

A GUERRA contra o axé em Salvador. *Revista Época*, n. 558, 2009.

BISTAFA, S. R. *Acústica aplicada ao controle do ruído*. São Paulo: Edgard Blücher, 2006.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução Conama n. 001, de 8 de março de 1990. *Diário Oficial da União*, Seção I, p. 6.408, 2 de abr. 1990.

_____. Norma Regulamentadora n. 15 – Atividades e Operações Insalubres, Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. *Diário Oficial da União*, 6 jul. 1978a.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora n. 09 – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. *Diário Oficial da União*, 6 de jul. 1978b.

_____. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial da União*, Seção I, p. 1, 11 jul. 2001.

CAMPOS, A. C. A.; CERQUEIRA, E. A.; SATTTLER, M. A. Ruídos urbanos na Cidade de Feira de Santana. *Sitientibus*, Feira de Santana, n. 28, p. 21-35, jan./jun. 2003.

DINIZ, A. *Almanaque do Carnaval: a história do carnaval, o que ouvir, o que ler, onde curtir*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

FERREIRA, F. *O livro de ouro do carnaval brasileiro*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

MAIA, P. A. *O ruído nas obras da construção civil e o risco de surdez ocupacional*. São Paulo: Fundacentro, 2008.

- GÓES, F. *50 anos de Trio Elétrico*. Salvador: Corrupio, 2000.
- GUERREIRO, G. *A trama dos tambores: a música afro-pop de Salvador*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.
- MAIA, J. R. F.; RUSSO, I. C. P. Estudo da audição de músicos de rock and roll. *Pró-Fono Revista de Atualização Científica*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 49-54, jan./mar. 2008.
- MENDES, M. H.; MORATA, T. C.; MARQUES, J. M. Aceitação de protetores auditivos pelos componentes de banda instrumental e vocal. *Revista Brasileira de Otorrinolaringologia*, São Paulo, v. 73, n. 6, nov./dez. 2007.
- MENDES, M. H.; MORATA, T. C. Exposição profissional à música: uma revisão. *Revista da Sociedade Brasileira de Fonoaudiologia*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 63-69, jan./mar. 2007.
- MIRANDA, C. R.; DIAS, C. R. Perda auditiva induzida pelo ruído em trabalhadores de bandas e trios elétricos de Salvador. *Revista Brasileira de Otorrinolaringologia*, São Paulo, v. 64, n. 5, p. 495-504, 1998.
- MONTEIRO, V. M.; SAMELLI, A. G. Estudo da audição de ritmistas de uma escola de samba de São Paulo. *Revista da Sociedade Brasileira de Fonoaudiologia*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 14-18, 2010.
- SALVADOR. Prefeitura Municipal. Decreto n. 20.505, de 28 de dezembro de 2009. *Diário Oficial do Município*, p. 14, 29 dez. 2009.
- _____. Lei n. 8.675, de 6 de outubro de 2014. *Diário Oficial do Município*, p. 5, 7 out. 2014.
- SANTOS, D. C. J. V. *Avaliação da aplicação da Norma de ruído ambiental em municípios da região de São João da Boa Vista*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Engenharia, Arquitetura e Urbanismo, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

VALENÇA, R. T. *Carnaval: para tudo se acabar na quarta-feira*. Rio de Janeiro: Relume-Dumara, 1996.

VENTURA, A. N. et al. Uma contribuição para o aprimoramento do estudo de impacto de Vizinhança: gestão do ruído ambiental por mapeamento sonoro. In: ENCONTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ACÚSTICA, 22. *Anais...* Belo Horizonte, 2008.

ZANNIN, P. H. T. et al. Incômodo causado pelo ruído urbano à população de Curitiba, PR. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 521-524, 2002.

Direito Eleitoral

O contencioso eleitoral como processo coletivo: impactos do art. 96-B da Lei n. 9.504/1997

Lucas Daniel Chaves de Freitas

Procurador da República. Mestre em Desenvolvimento e Cooperação Internacional pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Eleitoral pela Escola Superior da Advocacia do Distrito Federal, em convênio com o Centro Universitário de Brasília.

Importa à República sejam muitos admitidos a defender sua causa¹.

Jurisconsulto Julius Paulus Prudentissimus

Resumo: O presente estudo analisa os impactos da inserção do art. 96-B na Lei das Eleições, promovida pela Lei n. 13.165/2015, no direito processual eleitoral brasileiro. O autor defende ser essa norma um reconhecimento legislativo do contencioso eleitoral como processo coletivo, o que traz consequências para a compreensão e aplicação de institutos como os da conexão, da litispendência, da coisa julgada e da legitimidade ativa, bem como para o papel do Ministério Público. Faz considerações sobre as contribuições recíprocas entre o Direito Eleitoral e o microsistema processual coletivo, com foco no direito a eleições livres e justas como um direito de todos os cidadãos.

Palavras-chave: Direito Processual Eleitoral. Eleições livres e justas. Processo coletivo.

Abstract: In this study it's analyzed the impacts of the insertion of article 96-B in Brazilian Election's Law (Law 9.504/1997), that

1 No original: *Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causam.*

was introduced by Law 13.165/2015. The author defends that this norm is a legislative acknowledgement of electoral procedures as class actions, with consequences in terms of the institutes of related actions, *lis pendens*, *res judicata* and legal standing, as well as in the role of the Public Prosecution Service. It concludes with considerations on the reciprocal contributions between Electoral Law and the class action's microsystem, focused on the right to free and fair elections as a right of all citizens.

Keywords: Electoral Procedural Law. Democracy. Free and fair elections. Class action.

Sumário: 1 Introdução. 2 A dimensão coletiva dos direitos à democracia e a eleições livres e justas. 3 A necessidade de adequada tutela jurisdicional dos direitos políticos difusos e as ações eleitorais. 4 O art. 96-B da Lei n. 9.504/1997 como reconhecimento da dimensão coletiva do processo eleitoral e suas consequências. 5 O papel do Ministério Público no processo eleitoral coletivo. 6 Ação direta de Inconstitucionalidade n. 5.507 – críticas e consonâncias. 7 Considerações finais.

1 Introdução

O estudo dos impactos do art. 96-B da Lei n. 9.504/1997 na sistemática processual eleitoral é tema que surgiu da percepção do processo eleitoral como meio de tutela do direito coletivo à higidez na disputa e à probidade no exercício dos cargos.

Conquanto não seja nova a interpenetração entre os sistemas de tutela coletiva e o Direito Eleitoral, mormente na via das ações de improbidade, o sistema processual eleitoral tradicionalmente se organizou em uma perspectiva clássica e individualista de processo, o que queda hialino na própria vedação legal, patentemente inconstitucional, presente no art. 105-A da Lei das Eleições, ao uso dos procedimentos previstos na Lei de Ação Civil Pública.

Todavia, com a recente reforma eleitoral promovida pela Lei n. 13.165/2015, surge espaço para uma radical transformação de perspectiva no tocante ao processo eleitoral, capitaneado pelo novel art. 96-B. Indo além de definir uma mera hipótese de conexão, o

novo dispositivo modifica sobremaneira o sistema, levando o intérprete a refletir sobre a natureza coletiva do direito à democracia, considerados os novos modelos de conexão, litispendência e coisa julgada trazidos pela referida norma.

Assim, tomou-se como problema de pesquisa investigar como o art. 96-B da Lei n. 9.504/1997, acrescido pela Lei n. 13.165/2015, impacta a vertente coletiva do processo eleitoral brasileiro e qual o papel a ser exercido pelo Ministério Público nesse contexto.

Para tanto, inicialmente, é realizada rápida incursão na bibliografia existente sobre a natureza coletiva do processo eleitoral. Na sequência, passa-se a investigar as consequências da inclusão das ações eleitorais no microsistema processual coletivo, norteadas pelo art. 96-B nos aspectos da conexão, da litispendência e da coisa julgada. Por fim, são traçadas algumas considerações acerca da relevância da óptica coletiva eleitoral dentro do imperativo constitucional do processo adequado, apontando o papel de destaque a ser ocupado pelo Ministério Público nessa seara.

Impende salientar tratar-se de investigação descritivo-exploratória, calcada em pesquisa bibliográfica e documental, justificada pelo protagonismo do *Parquet* no processo eleitoral, pela renovada importância do Direito Eleitoral no contexto democrático pós-1988 e pela necessidade de aprofundamento das pesquisas em processo eleitoral para melhor compreensão do fenômeno da tutela dos direitos fundamentais ligados à eleição na perspectiva coletiva. A questão de fundo da pesquisa é recentíssima e ainda inexplorada na doutrina. Nesse sentido, acredita-se que a contribuição poderá ser de grande importância, dada a proximidade do pleito de 2016 e as expectativas sobre a atuação do Ministério Público na defesa das eleições livres e justas.

2 A dimensão coletiva dos direitos à democracia e a eleições livres e justas

Uma das principais consequências da historicidade dos direitos fundamentais é a dinâmica de modificação de perspectiva que

decorre de sua classificação como um sistema solidário. O reconhecimento de novos direitos implica não só a aquisição da tutela daquele interesse, mas a modificação orgânica de todo o corpo de direitos, que passa a ser relido a partir da perspectiva do novo plexo de posições juridicamente protegidas.

Isso é especialmente verdadeiro no tocante aos direitos políticos. Em um primeiro momento, o espaço político sequer reputava-se sindicável – o político e o jurídico se antepunham como gênese e produto². A releitura intensa e profunda do conceito e do papel da Constituição transforma radicalmente tal conjuntura, inaugurando a necessidade de uma nova confluência entre político e jurídico, indo além da mera procedimentalização do acesso ao poder. A Carta Magna toma, assim, a posição de meio de legitimação formal e material de seu exercício.

Em paralelo, a própria legitimação do acesso ao poder e do exercício dos direitos políticos se transforma: tanto a noção de democracia vai além do exercício do voto, para abarcar o acesso igualitário a prestações materiais que permitam seu livre exercício, como o conceito de liberdade de escolha se altera, com o robuste-

2 Explica Bercovici (2004, p. 5-24): “O conceito clássico de Constituição da segunda metade do século XIX é o de Georg Jellinek, que entende a Constituição como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado. A Constituição é estatal, pois só é possível com o Estado. O Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, consequentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos. A Constituição é também um instrumento de governo, pois legitima procedimentalmente o poder, limitando-o. A política está fora da Constituição. De acordo com o próprio Jellinek, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição, sendo admissíveis, no máximo, estudos jurídicos complementares aos políticos. Jellinek pretendeu criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade. A teoria jurídica do Estado de Jellinek, segundo Pedro de Vega, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado. O principal conceito é o do Estado como pessoa jurídica, ligado à teoria da autolimitação do Estado. Afinal, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, submetendo-se ao direito, torna-se também sujeito de direitos e deveres”.

cimento das regras da disputa política como via de preservação da justiça do certame.

Isso é particularmente destacado com o surgimento e fortalecimento da normativa internacional quanto ao tema. Antes entendidos como matéria de típica normatização interna, revestida pela soberania e, como tal, não sujeita a qualquer ingerência em termos de Direito Internacional, na medida em que a democracia passa a ser o paradigma universal legitimador do exercício do poder, os direitos políticos passam a ganhar expressa previsão em normas internacionais³. O reconhecimento dos direitos políticos como direitos humanos na seara internacional, cujas origens podem ser traçadas desde o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, deságua na formalização do compromisso como vinculante por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), de 1966, em que se lê:

Artigo 25.

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Interessante notar que, no âmbito americano, a internacionalização da democracia possui raízes mais remotas e instrumentos

3 Isso não implica dizer, todavia, nem que exista um consenso sobre o que seria democracia, nem que as prerrogativas tradicionalmente associadas às liberdades democráticas estejam universalizadas, ou até em processo de universalização. A democracia ganha, de certa forma, *status* de “religião moderna”, isto é, ideal coletivo, mas de conteúdo altamente fluido. Para mais sobre o assunto, vide Pahuja (2013).

de maior densidade do que os globais.⁴ Pode-se falar em reconhecimento formal da democracia como “causa comum na América” desde a Declaração de Princípios da Solidariedade e Cooperação Interamericana, resultado da Conferência Interamericana para a Consolidação da Paz, realizada em Buenos Aires, em 1936. Todas as conferências posteriores sob a tônica do pan-americanismo repetem previsões de igual teor, até o advento da Carta da Organização dos Estados Americanos, na qual consta como princípio o de que a solidariedade americana exige a organização política sobre a base do exercício efetivo da democracia representativa.

Ainda em 1969 é aprovado o Pacto de San José da Costa Rica, cujo art. 23 traz disposição análoga à do art. 25 do PIDCP:

Art. 23

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

4 Para um histórico completo, vide: SALAZAR, Sérgio Meza. La democracia y el Sistema Interamericano: de la Carta de la OEA a la Carta Democrática Interamericana. *Agenda Internacional*, n. 16, p. 97-122, 2002. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

Passado o hiato ditatorial das décadas de 1960 e 1970, fortalecem-se iniciativas visando ao reconhecimento do direito à democracia, culminando na aprovação da Carta Democrática Interamericana. Seu art. 1º é peremptório: “Os povos da América têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la”. A Carta é dotada de um olhar multidimensional sobre a democracia, explorando suas relações com os direitos humanos, a importância do robustecimento das instituições democráticas e a necessidade de preservação de uma cultura de democracia.

Ainda é de se citar a existência de normativa própria, no âmbito do Mercosul: além de outros mecanismos, destacam-se os Protocolos de Ushuaia I e II, prevendo consequências para a ruptura da ordem democrática na região, declarando-se que a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados-Partes.

Portanto, reconhece-se no contexto contemporâneo, de modo cada vez mais forte, a existência de um direito humano a eleições livres e justas, a ser garantido pelos Estados que participam da comunidade internacional⁵. Isso acarreta uma modificação das antigas prerrogativas políticas, associadas ao exercício individual do sufrágio. Dela decorre uma profunda releitura das antigas doutrinas de direito internacional, calcadas em prerrogativas de não

5 Explana Frack (1992, p. 46-91): “The entitlement to democracy in international law has gone through both a normative and a customary evolution. It has evolved both as a system of rules and in the practice of states and organizations. This evolution has occurred in three phases. First came the normative entitlement to self-determination. Then came the normative entitlement to free expression as a human right. Now we see the emergence of a normative entitlement to a participatory electoral process. The democratic entitlement, despite its newness, already enjoys a high degree of legitimacy, derived both from various texts and from the practice of global and regional organizations, supplemented by that of a significant number of nongovernmental organizations. These texts and practices have attained a surprising degree of specificity, given the newness of the entitlement and especially of its requirement for free and open elections”.

intervenção absolutas⁶. Ademais, a titularidade do direito à democracia ganha aspecto coletivo⁷.

Desse modo, as antigas liberdades públicas são densificadas, passando de uma leitura meramente individual, atrelada às prerrogativas de votar e de ser votado, para uma leitura coletiva. Ante a interdependência típica dos direitos humanos, o direito a eleições livres e justas passa a dialogar com outras dimensões da vida humana, sob o fundamento de ser impossível ter-se eleições livres e justas quando o ambiente mínimo de igualdade de condições aos participantes – eleitores e candidatos – não é garantido. Isso ficou patente quando da aprovação da Declaração do Milênio das Nações Unidas, em que se afirmou sobre a liberdade:

6 Leciona Beatriz Ramaciotti (2008): “Adicionalmente cabe anotar que el paradigma democrático implica intrínsecamente la existencia del ‘derecho a la democracia’, vale decir, el derecho a vivir bajo una forma democrática de gobierno y al pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales consagrados a nivel universal. Estas premisas tienen como corolario inmediato, por un lado, que los gobiernos deben respetar los elementos esenciales de una sociedad democrática como requisito *sine qua non* para la legitimidad de los mismos y, por otro, que la protección, promoción y fortalecimiento de la democracia tiene, a nivel internacional, como protagonistas principales no sólo a los Estados sino también a las organizaciones multilaterales regionales y universales. Con este renacimiento de una corriente de pensamiento a favor de la democracia, resultante en gran medida del proceso de globalización y de una creciente interdependencia a todo nivel, también se han ido transformando los esquemas tradicionales de las relaciones interestatales. Esta nueva tendencia también tiene un correlato a nivel de la doctrina, de los principios, de la costumbre internacional y de las disposiciones normativas, apreciándose una transformación radical de muchas de las normas existentes y válidas hasta hace poco tiempo en el ámbito del derecho internacional, como las referidas a la no-intervención, la independencia y la soberanía de los Estados y los requisitos para ser miembro de los organismos internacionales”.

7 Comentando o art. 25 do PIDCP, escreve Fábio Konder Comparato (2013, p. 120): “O artigo compendia os principais direitos humanos referentes à participação do cidadão no governo de seu país. É a afirmação do direito à democracia como direito humano. Faltou, porém, precisar que titular desse direito não é cada cidadão isoladamente considerado, como se se tratasse de um direito individual, mas o povo, em sua realidade orgânica. Com efeito, cada cidadão tem, por exemplo, o direito individual ao voto nas eleições políticas, mas o direito à democracia é de natureza coletiva e tem por titular o próprio povo”.

A liberdade. Os homens e as mulheres têm o direito de viver a sua vida e de criar os seus filhos com dignidade, livres da fome e livres do medo da violência, da opressão e da injustiça. A melhor forma de garantir estes direitos é através de governos de democracia participativa baseados na vontade popular.

Em síntese: também é titular do direito à democracia o povo em sua totalidade.

Harmonizada com as mudanças globais e regionais, a Constituição Federal de 1988 consagra a democracia como modelo, declarando emanar todo o poder do povo, que o exerce por meio de seus representantes (art. 1º, parágrafo único). O princípio democrático é listado entre os sensíveis (art. 34, VII, *a*), e o voto direto, secreto, universal e periódico é estabelecido como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, II). Contudo, além dessas dimensões clássicas, a democracia é contemplada de forma ampla e material, com alterações verificadas desde a topografia da Carta – agora aberta com extenso rol de direitos e garantias fundamentais –, passando pelas exigências de moralidade e probidade no exercício das funções públicas, pelos objetivos múltiplos do Estado brasileiro e pela multiplicidade de temas consagrados no título da ordem social.

Como resultado, a democracia ganha, além do sustentáculo nos direitos individuais representados no *ius suffragii* e *ius honorum*, uma dimensão difusa, ajustada perfeitamente aos caracteres descritos no art. 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor⁸.

8 Nesse sentido, esclarecem Flávio Cheim Jorge e Ludgero F. Liberato dos Santos (2012, p. 73): “Certo é que com as leis editadas no final da década de 1990 e durante a década seguinte, cujo ápice é a LC nº 135/10, o simples direito de votar passou a ser adjetivado, transformando-se no direito de votar em um devido (regular) processo eleitoral. Da mesma forma, o direito de ser votado passou a ser visto como o direito de participar de um processo eleitoral probado, diminuindo-se a confusão muito bem percebida por Rodolfo Viana Pereira quando afirma que a legislação e a jurisprudência ‘confundem o direito de participar na eleição com o direito ao devido processo eleitoral’ e acabam por ‘reduzir um direito que é por natureza público (o direito à adequada formação do regime representativo) a um direito que provém, por definição, de um título subjetivo ou particular’. Ora, mas se não há dúvidas de que o direito de votar e o de ser votado é um direito individual, dúvidas não pode haver

Apresenta-se como verdadeiro direito transindividual, de natureza indivisível, titularizado por pessoas indeterminadas, ligadas pela circunstância de estarem sujeitas ao mesmo processo eleitoral, sob o mesmo futuro governo⁹. Possui inegável dimensão transgeracional, dados os reflexos múltiplos da gestão da coisa pública, retratados de forma dramática na perenidade da produção normogênica do Legislativo e na importância das escolhas realizadas pelo Executivo. Atinge, inclusive, situações transfronteiriças, como bem expressam os compromissos democráticos de âmbito hemisférico e regional.

É nesse sentido que dois tradicionais autores brasileiros devem ser rememorados: Hely Lopes Meirelles, dentro da acepção de direito subjetivo ao governo probo que permeia a boa gestão administrativa e se potencializa na legitimidade lata da ação popular¹⁰; e Paulo Bonavides, ao registrar o direito à democracia como direito fundamental de quarta geração¹¹.

de que o direito ao devido processo eleitoral é um direito de natureza coletiva, tal como apregoa o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)”.

9 Acerca de tal espectro coletivo, escreve Adriano Soares da Costa (2009): “O que nos interessa aqui é a relação jurídica básica originada da votação, entre os eleitores (votantes ou não) e o candidato eleito. É dessa relação jurídica, certificada pelo diploma, que surge a relação intrajurídica, formada pelo direito ‘erga omnes’ do candidato eleito ao exercício de seu mandato e pelo dever de todos de suportar tal exercício. Mas essa relação é de ida-e-vinda, havendo direito de todos os cidadãos (e da população abstratamente considerada) ao exercício probo do mandato, dentre outros tantos direitos assegurados constitucionalmente (basta ver o leque de princípios do art. 37, *caput*, da CF/88, de resto aplicável aos eleitos)”.

10 Dizia Meirelles (2006, p. 130) que a ação popular é “um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparar direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto”.

11 Nas palavras de Bonavides (2004, p. 571), “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

A democracia ganha múltiplas dimensões, que vão além da colocação do voto na urna, e as dimensões tradicionais do exercício dos direitos políticos são informadas por essa nova perspectiva, que impacta o próprio conceito de cidadania. Mesmo aqueles que não votam ganham o *status* de cidadãos, representados, na dimensão democrática da escolha de representantes, pelos votantes.

Desse modo, não só o exercício probo do mandato mas sua obtenção por meio de eleições livres e justas são direitos que possuem dimensão difusa, cuja tutela exige procedimentos especiais¹².

3 A necessidade de adequada tutela jurisdicional dos direitos políticos difusos e as ações eleitorais

O direito à democracia e a eleições livres e justas traz consigo outro imperativo: o de reeleitura do plexo processual voltado a tutelá-lo.

Nesse talante, a Constituição Federal de 1988 tem como peculiaridade a preocupação com o acesso à justiça, que acarreta consequências processuais imediatas. Isso porque é reconhecido, como direito fundamental, o direito à adequada tutela jurisdicional. Como destacam Marinoni e Mitidiero (2014, p. 718), evoluiu-se de uma consideração abstrativista e generalista do direito de ação para uma ação instrumentalizada, a serviço do direito material que busca resguardar.

Dir-se-ia, em metáfora, que se passa de um modelo fordista de processo, em que a rotina fabril é generalizada e *standard*, com o fim de maximização da eficiência na linha de montagem, para um formato *toyotista*, preocupado com produtos que se adequem às necessidades de cada usuário em sua singularidade. Cada conjunto

12 Em feliz síntese de Gomes (2015): “O Direito Eleitoral é direito coletivo, pois tutela os direitos políticos dos cidadãos, que são direitos difusos, quais sejam, o sufrágio universal, o voto, e a capacidade ativa e passiva do cidadão. Portanto, esse ramo do Direito tutela direitos coletivos e direitos individuais do cidadão. Na dimensão difusa, pelos interessados difusos, e na coletiva *strictu sensu*, pelos filiados a Partidos Políticos, e, ainda, na individual, como o direito de votar e ser votado”.

específico de direitos materiais é visto em termos de igualdade geométrica, servindo-lhe determinadas técnicas, adaptadas à relevância, celeridade, imperatividade e interesses que os circundam.

O processo de observância do referido direito fundamental, vertical de repercussões horizontais, dá-se em dois níveis: no Legislativo, pela criação de normas gerais e abstratas, prevendo procedimentos específicos ajustados às necessidades materiais; no Judiciário, pela adequação, em concreto, da normativa aplicável a determinado caso, inclusive na utilização dos meios tradicionais para colmatar lacunas legislativas. A inobservância de qualquer desses deveres pode ser objeto de controle: o excesso ou a omissão judicial, dentro das vias ordinárias recursais; o excesso ou a omissão legislativa, por algum dos mecanismos de controle de constitucionalidade, seja na via abstrata, seja em concreto.

Como já referido no tocante aos direitos políticos, o reconhecimento das dimensões coletivas de direitos é uma realidade ainda relativamente recente se comparada ao arcabouço já construído em termos de direito processual individual: data da segunda metade do século passado e ainda é um movimento que toma força. A essa transformação dos direitos deve corresponder uma modificação dos instrumentos para a sua concretização, por meio de novas formas criativas de demanda e efetivação.

Um marco, nesse sentido, é o clássico trabalho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre as ondas de acesso à justiça, publicado em 1978. Os estudiosos classificaram o acesso à justiça em três ondas: a primeira, calcada na assistência judiciária aos desfavorecidos; a segunda, na construção de mecanismos de tutela de direitos difusos e coletivos; e a terceira, na adaptação das estruturas processuais e extraprocessuais para adequação a novas realidades, por exemplo, por meio da especialização.

Para fins deste estudo, importam em especial as considerações desses estudiosos sobre a inadequação das formas tradicionais de litigância civil aos direitos difusos, no que tange, por exemplo, à legitimidade para agir, ao próprio procedimento e ao papel do juiz no processo, acarretando a necessidade de concessão de capacidade

ativa a novas coletividades e de adaptação de institutos tradicionais, como o da coisa julgada (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 209-210).

Interessante notar que, de certa maneira, tal necessidade de especialização já era sentida no contexto do Direito Eleitoral. Um dos elementos típicos da terceira onda, consoante Cappelletti e Garth, é a especialização de ramos judiciários, presente no nascedouro da Justiça Eleitoral brasileira, quando da vitória da Revolução de 1930. A previsão de um ramo judicial próprio responsável pela organização do escrutínio e apreciação de seu contencioso já servia como ponto de facilitação do acesso à justiça, equilibrando conjuntos de interesses com o fim de alcançar a lisura no pleito.

O foco deste estudo será a conformação das ações eleitorais que visam a resguardar o direito a eleições livres e justas com a sanção mais drástica – a perda de mandato. Isso porque, conquanto seja possível argumentar a relação entre as diversas modalidades de representações e a higidez do escrutínio, é no afastamento do mandatário do exercício do cargo que o interesse coletivo se mostra mais intenso. Todavia, a lógica que será demonstrada se estende a outras ações, como as atinentes à propaganda e ao direito de resposta, porque, na seara eleitoral, tais institutos ganham inafastáveis notas coletivas e se voltam eminentemente à tutela do direito coletivo, ainda que por meio da preservação dos direitos dos particulares envolvidos.

Um primeiro traço de destaque é o caráter absolutamente policêntrico – e por vezes desconexo – do arcabouço normativo alusivo às ações eleitorais, a envolver múltiplos instrumentos, disposições pré e pós-constitucionais e diplomas de diferentes categorias hierárquicas. Tal contexto, em si pernicioso, dada a dificuldade em termos de informação e operabilidade, é agravado pelo número constante de reformas, cuja frequência muitas vezes supera à do ciclo eleitoral mais comum do Brasil, de quatro anos. A tendência geral de quem trava o primeiro contato com a disciplina é de perplexidade.

Apesar disso, chama a atenção que, desde o advento do Código Eleitoral até os dias de hoje, houve um esforço de construção e aperfeiçoamento dos ritos processuais atinentes à cassação de registro, de diploma e de mandato por irregularidades atinentes ao escrutínio.

O Código Eleitoral, datado de 15 de julho de 1965, ainda é marcado por uma visão individualista de direito, típica da modernidade, mesmo que parcialmente ajustada à tutela do interesse público envolvido na aplicação da legislação eleitoral. Percebe-se a preocupação do legislador em manter a coesão dentro da circunscrição eleitoral – ao prever, por exemplo, a prevenção nos tribunais calcada na origem do recurso (art. 260) e buscar seu julgamento e execução conjuntos (art. 261) –, mas, como o paradigma processual então vigente era fortemente calcado na lide clássica, manteve o processo como anteposição entre indivíduos que recorrem ao Estado-Juiz para composição de seus interesses.

Como não podia deixar de ser, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) traz em si as escolhas típicas dessa óptica (MAZZILLI, 2015). A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Eleitoral, por sua vez, o manteve atrelado ao modelo individualista. Tal estado de coisas sempre gerou dificuldades, levando a doutrina a deixar patente que, inobstante aplicável subsidiariamente, nem todos os institutos processuais do CPC/1973 se ajustavam à lógica do processo eleitoral (vide, por exemplo, Veloso e Agra, 2010, p. 345).

O novo Código de Processo Civil (CPC/2015), conquanto modernize em vários aspectos o processo brasileiro, não dista do paradigma individualista. Como alerta Mazzilli (2015), conquanto já aberto ao processo coletivo – como seu antecessor não podia ser, por razões históricas –, o CPC/2015 é preocupado primariamente com os conflitos individuais, ainda que inovador em sua resolução por amostragem e teses. Subsiste o microsistema processual coletivo esparsa e policêntrico, fora da codificação.

Diante do paralelo aperfeiçoamento da regulamentação processual dos processos coletivos, contudo, vêm ganhando corpo posições de vários intérpretes do Direito Eleitoral a destacar os direitos coletivos envolvidos nas lides eleitorais, atraindo a incidência do microsistema processual coletivo.

Essa situação decorre da própria afirmação do direito à adequada tutela jurisdicional aos processos eleitorais. O legislador tem

como dever customizar apropriadamente os ritos processuais eleitorais, em termos de legitimidade, de procedimentos, de poderes e de ônus, sob pena de violação dos direitos, fundamentais e humanos, à democracia e a eleições livres e justas. Da mesma forma, os intérpretes, diante das lacunas e omissões, devem se valer dos meios mais adequados à disposição, para fortalecer o ajuste entre processo e direito material na seara eleitoral, surgindo com especial relevo a aplicação subsidiária do microsistema processual coletivo.

Tal posicionamento, frise-se, ainda não prevalece de forma tranquila e inquestionável, surgindo daí soluções casuísticas para lidar com o imperativo de interesse público (e, mais acertadamente, coletivo) típico das lides eleitorais. Cite-se, a título de exemplo, a problemática da desistência do recurso nas ações eleitorais, sobre a qual veio pronunciar-se o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quando do exame dos agravos regimentais no Recurso Especial Eleitoral n. 87-16¹³.

No referido caso, candidato a vereador que interpusera recurso especial contra o deferimento do registro de candidatura a prefeito do candidato que veio a sagrar-se vencedor no escrutínio desistiu do referido recurso após o parecer do Ministério Público por seu provimento, sem fundamentar o ato. O pedido foi homologado pelo então relator, ministro Marco Aurélio, decisão contra a qual foram aviados agravos regimentais, nos quais se argumentou impossível a desistência por tratar-se de matéria de ordem pública com natureza constitucional – a elegibilidade do candidato eleito. Intimado pelo ministro Gilmar Mendes, que substituiu o relator anterior, o Ministério Público manifestou interesse em assumir o polo ativo da demanda. O ministro Gilmar Mendes, em Plenário, reconsiderou a decisão agravada, assentando tratar-se de hipótese de substituição processual e citando precedentes calcados no papel de fiscal da lei do *Parquet*. No mesmo sentido manifestaram-se

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal Pleno. Agravos Regimentais no Recurso Especial Eleitoral 87-16.2012.6.19.0157/RJ. Julgado em 4 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>.

expressamente os ministros Henrique Neves e Dias Toffoli, tendo sido o relator acompanhado pelos demais.

Ocorre que, calcando-se o poder de assunção da lide na função de fiscal da lei, toda e qualquer ação seria passível de tal remessa, perdendo sentido a desistência e a renúncia como reflexos do postulado da disponibilidade. Mesmo se fundado esse poder apenas na noção de interesse público, a previsão ainda é fraca diante da gama de interesses tidos por públicos e da própria carestia de fundamentação legal nesse talante.

Já se considerado o microsistema processual coletivo, salta aos olhos a previsão do art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985, possibilitando ao Ministério Público ou a outro legitimado a assunção da titularidade ativa da ação em caso de desistência infundada por associação legitimada. Isso porque o candidato impugnante age, no processo de registro, como verdadeiro legitimado extraordinário na defesa da higidez do pleito. Ante o seu recuo, não só o Ministério Público mas qualquer legitimado extraordinário para a ação poderiam assumi-la.

Não se pretende aqui defender uma aplicação linear do microsistema processual coletivo ao processo eleitoral. Como já dito, ainda que não classificado como tal em sua origem, o processo eleitoral sempre foi processo coletivo, conformado por meio de uma série de escolhas e previsões a fim de ser, simultaneamente, célere e efetivo, aí considerados os legitimados, os prazos e as limitações preclusivas múltiplas. Impende, porém, ao reconhecer-se a natureza coletiva do direito a eleições livres e justas, que o intérprete, quando diante de espaços hermenêuticos aptos a suscitar dúvidas, escolha o procedimento ou a via mais adequada para preservar também o direito em seu viés difuso, valendo-se, primeiramente, dos mecanismos do microsistema processual coletivo sempre no que compatíveis com a axiologia eleitoral¹⁴.

14 Alertam Jorge e Santos (2012, p. 76): “Com efeito, sendo o objeto da ação eleitoral de natureza coletiva, há que se aventar sobre a aplicação subsidiária às disposições legais existentes, o microsistema processual coletivo, para resolver questões tais como a reunião de processos, a desistência da ação com a retomada por outro legi-

Provavelmente, por temor às potencialidades resultantes da proclamação do caráter coletivo do direito à democracia – que no Brasil, historicamente, foi mantida como jogo e privilégio de alguns –, o legislador faltou com seus deveres perante o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada ao vedar, de forma sumária, no art. 105-A da Lei n. 9.5074/1997, inserido pela Lei n. 12.034/2009, a utilização em matéria eleitoral dos procedimentos previstos na Lei da Ação Civil Pública.

O dispositivo, patentemente inconstitucional¹⁵, como já reconhecido por alguns dos membros do TSE¹⁶, é questionado na ADI n. 4.352. Nela já se manifestou a Procuradoria-Geral da República pela procedência do pedido quanto à referida norma. É importante destacar o seguinte argumento, presente no parecer, de lavra da dra. Déborah Duprat, com aprovo do dr. Roberto Gurgel: a legitimação do *Parquet* para promover o inquérito civil e a ação civil pública passou a constituir prerrogativa constitucional da Instituição, assegurada pelo art. 129, III, nada impedindo que os elementos que embasaram a propositura de ação civil pública, colhidos em inquérito civil, sejam utilizados para subsidiar o com-

timado, a litispendência e a existência de coisa julgada – institutos esses que não encontram regramento nas leis eleitorais. Veja-se que, sem se socorrer ao direito processual coletivo para explicar a legitimação ativa das ações eleitorais, torna-se injustificável a ausência de legitimação do eleitor, participante do processo eleitoral, para o manejo destas. A não aplicação de algumas técnicas coletivas quanto à coisa julgada, a legitimidade para agir cria uma manifesta ausência de harmonia entre direito material e o instrumental colocado à disposição de sua proteção. Essa aplicação, entretanto, não pode ser feita sem um aprofundamento teórico, sem debates que permitam visualizar quais seriam os limites dessa possibilidade, uma vez que a integral aplicação do microssistema processual coletivo formado pelas leis n.º 7.437/86 e n.º 8.078/90 pode ser incompatível com a celeridade que se exige da Justiça Eleitoral, como ocorreu com a própria aplicação do CPC à Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Falta, portanto, segurança jurídica”.

15 Ante o escopo próprio deste artigo, remete-se o interessado à leitura de Guimarães (2013).

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal Pleno. Recurso Especial Eleitoral 545-88.2012.6.13.0225/MG. Julgado em 8 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>.

bate a ilícitos de natureza diversa, atingindo a referida restrição os princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico.

Assim, até o advento da Lei n. 13.165/2015, o legislador brasileiro não só se mostrou avesso a reconhecer a natureza coletiva do direito a eleições livres e justas, como também tentou afastar da seara eleitoral um dos instrumentos de maior potencial para tutelá-lo, em atitude absolutamente contrária à Carta Magna.

Sem embargo, o advento do art. 96-B gera substancial mudança no quadro até então instalado, sendo imprescindível, para a perfeita compreensão da norma, o olhar típico do processo coletivo.

4 O art. 96-B da Lei n. 9.504/1997 como reconhecimento da dimensão coletiva do processo eleitoral e suas consequências

Não obstante o ambiente legislativo árido à aplicação da Lei n. 7.347/1985 na seara eleitoral, com o advento da Lei n. 13.165/2015, a conformação do contencioso eleitoral claramente se filia a institutos típicos do processo coletivo. Eis o disposto no art. 96-B, enxertado na Lei n. 9.504/1997:

Art. 96-B. Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira.

§ 1º O ajuizamento de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão ainda não transitou em julgado, será ela apensada ao processo anterior na instância em que ele se encontrar, figurando a parte como litisconsorte no feito principal.

§ 3º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas.

O primeiro ponto a se destacar do referido dispositivo é o comando de reunião, para julgamento conjunto, das ações sobre o mesmo fato, prevento o juízo que recebeu a primeira. O dispositivo comporta leitura em dois aspectos: o da conexão (inclusa a continência) e o da litispendência.

Como nos alertam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 149), conexão “é uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais”. Pressupõe demandas diversas, conquanto propínquas, e depende de previsão e vontade legislativa, ou seja, existe na forma e previsão legislativamente escolhidas. Por sua vez, a continência é, no Brasil, hipótese especial de conexão, prevista no art. 104 do CPC/1973 (art. 56 do CPC/2015) e, de forma tácita, no art. 2º, parágrafo único, da Lei de Ação Civil Pública. A litispendência revela-se quando se reproduz causa anteriormente ajuizada, ainda em curso (art. 301, §§ 1º e 3º, do CPC/1973; art. 337, §§ 1º e 3º, do CPC/2015). Ambos os códigos citados reputam conexas as ações que comungam de mesmo pedido e causa de pedir, e idênticas as ações com as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

As duas definições já eram criticadas pela doutrina antes do advento do novel Código. No tocante à conexão, apontam Didier Jr. e Zaneti Jr. ser pressuposta em múltiplos institutos processuais, a exemplo da reconvenção, e com critérios diferentes em cada hipótese. Quando a tônica é a modificação de competência, inadequada a visão tradicional da conexão, no que veio a ser chamada teoria materialista, ao defender-se que há a possibilidade de conexão calcada em outros fatos que não pedido e causa de pedir, consoante a relação jurídica de direito material discutida em cada ação. Tal entendimento, inclusive já foi albergado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁷.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 1.221.941/RJ. Julgado em 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

O CPC/2015, apesar de ainda trazer a definição tradicional de conexão, previu a possibilidade de reunião para julgamento conjunto dos processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles (art. 55, § 3º).

Por sua vez, sobre a litispendência, a doutrina também reputa limitada a definição legal, pois há a possibilidade de, mesmo sem a tríade identitária, submeter-se a mesma situação jurídica controvertida ao Judiciário. Isso é especialmente verídico no caso dos processos coletivos, pois aqueles que se apresentam em juízo não são propriamente titulares do direito material que se busca tutelar. Independentemente de adotar-se a linha da legitimidade extraordinária ou da legitimidade autônoma coletiva, queda patente a dissonância entre a relação processual e a material. Não custa lembrar que, habitualmente, classifica-se a legitimidade ativa coletiva em extraordinária, concorrente e disjuntiva e isso faz com que a mesma situação jurídica substancial seja deduzida por agentes diversos.

As duas críticas conduzem a um alerta quanto aos efeitos da conexão e da litispendência. Costuma-se atribuir à primeira a consequência da reunião dos feitos para julgamento conjunto, e à segunda, da extinção do feito posterior. A associação, inicialmente simples, torna-se simplória e equívoca. De um lado, a conexão pode, seja por envolver matérias de competência absoluta, seja por tumulto processual, não levar nem à prorrogação da competência, nem à apreciação simultânea. De outro, extinguir o segundo feito pode levar a uma afronta aos princípios da efetividade e do acesso à justiça, alijando o legitimado de atuar na defesa da prerrogativa que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico.

No contexto do processo coletivo, as críticas encontraram campo fértil para florescer e gerar condicionantes e ganharam abrigo na jurisprudência¹⁸. Para evitar que decisões atinentes a direitos

18 Vide, a título de exemplo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.455.777. Julgado em 3 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

difusos e coletivos gerem respostas contraditórias, o que, considerada a relação jurídica material, tem potencial extremamente perigoso, a observância do conceito alargado de conexão se mostrou bastante apropriada. Quanto à litispendência, considerando poder revelar-se em demandas ajuizadas por autores diversos, a extinção do segundo feito iria de encontro à economia processual, pois, não obstante a extinção da segunda ação, provavelmente levaria o segundo autor a requerer sua habilitação como litisconsorte na primeira demanda. Tal quadro recomenda como solução a simples reunião dos processos.

É de se destacar, ainda, atípica a tutela de direitos coletivos, na forma do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor. Isso permite que se utilizem meios diversos para defender o mesmo direito, como a ação civil pública sobre temários de ação popular, revelando-se o fenômeno apodado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 401.964¹⁹ de ação popular multilegitimária.

Passando propriamente ao art. 96-B, percebe-se que ele supera o sistema de ações eleitorais estanques, ajustando-se, simultaneamente, à teoria materialista da conexão e à teoria da situação jurídica substancial em termos de litispendência. O fato examinado é o referencial escolhido, o que possibilita a reunião de instrumentos diversos de atuação eleitoral, como, por exemplo, ações de investigação judicial eleitoral e de impugnação de mandato eletivo versando o mesmo fato enquadrado como abusivo.

Nesse sentido, veio no espaço do processo eleitoral a consagração legislativa dos modelos diferenciados de conexão e litispendência no processo coletivo. Não só isso: fez-se também a opção, entre as correntes então divergentes, acerca do que seria melhor quando se estiver diante da litispendência: não distinguiu o artigo entre os institutos quanto aos efeitos, determinando a reunião dos feitos, figurando o segundo autor como litisconsorte no feito principal.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 401.964. 1ª Turma. Julgado em 22 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

Também discrimina o art. 96-B qual o critério de competência a ser observado: estará prevento o juiz ou relator que tiver recebido a primeira ação. É de se salientar aqui, como lecionam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014, p. 151), absoluta e cognoscível de ofício a necessidade de tal reunião. Perceba-se, de modo interessante, que por previsão expressa tal prevenção poderá modificar inclusive um critério de competência absoluto – o funcional – na medida em que é neutro o fato de encontrar-se o processo em instância diversa.

Essa possibilidade, contudo, deve ser vista sistemicamente, o que implica sua inadmissão quando já esgotada a instância ordinária. Isso porque, de modo contrário, haveria burla à própria lógica nomofilática dos recursos de natureza extraordinária, guindando questões fáticas para Cortes de harmonização jurídica.

É interessante perceber como, de certa forma, o Código Eleitoral já se preocupava com essa noção holística inerente às eleições quando, no art. 261, § 4º, determina ao juízo comunicar, na medida em que os recursos sobre o pleito sejam aduzidos e enviados à Corte Regional, quais os já remetidos e os ainda por remeter.

É de se destacar que a reunião de processos é potencializada no processo eleitoral. Na perspectiva tradicionalmente advogada no bojo da tutela coletiva brasileira, não se admite a alteração objetiva do processo após a citação do réu, sem seu consentimento, e, em nenhum caso, após o saneamento, nos mesmos moldes previstos para as ações individuais (art. 264 do CPC/1973, art. 329 do CPC/2015).

Por outro lado, o art. 96-B, ao determinar compulsoriamente a reunião das ações, implicitamente conduz, sob pena de afronta ao acesso à justiça e à efetividade, que ocorram alterações objetivas da demanda aduzida, inclusive alargados causa de pedir ou pedido. Isso porque o novo litisconsorte não pode ser cerceado em seu direito de agir e postular a prestação jurisdicional. Assim, é consequência do novo modelo a autorização para que, nos momentos em que seria adequado o ajuizamento de nova ação eleitoral, os litisconsortes – ou até mesmo o autor originário –, em vez de novo ajuizamento, habilitarem-se como litisconsortes ou aditem a petição inicial, observada sempre a necessidade de serem versados

os mesmos fatos, com ampla iniciativa probatória. Mesmo fora de tais momentos, podem habilitar-se, mas sem os mesmos poderes de modificação objetiva da demanda.

A título de exemplo, imagine-se o ajuizamento, contra certo candidato a prefeito, antes da eleição, de representação por captação ilícita de sufrágio, calcada em eventos envolvendo certos vereadores. Se o réu sagrar-se vencedor e for diplomado, caberá, nos quinze dias após a diplomação, aditar-se a ação, ou habilitar-se nela assistente litisconsorcial, arguindo, com base nos mesmos fatos, a ocorrência de corrupção, na forma do art. 14, § 10, da Carta Magna.

Essa mudança radical no paradigma processual, consentânea com a celeridade exigida desse ramo especializado, pode ser uma importante contribuição do Direito Eleitoral para o processo coletivo. Em múltiplos projetos de codificação processual coletiva, essa alteração ulterior dos elementos objetivos da demanda era sugerida, inclusive em instâncias superiores²⁰. Isso não significa, porém, que não haverá controle: cumpre ao magistrado, sempre tendo em mente a boa-fé dos envolvidos, caso entenda resultar tumulto excessivo ou desarmonia entre os novos pleitos e os já formulados, separá-los, remetendo os posteriores para processamento regular; e, se aceitar, observar os imperativos de ampla defesa e contraditório do réu.

20 Memoram Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014, p. 151): “O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América adota solução também mais ampliativa: ‘Art. 10. [...] § 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. § 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado’. Em sentido semelhante, o CBPC-UERJ/UNESA: ‘Art. 15. Pedido. O juiz permitirá até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado’. O CBPC-IBDP adota solução parecida: ‘Art. 5º, parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, observado o parágrafo 3º do artigo 10”.

Essa configuração acaba por apontar, além da superação do entendimento da impossibilidade de reconhecimento de conexão e litispendência entre ações eleitorais, certo equívoco em posição até aqui defendida pelo TSE no tocante à habilitação de litisconsortes, que demonstra as consequências da utilização do modelo individualista do processo na seara eleitoral. O interesse na habilitação como assistente tem sido verificado sempre tendo por base o imperativo de interesse direto do requerente no deslinde da causa. Exemplo disso são os pedidos de ingresso de candidatos derrotados em eleições majoritárias contra o primeiro colocado. Admite-se apenas a intervenção do segundo colocado se, no caso da procedência, venha a assumir o cargo, admissão feita na qualidade de assistente simples²¹.

Ocorre que, considerada a natureza coletiva das demandas eleitorais, aplica-se a elas as mesmas regras das demais ações coletivas.

Considerado, então, que partidos e candidatos atuam como legitimados especiais no tocante ao direito à higidez das eleições, qualquer um deles, independentemente da posição obtida no pleito, pode habilitar-se, na condição de litisconsorte, nas ações coletivas eleitorais, não fazendo sentido perquirir sobre suposto interesse direto na causa.

Os argumentos até aqui expendidos já foram parcialmente analisados pelo TSE quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 3-48²², relatado pelo ministro Henrique Neves. Nele, a Corte assentou ser possível o reconhecimento da litispendência entre ações de investigação judicial eleitoral e impugnação a mandato eletivo, calcada explicitamente na teoria da identidade da rela-

21 Nesse sentido, entre outros: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 11-18.2008.6.18.0041. Julgado em 6 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>.

22 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 3-48.2013.6.12.0036. Tribunal Pleno. Julgado em 12 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>.

ção jurídica-base entre as demandas, extinguindo a derradeira em face da existência da primeira.

Desse precedente, extraem-se alguns pontos importantes. O primeiro é o reconhecimento, no voto do ministro Henrique Neves, da natureza coletiva do processo eleitoral:

No processo contencioso eleitoral – em especial aquele voltado a desconstituição do registro, do diploma ou do mandato –, assim como nas ações coletivas, as pessoas legitimadas são previstas na legislação própria, *vg*, os arts. 30 e 22 da Lei Complementar n° 64, de 1990. E, em suma, na maioria das vezes, os autores não comparecem em juízo para defender direito que lhes seja exclusivamente próprio; deduzem, a rigor, pretensão voltada a tutela de interesses de toda a coletividade, não cabendo, por isto, obstar a participação sempre desejada do Ministério Público Eleitoral.

Veja-se, por exemplo, o caso da ação de investigação judicial eleitoral, em que, não obstante a multiplicidade de legitimados, nenhum deles pode se apresentar como o titular exclusivo do direito afirmado em juízo, atinente a legitimidade e a normalidade do pleito eleitoral. O mesmo sucede com a ação de irrupção de mandato eletivo, cujo objeto diz respeito a moralidade e a legitimidade para o exercício do mandato.

A premissa acima se mostra verdadeira nos mais variados casos de ilícitos eleitorais com aptidão para ensejar a cassação: i) art. 30-A da Lei n° 9.504/97 (moralidade no que tange aos gastos de campanha); ii) art. 41-A da Lei n° 9.504/97 (liberdade do exercício do voto); iii) representação por conduta vedada (normalidade do pleito e igualdade de chances) e iv) art. 262 do Código Eleitoral (moralidade para o exercício do mandato). Em todas essas situações, os diversos legitimados não pleitearam direito próprio, mas, sim, direito da coletividade para o qual são legitimados por disposição legal, juntamente com o Ministério Público Eleitoral.

O segundo é a manifestação da ministra Luciana Lóssio no sentido da aplicabilidade imediata do art. 96-B, que, no entanto, foi afastada em nome da extinção da segunda ação, entre outros

fatores, pelo fato também de a primeira ação já se encontrar com recurso especial pendente. É alvissareiro, do quadro, a aproximação da Corte da sistemática do processo coletivo, que, entendemos, amplia as potencialidades do contencioso eleitoral.

Um outro ponto atinente ao art. 96-B é a previsão de coisa julgada *erga omnes e secundum eventum probationis*. Ocorre, no § 3º do dispositivo, ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada, e exige-se do legitimado que propuser nova demanda sobre os fatos já apreciados no Judiciário o ônus de demonstrar a existência de novas provas. Novamente, verifica-se uma aproximação com a normativa já existente sobre direitos difusos.

Um cuidado deve ser tomado no contexto da formação da coisa julgada. Os diversos ilícitos eleitorais possuem certa abertura e indefinição quanto à sua caracterização, cujo vislumbre deve dar-se no caso concreto a partir das respectivas premissas. É truísmo afirmar ser o fato jurídico decorrência de apreciação valorativa do fato naturalístico (este também sujeito a certa subjetividade apreciativa), mas, no caso do Direito Eleitoral, mesmos fatos podem ser enquadrados em ilícitos diversos, com consectários próprios. Assim, determinada oferta de vantagem pode não se ajustar à captação ilícita de sufrágio, mas, por sua dimensão e reiteração, refletir abuso de poder econômico. O dispositivo não pode ser interpretado como a obstar o ajuizamento de nova ação, ainda que calcada nos mesmos fatos, quando esses não foram apreciados na óptica agitada na nova demanda. Do contrário, haveria indevida violação ao princípio do acesso à justiça. Em síntese: os mesmos fatos naturalísticos, em roupagens jurídicas diversas, podem, mesmo se já objeto de crivo anterior, suscitar novas ações.

Interessante também salientar um efeito secundário relevante da sentença: tornar certa, na forma do art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a obrigação de indenizar. Como elucidada Teori Zavascki (2009, p. 68), “reconhecida a responsabilidade do réu por infrações que causem lesão a direitos de natureza transindividual, fica desde logo afirmada também a sua responsabilidade pelos danos individuais, materiais ou morais, decorrentes do mesmo evento”.

Essa questão é crucial diante da nova redação dada pela Lei n. 13.165/2015 ao art. 224, § 4º, do Código Eleitoral, no que atribui à Justiça Eleitoral a responsabilidade de custear as renovações de eleições. O dispositivo é patentemente inconstitucional, indo de encontro ao disposto no art. 37, § 5º, da Carta Magna, defluindo a obrigação de indenizar diretamente do título judicial em que reconhecida a invalidação do pleito pelo cometimento de ilícito eleitoral.

5 O papel do Ministério Público no processo eleitoral coletivo

Especial nota deve ser feita no tocante ao papel conferido pelo § 1º do art. 96-B ao Ministério Público.

O Órgão já fora profundamente impactado no advento da Constituição Federal de 1988, ganhando instrumental próprio na defesa do interesse público primário. Tal vertente modificou seus deveres-poderes nos campos do processo coletivo e do processo eleitoral.

Na primeira esfera, o constituinte, preocupado com os meios de efetivação do novo plexo de direitos que garantiria o projeto de democracia material delineado na Carta, atribuiu cariz constitucional à legitimidade ativa do Órgão para a defesa dos interesses sociais, no art. 127, e constitucionalizou a ação civil pública, no art. 129, inciso III, incluindo, de forma abrangente, outros interesses difusos e coletivos. Tal axioma conduz ao máximo alargamento da legitimidade ministerial para atuação no campo do processo coletivo (ZAVASCKI, 2009, p. 127) e informa as leis sobre processo coletivo, por exemplo, na obrigatoriedade de acompanhar as ações civis públicas, ainda que na qualidade de *custus legis*, e eventualmente assumir sua condução (art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 7.347/1985), e no imperativo de acompanhar a ação popular, apressando a produção da prova e promovendo a responsabilização dos envolvidos (art. 6º, § 4º, da Lei n. 4.717/1985).

No que tange ao Direito Eleitoral, o constituinte foi além, estabelecendo como missão a defesa do regime democrático (art. 127) e o dever de zelo pelo efetivo respeito, pelos poderes públicos

e serviços de relevância pública, aos direitos assegurados constitucionalmente, logicamente incluídos os civis e políticos (art. 129, II). Assim, também no tocante ao Direito Eleitoral e Partidário, o Ministério Público deve ser dotado de amplos poderes, com legitimidade geral para promover as respectivas ações. Essa diretriz deve igualmente conformar e dar conteúdo à legislação eleitoral e orientar sua interpretação, o que, porém, nem sempre se observa²³.

O Brasil veio, portanto, a fazer a escolha por um modelo pluralista de legitimidade ativa para os processos coletivos em geral e para o contencioso eleitoral em particular, tentando, dessa forma, fixar do modo mais amplo possível a defesa dos direitos difusos, em especial os direitos à democracia e a eleições livres e justas²⁴.

O § 1º do art. 96-B, de um lado, explicita essa legitimidade geral e irrestrita do Ministério Público, deixando claro que a atuação dos particulares não impede a do Ministério Público no mesmo sentido, o que deflui, como já dito, do quadro constitucional em si.

A norma, porém, deve ser lida também em consonância com o mandamento de reunião de feitos previsto no *caput*. Tal previsão se harmoniza com a celeridade e a economia imprescindíveis

23 Casos clássicos dessa inobservância são a limitação das representações por propaganda partidária apenas aos partidos políticos, na forma do art. 45, § 3º, da Lei n. 9.096/1995, com redação conferida pela Lei n. 12.034/2009, declarada inconstitucional em interpretação conforme dada pelo STF na ADI n. 4.617; e o entendimento do TSE no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para recorrer contra o deferimento de registro quando não o impugnou na origem, superada pelo STF no julgamento, em repercussão geral, do ARE 728.188.

24 Interessante notar que certa defesa do modelo pluralístico já era feita por Cappelletti e Garth na década de 1970 (1978, p. 222): “There must indeed be a ‘mixed’ or ‘pluralistic’ solution to the problem of representing diffuse interests. Such a solution, of course, need not be embodied in a single reform proposal. What is important is to recognize and confront the basic problem in this area: to restate it simply, these interests require effective private group action whenever possible, but private groups are not always available and are often difficult to organize. Hopefully, combinations of such devices as class and group actions, the public interest law firm, the public counsel, and the public advocate can help overcome this problem and lead to the effective vindication of the rights of diffuse interests”.

ao processo eleitoral, que já se inicia com tempo exíguo. Todo e qualquer tempo em que alguém é mantido ou afastado do mandato irregularmente é, em si, uma violação irreversível a direitos de toda a coletividade. Todavia, o processo eleitoral está também sujeito às paixões políticas e mudanças de cenário típicas do exercício do poder. Atrelar o Ministério Público aos feitos já ajuizados pelos particulares, forçando uma reunião universal do *Parquet* com os demais legitimados, seria não só arriscado (dada até a possibilidade de uma ação propositalmente envenenada para desaguar em improcedência e neutralizar provas) mas afrontoso à autonomia, independência e liberdade ínsitas ao bom exercício da missão institucional.

Assim, a previsão deve ser lida como também a permitir ao Ministério Público, tendo em mente o interesse público, optar entre ingressar no feito já formalizado pelo particular – seja como litisconsorte, seja até interpondo recurso contra decisão desfavorável – ou formalizar nova ação. Isso, em consequência, impacta nas disposições dos demais parágrafos, impedindo que o processo ajuizado pelo Ministério Público seja guindado pelo anteriormente aviado por particulares ou atingido pela coisa julgada formada em feito diverso.

Essa dissensão em relação ao sistema geral de tutela coletiva justifica-se em razão dos valores específicos protegidos no Direito Eleitoral e reflete o direito fundamental à adequada tutela jurisdicional. Realizou o legislador correta ponderação: o sacrifício em termos de economia e celeridade é pequeno, e o risco de decisões contraditórias suavizado até pela possibilidade de prova emprestada e pelo papel de fiscal da lei que ainda é preservado nas ações formalizadas pelos particulares.

6 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.507 – críticas e consonâncias

Uma última nota deve ser acrescida nesta digressão. Foi ajuizada, em 29 de abril de 2016, pelo Procurador-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.507, na qual se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade formal e material do art. 2º da Lei n.

13.165, de 29 de setembro de 2015, referente ao trecho que incluiu, na Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, o art. 96-B, e, subsidiariamente, atribuição ao art. 96-B, § 3º, de interpretação conforme.

O vício formal se deveria ao fato de o art. 96-B ter modificado a competência da Justiça Eleitoral, matéria reservada à lei complementar pela Constituição. Já o vício material se traduziria em afronta ao devido processo, por resultar do dispositivo supressão de instância. Ademais, pede-se, caso rejeitado o requerimento de retirada do dispositivo do ordenamento jurídico, que se lhe confira interpretação conforme, a fim de clarificar que os mesmos fatos naturalísticos podem ganhar dimensões diversas a depender do ilícito eleitoral arguido, e que nesses casos não incidiriam as limitações citadas no artigo.

A Advocacia-Geral da União, na defesa da norma, destaca que não se trata de competência, mas dos institutos correlatos da conexão, continência e litispendência, que podem ser tratados na legislação ordinária, como já o faz o Código de Processo Civil, aplicável às ações eleitorais. Acresce resultar as novas normas do imperativo da celeridade inerente à Justiça Eleitoral, remediando problemas decorrentes da atribuição da legitimidade disjuntiva e concorrente a diversos agentes para a formalização das ações eleitorais.

No tocante ao pleito de interpretação conforme, o entendimento que o Procurador-Geral da República pretende que seja fixado se coaduna com o já defendido neste trabalho na quarta sessão: fatos naturalísticos ganham compreensão jurídica em juízos valorativos e, se considerados ilícitos diversos, não se pode obstar a marcha de uma ação pela existência de outra, porque calcadas em requisitos diversos.

Não concorda este autor, porém, com as demais colocações. Como bem salientado pela AGU, conexão, continência e litispendência, conquanto impactem na competência, não são em si definidoras desta, e sempre se admitiu modificações da competência eleitoral com base em tais fenômenos, calcadas no Código de Processo Civil. O que o legislador fez foi simplesmente definir normas próprias ao ramo eleitoral, mais coadunadas com o axioma

da adequada tutela jurisdicional, como era seu dever, considerado o direito difuso à democracia.

Também nada há de ofensa ao devido processo legal. Parte-se na petição inicial de um modelo de devido processo clássico, norteado no paradigma individual, que por isso não concebe a possibilidade de modificações objetivas e subjetivas da relação processual no curso da demanda. Contudo, não existe forma ideal, pronta e acabada, de devido processo. Este é definido consoante o tipo de tutela jurisdicional buscada e, como já registrado em outros códigos modelos de processo coletivo, é a necessidade de concentração das demandas, a prevalência da decisão de mérito e a preservação do meio processual coletivo que conduzem a tais modificações. Nada além da estranheza justifica a rejeição a tais inovações.

7 Considerações finais

O sistema processual é reinstrumentalizado, no contexto contemporâneo, para servir ao propósito de máxima efetividade dos direitos fundamentais, sendo relido na perspectiva do direito à adequada tutela jurisdicional. O Direito Eleitoral é igualmente impactado. Na medida em que os direitos políticos são revisitados, notadamente na óptica dos direitos humanos, eles ganham inegável dimensão coletiva, reconhecida nos âmbitos internacional, constitucional e legal. Tal contexto reclama a releitura do contencioso eleitoral como processo coletivo (o que sempre foi, ainda que de forma velada), exigindo aperfeiçoamentos legislativos e hermenêuticos, a fim de conferir-se máxima efetividade e proteção aos direitos protegidos.

O legislador brasileiro, conquanto recalcitrante a início, por meio da inserção do art. 96-B na Lei n. 9.504/1997, reconheceu, de forma inegável, o caráter coletivo do processo eleitoral, adotando técnicas típicas desse campo em termos de legitimidade ativa, conexão, litispendência, prevenção e coisa julgada, o que já vem sendo reconhecido pelo próprio TSE. O novo regime, atento às críticas doutrinárias já desenvolvidas na esfera do processo coletivo, consagrou, na conexão, a teoria materialista e, na litispendência, a teoria

da situação jurídica substancial, conferindo a ambas, como efeito jurídico, a reunião das causas, inclusive com prorrogação de competência funcional. Modificou, ainda, os limites da coisa julgada, dando-lhe efeitos *erga omnes* e *secundum eventum probationis*. Desse modo, além do giro copernicano em termos de processo eleitoral, o art. 96-B também deve ser visto como importante contribuição ao processo coletivo, dirimindo dúvidas sobre tais institutos que ainda persistem na globalidade do microsistema processual.

Supera-se, assim, o sistema estanque de ações até então praticado na seara eleitoral, obrigando a uma releitura do instituto da assistência, permitindo ampla participação dos legitimados especiais nas lides eleitorais. Evita também o novo modelo, de forma absolutamente apropriada, atrelar indevidamente o Ministério Público à atuação dos particulares, assentando sua legitimidade ativa ampla e irrestrita. Exige a nova perspectiva, contudo, cuidado em termos de boa-fé, ampla defesa e contraditório, preservação da coerência do sistema recursal e caracterização dos fatos diante dos diversos possíveis ilícitos eleitorais.

Este artigo inicia-se com um aforisma romano que bem retrata o eterno processo de releitura que alimenta o Direito, na consciência de que toda história é, em verdade, história do presente. Certamente, o significado de república para os romanos não era o mesmo que lhe atribuíam os revolucionários franceses oitocentistas, os colonos estadunidenses, os militares imperiais brasileiros, os burgueses novecentistas, os ditadores sul-americanos. Da mesma forma, a democracia, que se tornou seu conceito-irmão, foi relida desde os gregos, tendo hoje dimensões materiais e substanciais impensáveis mesmo cinquenta anos atrás.

O direito processual deve responder a tais contingências, aproveitando-se dessa releitura para servir à potencialização dos valores comungados por nosso tempo. Certamente, e muito em breve, seremos nós, também, objeto de história do presente. Trabalhem, ao menos, para evitarmos ser acusados pelas gerações futuras de, por apego ao passado, termos ignorado a realidade presente, que já clamava a alto som por um Direito sempre e cada vez mais democrático.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Access to Justice: the newest waves in the worldwide movement to make rights effective. *Articles by Maurer Faculty*, p. 209-210, 1978. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 4.

FRANCK, Thomas M. The emerging right to Democratic Government. *The American Journal of International Law*, v. 86, n. 1, 1992.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. Natureza coletiva do direito eleitoral. *Universitas Jus*, v. 26, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

GOODWIN-GILLO, Guy. *Elections: Democracy, the Rule of Law and International Law*. Disponível em: <<http://www5.austlii.edu.au>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

GUIMARÃES, Marla Marcon Andrade Guimarães. A vedação dos procedimentos da ACP em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, n. 41, p. 136, 2013. Disponível em: <<http://www.boletimcientifico.escolampu.mp.br>>. Acesso em: 1º mar. 2013.

JORGE, Flávio Cheim; SANTOS, Ludgero F. Liberato. As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LACP? *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, n. 6, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. *Revista dos Tribunais*, v. 958, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

RAMACCIOTTI, Beatriz. La internacionalización de la Democracia em el Sistema Interamericano. *Revista Globalización, Competitividad, Gobernabilidad*. v. 2, n. 1, 2008. Disponível em: <<https://gcg.universia.net/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

VELOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações*. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2009.

Direito Penal e Processual Penal

A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência

Galtiênio da Cruz Paulino

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: O presente artigo pretende discutir a relação entre a execução provisória da sentença penal condenatória e o princípio da presunção da inocência, tendo como paradigma a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC n. 126.292-SP. Será demonstrada a necessidade de se interpretarem os direitos fundamentais de acordo com o princípio da proporcionalidade, buscando a efetividade do processo penal. A análise será feita com base na proteção internacional dos direitos humanos e sob o enfoque de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito penal. Direito constitucional. Execução provisória. Direitos fundamentais. Efetividade processual.

Abstract: This article intends to discuss the relationship between the provisory execution of a criminal and the principle of presumption of innocence, having regard the ruling by the Supreme Court in the HC n. 126292 -SP. In order to so do so, it will be fundamental to establish interpret the fundamental rights in accordance with the principle of proportionality, seeking the effectiveness of criminal proceedings. The analysis will be based on the international protection of human rights and from the standpoint of a systemic interpretation of the Constitution.

Keywords: Criminal law. Constitutional law. Provisory execution. Fundamental rights. Effectiveness of proceedings.

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 Princípio da presunção de inocência na ordem internacional. 4 Compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena na esfera processual penal brasileira. 5 Conclusão.

1 Introdução

A temática da execução provisória da sentença condenatória penal envolve uma grande discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência e a necessidade de equilíbrio com a atuação jurisdicional criminal.

Com a decisão proferida no HC n. 126.292-SP, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento sobre o tema. Passou novamente a admitir o início do cumprimento da pena, mesmo estando pendentes recursos de caráter extraordinário. Com isso, reascendeu-se a discussão sobre o assunto, em razão de a questionada decisão possivelmente violar o princípio da presunção de inocência, ante a redação do art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal.

Neste artigo, será analisada, inicialmente, a evolução da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que resultou no referido acórdão. Em seguida, será trabalhado um tópico específico sobre o princípio da presunção de inocência sob a perspectiva dos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos e a necessidade de se resguardarem os denominados “mandados internacionais de criminalização”, mediante uma relação de equilíbrio entre a interpretação do referido princípio, a necessidade de uma persecução criminal eficiente e o princípio da proibição da proteção deficiente.

No último tópico, serão expostos argumentos sobre a compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena.

Trabalhar-se-á, ainda, a necessidade de equilíbrio entre o direito de liberdade do acusado e o direito da sociedade à segurança pública, descrevendo que a nova posição da Corte Suprema contribui para o visado equilíbrio e se coaduna com a perspectiva garantista integral do direito penal e do direito processual penal.

Na oportunidade, será demonstrado que todo e qualquer direito e garantia fundamental, inclusive a presunção de inocência, deve ser interpretado em consonância com o princípio da proporcionalidade em seu duplo aspecto (positivo e negativo).

Ademais, expor-se-á o risco da ineficiência do processo penal, especialmente em virtude da prescrição, caso tenha que se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para se iniciar a execução.

Além disso, descrever-se-á que existem mecanismos eficazes que poderão ser utilizados pelo condenado na hipótese de vislumbrar possível injustiça com o início da execução da pena sem o aguardo do julgamento dos recursos extraordinários.

Por fim, serão trabalhados os aspectos processuais relacionados ao caso, como a inexistência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, bem como a necessidade de que seja demonstrada a repercussão geral.

2 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, que consagrou expressamente o princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal continuou admitindo a possibilidade da execução provisória da pena, ainda que pendente o julgamento de recursos extraordinários. Nesse sentido é o teor do julgamento proferido no HC n. 68.726, que resultou na seguinte ementa:

Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5, inciso lvii, da Constituição. Código de processo penal, art. 669. A ordem de

prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. não conflita com o art. 5, inciso LVII, da constituição. de acordo com o par. 2 do art. 27. da lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido¹.

No ventilado acórdão, consignou-se que o princípio da presunção de inocência não impede que a decisão condenatória confirmada em grau de apelação possa ser imediatamente executada, mesmo pendendo recursos extraordinários, pois estes não possuem efeito suspensivo.

Outros acórdãos do Supremo Tribunal Federal continuaram consagrando o narrado entendimento, como, por exemplo: HC n. 71.723, HC n. 84.846, HC n. 91.675 e HC n. 85.024.

Nesse cenário, consolidando ainda mais o entendimento de que a execução provisória da pena seria possível, a Suprema Corte aprovou os enunciados n. 716² e 717³, regulamentando situações específicas relacionadas à hipótese.

1 BRASIL. STF. HC n. 68.726, relator ministro Néri da Silveira, decisão de 28 de junho de 1991, publicada no *DJ* de 20 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

2 BRASIL. STF. Súmula n. 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 15 abr. 2016.

3 BRASIL. STF. Súmula n. 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em

Ocorre que, em 2009, no julgamento do HC n. 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de sete votos a quatro, decidiu que a execução provisória da pena é incompatível com o princípio da presunção de inocência, passando a exigir o trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena. Vejamos a ementa da decisão:

Ementa: *habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena, e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser

prisão especial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 15 abr. 2016.

justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator –, “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar

plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida⁴.

Contudo, recentemente, a Corte Suprema, no dia 17 de fevereiro do corrente ano, no âmbito do HC n. 126.292-SP, decidiu que a execução provisória do acórdão que, em sede de apelação, confirmou a sentença penal condenatória não viola o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, mesmo a decisão estando sujeita aos recursos especial e extraordinário. A decisão foi ementada nos seguintes termos:

Constitucional. *Habeas Corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado⁵.

Após o ventilado acórdão, retomou-se a discussão sobre a compatibilidade entre o início da execução da pena, após o findar das instâncias ordinárias, na pendência da análise recursal de cunho extraordinário, o princípio da presunção de inocência e a necessidade de efetividade do processo penal.

4 BRASIL. STF. HC n. 84.078/MG, relator min. Eros Grau, julgamento em 5.2.2009, órgão julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-035. DIVULG. 25.2.2010. Public. 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+84078.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

5 BRASIL. STF. HC n. 126.292/SP, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. DJe-100. DIVULG. 16.mai.2016. Public. 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 18 maio 2016.

No próximo tópico, será trabalhada a discussão sobre a perspectiva dos tratados internacionais de direitos humanos, com ênfase no princípio da presunção de inocência. No último capítulo, analisar-se-á o assunto sob o enfoque interno do ordenamento nacional.

3 Princípio da presunção de inocência na ordem internacional

Segundo Canotilho (2003), o princípio da presunção de inocência teve origem na Carta Magna de 1215, em razão da previsão normativa de que os julgamentos deveriam ocorrer de acordo com as leis do país.

Contudo, para a maioria da doutrina, o princípio da presunção de inocência, na concepção adotada atualmente, surgiu com a Revolução Francesa (BARBAGALO, 2015), por meio do art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao fixar: “Art. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁶.

Após a primeira e a segunda guerras mundiais, o ventilado princípio passou a constar expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mediante a seguinte redação:

Artigo 11

I) Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (Onu, 1948).

6 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

Diante dos horrores das referidas guerras, em especial a segunda, desenvolveu-se todo um sistema de proteção dos direitos humanos que extrapolou as fronteiras nacionais (PIOVESAN, 2006, p. 116). Esse sistema passou a complementar a proteção interna realizada em cada país.

Desenvolve-se, nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, fixando garantias e mecanismos de proteção aos direitos humanos, tendo como um dos supedâneos o direito de liberdade. No âmbito criminal, surge o denominado Direito Processual Penal Internacional, a partir da Carta de São Francisco, de 1945, detalhado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desse modo, a seara de proteção dos direitos humanos, sob uma perspectiva criminal, passou a ter uma dupla proteção, interna (no âmbito dos Estados) e externa (Direito Internacional).

De acordo com essa nova égide, o processo penal passou a exigir que as limitações à liberdade só existissem nas hipóteses previstas em lei e observassem o princípio da presunção de inocência (MENDONÇA, 2016, p. 89). Nesse contexto, a garantia da presunção de inocência ganha força, passando a ser consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme anteriormente exposto. A partir deste diploma internacional, passou-se a fixar que a presunção de inocência deveria prevalecer até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei.

Outros diplomas internacionais que surgiram após a Declaração Universal da ONU trouxeram uma concepção idêntica sobre o princípio da presunção de inocência, não se exigindo, por conseguinte, o trânsito em julgado da sentença condenatória para a comprovação da culpabilidade. A título exemplificativo, tem-se a Convenção Europeia, o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse contexto de um “processo penal justo”, sustentado na observância dos direitos humanos, busca-se o estabelecimento de uma ordem jurídica que não apenas garanta os direitos e garantias fundamentais do acusado, mas que redunde em um processo penal eficiente, garantidor da paz social e dos direitos fundamentais da sociedade.

Passou-se, inclusive, a estimular a persecução penal de maneira mais repressiva e eficiente dos crimes mais graves, como os delitos transnacionais, condutas delitivas praticadas em face de grupos (indivíduos) vulneráveis e graves violações de direitos humanos (FERNANDES, 2013, p. 23).

Com essas previsões, criam-se verdadeiros “mandados internacionais de criminalização” (MENDONÇA, 2016, p. 90), buscando evitar violações aos Direitos Humanos, mediante a punição eficiente das condutas criminosas, por meio, por exemplo, do cumprimento das penas impostas. Há, inclusive, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma estreita relação entre a reiteração de violações de Direitos Humanos e a impunidade (CoIDH, 2003).

Nesse contexto que se deve interpretar o princípio da presunção de inocência, buscando uma persecução penal eficiente, voltada à proteção dos direitos humanos. Segundo Andrey Borges, “embora as diretrizes fundamentais do processo penal devam ser extraídas da Constituição Federal, há diversos *standards* internacionais já assentados, no tocante aos direitos humanos, dos quais os Estados não podem se afastar” (MENDONÇA, 2016, p. 121).

Desse modo, deve-se extrair dos diplomas internacionais critérios consolidados em busca de um equilíbrio entre a segurança da sociedade e a liberdade individual. É com esse propósito que os diplomas internacionais que tratam sobre o princípio da presunção de inocência fixaram que esta presunção será afastada quando comprovada a culpabilidade do acusado de acordo com a lei, o que envolve a indiscutibilidade das questões fáticas e probatórias relacionadas ao evento criminoso.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocente enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (OEA, 1969). A comprovação da culpa se daria, repita-se, com a indiscutibilidade fática e probatória do evento, independente de divergências de caráter meramente normativo (constitucional e infraconstitucional), objeto dos recursos de cunho extraordinário.

Uma sentença condenatória penal, confirmada por um tribunal ordinário (ou seja, que possui atribuição para discutir os fatos e as provas), gera um contexto de comprovação da culpabilidade do agente do crime, devendo resultar no imediato cumprimento da pena, no intuito de se observar o viés de proteção dos direitos humanos relacionados à segurança da sociedade.

Vale destacar que no âmbito da proteção dos direitos humanos sempre se deve ter em mente a necessidade da proibição da proteção deficiente e o princípio da máxima efetividade, que “no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a interpretação deve contribuir para o aumento da proteção dada ao ser humano e para a plena aplicabilidade dos dispositivos convencionais” (RAMOS, 2015, p. 138). Outrossim, devem-se respeitar os aspectos da prevenção geral e específica, inerentes à pena. Segundo André de Carvalho Ramos (2015, p. 272-273):

A punição penal dos violadores de direitos humanos é benéfica, do ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude de dois fatores: (i) impede novas violações por parte do mesmo agente (prevenção específica) e (ii) inibe que a impunidade incentive novas violações de direitos humanos por parte de outros agentes (prevenção geral). Ou seja, é reproduzida a crença no *efeito de prevenção* (geral e específica) das penas criminais.

Inclusive, segundo levantamento realizado por Luíza Cristina, Mônica Nicida e Fábio Gusman (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015, p. 507), em outros países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, França, Espanha e Argentina, não se exige o trânsito em julgado para o início da execução da decisão criminal condenatória, não ocorrendo, por conseguinte, violação ao princípio da presunção de inocência.

4 Compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena na esfera processual penal brasileira

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado

de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Consagra-se neste dispositivo o princípio da presunção de inocência.

Com a ventilada previsão normativa, passou-se a defender que, no âmbito nacional, a culpabilidade do autor de um crime só estaria demonstrada a partir do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, exigindo-se, por conseguinte, o findar de todas as instâncias, sejam elas ordinárias ou extraordinárias.

Nesse diapasão, a decisão proferida pelo STF no HC n. 126.292-SP reacendeu a discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência. No âmbito internacional, o que engloba os sistemas de proteção aos direitos humanos e o posicionamento adotado pela maioria dos países democráticos, conforme acima demonstrado, não se exige o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para a execução da decisão condenatória. Busca-se um equilíbrio entre o direito de liberdade do acusado e o direito da sociedade à segurança pública.

Sob essa perspectiva de equilíbrio de forças, adotada no referido julgado do STF, o professor Antônio Scarance entende que não há “antagonismo entre garantismo e eficiência” (FERNANDES, 2009, p. 570). O processo penal deve ser visualizado como um instrumento que garanta ao Estado uma eficiente persecução criminal e ao acusado mecanismos para exercer sua defesa de maneira eficiente. Em suma, não haverá processo penal eficiente sem garantismo, bem como não há garantismo sem um processo eficiente. Deve-se evitar um contexto de hipergarantismo ou mesmo de excesso de repressão.

Scarance afirma ainda:

trabalhamos com a ideia de que é eficiente o processo composto por procedimento que assegure aos três sujeitos que nele atuam condições para agirem em consonância com as suas missões específicas e, ainda, às partes, os meios para defenderem seus direitos e fazerem respeitar suas garantias. A maior ou menor eficácia do processo dependerá de como ele, concretamente, assegurou tudo isso aos sujeitos que nele atuaram. A análise da efetividade vai além.

Consiste no exame do que se espera do processo, na verificação dos seus objetivos: a realização da justiça, a asseguaração do bem comum, a pacificação social. (FERNANDES, 2009, p. 570-571).

Nessa linha de raciocínio, afirma o autor que “o escopo metajurídico de fazer justiça significa atingir o equilíbrio entre dois valores que lhe são inerentes: assegurar a paz social pela punição dos crimes e o de assegurar a todos os indivíduos a sua liberdade individual” (2009, p. 574). Foi sob essa perspectiva de justiça que o HC n. 126.292-SP decidiu pela possibilidade de ocorrer a execução provisória da pena sem o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias.

A posição adotada pelo STF no referido acórdão se coaduna com a acepção integral do garantismo, que propugna a necessidade de proporcionalidade entre os direitos e garantias fundamentais.

O garantismo penal, além de proteger os direitos fundamentais individuais, deve se calcar na proteção dos direitos coletivos e sociais, mediante uma compreensão sistêmica e integral da Constituição (FISCHER, 2015, p. 32). Deve-se evitar uma desproporcionalidade entre os direitos e garantias fundamentais, ou seja, os direitos individuais devem ser protegidos com a mesmo rigor que se protege os direitos sociais e coletivos.

Essa concepção de garantismo (integral) surgiu com a perspectiva atual de Estado, denominada de Estado Social e Democrático de Direito. Supera-se a acepção individualista do Estado Liberal, por meio da qual o garantismo preocupava-se apenas com os direitos do acusado, margeando ao esquecimento os direitos da sociedade, em especial o direito de segurança.

A execução provisória da pena, sob o enfoque do garantismo integral, não viola o princípio da presunção de inocência, ante a necessidade de os direitos e garantias fundamentais serem interpretados em consonância com o princípio da proporcionalidade (em seu duplo viés), o princípio da proibição da proteção deficiente, mandados internacionais de criminalização, bem como a necessidade de serem observados e garantidos os direitos da sociedade em uma situação de equilíbrio com os direitos individuais do acusado.

Com a visão garantista do direito penal, busca-se não apenas legitimar o direito de punir, mas condicionar e vincular o caráter absoluto deste poder. Deslegitima-se o caráter absoluto do poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 2014, p. 90). Para Ferrajoli (2014, p. 506), o princípio da presunção de inocência deve ser enquadrado como um “princípio fundamental de civilidade”, fundado no nexo entre a liberdade e a segurança dos cidadãos. Ferrajoli afirma ainda:

a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado e direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. (2014, p. 506).

A teoria do garantismo, quando do seu surgimento, baseou-se em uma modelo de Estado Liberal, por meio do qual se deu ênfase aos direitos de primeira geração (vida, igualdade perante a lei, propriedade privada etc.). No âmbito processual penal, focou-se no aspecto negativo, ou seja, a garantia dos direitos individuais do acusado em face do Estado. Com o Estado Social, outros direitos (além dos individuais) passaram a ter destaque, como os direitos sociais e coletivos. Nesse cenário, o garantismo teve que passar por uma releitura à luz do Estado Social e Democrático de Direito, mediante uma relação de equilíbrio de valores entre a pretensão punitiva da sociedade e o direito de liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, importantes são as palavras de Douglas Fischer:

os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas como direitos de defesa frente ao Estado, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhe são dirigidos por quaisquer pessoas, cabendo ao Estado a função de tornar eficaz a proteção constitucional. (FISCHER, 2006, p. 120).

Seguindo o mesmo viés, Rodrigo de Grandis doutrina:

[n]um processo penal forjado sob os auspícios do Estado Democrático e Social de Direito, dois valores igualmente irrenunciáveis devem

merecer ponderação por parte da autoridade judiciária: (i) a pretensão punitiva da sociedade e (ii) o direito de liberdade do indivíduo. (DE GRANDIS, 2015, p. 441).

Nesse diapasão, o processo penal e o direito penal devem se nortear, sobre uma concepção garantista, por todos os valores (de maneira integral) inerentes aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, não apenas pelos direitos individuais fundamentais, visão monocular do garantismo (FISCHER, 2015, p. 33).

O garantismo integral possui duas acepções, uma positiva e outra negativa. Na primeira acepção, surge a obrigação do Estado, inerente ao dever de proteção, de restringir, quando necessário, os direitos fundamentais individuais do cidadão. É nessa acepção que se encontram os deveres de eficiência e efetividade do processo penal, por meio dos quais se deve buscar a efetiva punição (sanção) dos violadores da ordem penal, visando resguardar os direitos da sociedade a um ordenamento justo e seguro (direito coletivo de segurança). Por sua vez, a acepção negativa diz respeito à obrigação do Estado de observar, respeitar e assegurar os direitos e garantias individuais do acusado, o que envolve o direito de liberdade (até que ocorra a demonstração da culpabilidade) e o direito a um processo justo, mediante a observância do contraditório e da ampla defesa. O garantismo, segundo Prieto Sanchís (2005, p. 46), é uma “ciencia jurídica crítica y comprometida, pero comprometida con la efectividad de los derechos fundamentales”.

Por conseguinte, a decisão proferida pelo STF no HC n. 126.292-SP se adéqua a uma perspectiva garantista criminal integral. Resguarda a liberdade do acusado pela observância de um processo devido, por meio do qual a presunção de inocência só será afastada pela comprovação da culpabilidade, mediante a indiscutibilidade fática e probatória do evento criminoso, que ocorre nas instâncias ordinárias. Além disso, respeita a efetividade do processo penal e o direito à segurança inerentes à sociedade, ante a desnecessidade de se aguardar o julgamento final dos recursos extraordinários, os quais acabavam por ensejar em recursos muitas vezes protelatórios e incapazes de rediscutir a culpabilidade do acusado.

Outro importante aspecto a justificar a correção da questionada decisão diz respeito à maneira como deve se dar a interpretação dos direitos fundamentais. Esses direitos apresentam-se não apenas como uma proibição de intervenção mas também como um postulado de proteção. Além disso, nenhum direito fundamental deve ser interpretado de maneira absoluta, principalmente quando entra em choque com outro direito fundamental.

Assim, os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com o princípio da proporcionalidade em seu duplo viés (positivo e negativo). No viés positivo, necessária se faz a observância da proibição de proteção deficiente, presente em decisões não dotadas de efetividade. Por sua vez, o aspecto negativo engloba a proibição de excessos, mediante o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse sentido, pontua Gilmar Mendes (1999):

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros.

Afirma ainda o referido autor:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). (MENDES, 1999).

Os mandados constitucionais e legais de criminalização impõem o cumprimento do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. Consequentemente, em havendo aparente conflito entre direitos fundamentais, como é o caso da temática da execução provisória da pena – direito à liberdade (presunção de inocência) do acusado frente ao direito de segurança da sociedade (efetividade do

processo penal) –, deve-se adotar a posição que melhor respeite o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito.

Essa posição de equilíbrio foi adotada pelo STF no julgamento do HC n. 126.292-SP. Respeitou-se o direito à liberdade do acusado, sustentada na presunção de inocência, ao exigir a confirmação da sentença condenatória pelo respectivo Tribunal de Apelação (trânsito em julgado das instâncias ordinárias), e ao mesmo tempo assegurou o direito de segurança da sociedade, inerente à efetividade do processo penal, evitando-se infundáveis recursos protelatórios da defesa, no intuito de impedir o cumprimento da pena imposta.

O problema maior de se aguardar o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias, se não houver recurso do Ministério Público, é a incidência da prescrição da pretensão executória, visto que a jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal de Justiça⁷,

7 Ementa: AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0180959-3 AGRADO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. 3. EXPEDIÇÃO DE CARTA DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO COMO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EVENTO QUE NÃO CARACTERIZA EFETIVO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA. PRECEDENTES. 4. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O termo inicial da contagem da prescrição da pretensão executória é a data em que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação. Inteligência do art. 112, inciso I, do Código Penal.

3. A jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento de que apenas o efetivo início do cumprimento da condenação é evento apto a caracterizar marco interruptivo do prazo prescricional, razão pela qual a simples expedição de carta de sentença não obsta o implemento da prescrição da pretensão executória.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 222566/DF. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237354/agravo-regimental-nos-embargos-de>

propugna que, transitada em julgada a decisão para a acusação, ter-se-á o início do prazo prescricional. Muitas vezes, a depender do número de recursos interpostos (recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração etc.), objetivando evitar o trânsito em julgado, ocorrerá a incidência da prescrição sem que o cumprimento da pena ao menos tenha se iniciado.

Nessa esteira, a execução provisória das penas privativas de liberdade, mesmo existindo recursos extraordinários pendentes de julgamento, não fere o princípio da presunção de inocência, pois a Constituição sempre deverá ser interpretada de maneira holística, ponderando-se os diversos direitos fundamentais possivelmente em conflito, observando-se sempre o núcleo essencial dos direitos envolvidos, não suprimindo nenhum deles por completo em face dos outros.

Vale mais uma vez destacar que em sede de recurso extraordinário e especial não se discute mais a culpa ou a inocência do acusado, bem como os próprios fatos. É na esfera das instâncias ordinárias que se exaure essa análise.

Outrossim, o princípio da presunção de inocência está vinculado à garantia do duplo grau de jurisdição, atinente às instâncias ordinárias, ante a devolutividade limitada dos recursos extraordinários. O juízo de incriminação do acusado não passa pelo crivo das instâncias extraordinárias, dotadas, repita-se, de cognição limitada.

O ministro Teori Zavascki, no julgamento do questionado acórdão (HC n. 126.292), pontuou, de maneira brilhante, a não violação do princípio da presunção de inocência após o findar das instâncias ordinárias, afirmando:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. O sentenciado de primeiro grau, fica superada a presunção

[declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-222566-df-2012-0180959-3-stj/inteiro-teor-25237355](#)>. Acesso em: 20 abr. 2016).

de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para a condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e as provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal [...] os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao exame da matéria fática probatória [...]»⁸.

É nas instâncias ordinárias que se concretiza a garantia do duplo grau de jurisdição. Como o princípio da presunção de inocência está ligado a essa garantia, a execução da decisão penal condenatória após o trânsito em julgado da esfera ordinária não viola o referido princípio, visto que o duplo grau de jurisdição foi respeitado.

Seguindo o mesmo raciocínio, a Lei Complementar n. 64, de 1990 (BRASIL, 1990), desde 2010, a partir da nova redação do art. 1º, inciso I, estabelecida pela Lei Complementar n. 135, de 2010, vem admitindo como causa de inelegibilidade a sentença condenatória por crimes nela relacionados quando prolatada por órgão colegiado, não se exigindo para tanto o trânsito em julgado da decisão. Em nenhum momento cogitou-se que a referida previsão normativa fere o princípio da presunção de inocência.

Por fim, em termos processuais, nada impediria a execução provisória da sentença penal condenatória após o findar das instâncias ordinárias, ainda que pendente de recursos extraordinários, pois estes, mesmo antes do novo Código de Processo Civil, que

8 BRASIL. STF. HC n. 126.292/SP, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. *Dje*-100. Divulg. 16 maio 2016. Public. 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 18 maio 2016.

revogou os arts. 26 a 29 da Lei n. 8.038, de 1990, não são dotados de efeito suspensivo, devendo a respectiva decisão, por conseguinte, ser executada imediatamente.

Ademais, repita-se, os recursos extraordinários não possuem o condão de discutir matéria fática, mas apenas de direito, não tendo, como enfatiza o Ministro Teori Zavascki, “por finalidade específica de examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação do sistema normativo”⁹.

Na hipótese de o acusado entender que a execução provisória fere seu direito de liberdade, bem como sua presunção de inocência, poderá se utilizar de mecanismos jurídicos eficazes, como, por exemplo, medidas cautelares para atribuir efeito suspensivo à decisão condenatória, ou mesmo se valer do *habeas corpus* para suspender a decisão. O *habeas corpus* possibilita, inclusive, que o acusado adentre novamente no mérito fático e probatório da demanda, o que não pode ocorrer nos recursos extraordinários.

Quanto a não se admitir a execução imediata da decisão penal condenatória sujeita apenas aos recursos extraordinários, afirma o ministro Sydney Sanches:

Aliás, se é possível, no sistema penal brasileiro, prisão de caráter cautelar durante a instrução do processo penal, ou seja, antes mesmo da sentença condenatória, não me parece compreensível que se possa impedir a prisão, depois da condenação, mesmo ainda não transitada em julgado.

A prevalecer a tese sustentada pela impetração, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação em 1º e 2º graus, o que tornaria inócuas as normas sobre o efeito não suspensivo dos Recursos Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e

9 BRASIL. STF. HC n. 126.292/SP, relator: min. Teori Zavascki, julgamento: 17.2.2016, órgão julgador: Tribunal Pleno. *Dje*-100. Divulg. 16 maio 2016. PUBLIC. 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 18 maio 2016.

Extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal. Normas que não são inconstitucionais, nem foram revogadas pela Constituição¹⁰.

Outro aspecto processual a ser destacado é a exigência da demonstração da repercussão geral nos recursos extraordinários. Essa (repercussão geral), em regra, não se perfaz presente nos ventilados recursos quando se discutem aspectos meramente individuais do acusado, em especial a alegação de inocência, o que reforça o entendimento de não violação ao art. 5, LVII, ao se executar provisoriamente a decisão condenatória.

Como bem destacou o juiz Sérgio Moro em entrevista ao Jota:

Eu acho que fecha uma grande janela de impunidade. Fechando essa janela de impunidade, pode haver um recado mais geral de que o sistema está mudando, e que a impunidade não será mais uma regra [...]. Eu acho que, na medida em que o foco do processo se deslocar mais para o mérito do que para medidas protelatórias, há um ganho, não só para o processo, como para a sociedade em geral. A sociedade quer que o processo funcione [...]¹¹.

Por fim, há de se afastar a alegação de que, segundo o texto constitucional, em decorrência da presunção de inocência, a pena só poderia ser cumprida após o trânsito em julgado da decisão condenatória (julgamento dos recursos especial e extraordinário). Como bem destacam Luiza Cristina, Mônica Nicida e Fábio Gusman, “esse argumento é afastado pelo fato de que nenhuma decisão condenatória satisfaz a disposição expressa do inciso LVII do art. 5” (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015, p. 493), pois, a qualquer momento, uma decisão condenatória pode ser atacada

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 72.366-7/SP, rel. min. Nery da Silveira, decisão 13.9.1995, publicada *DJ* 26 nov. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73718>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

11 Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/moro-elogia-decisao-do-stf-essa-janela-de-impunidade-foi-fechada>>. Acesso em: 15 maio 2016.

em seu mérito pelo condenado por um *habeas corpus* ou mesmo por uma revisão criminal, tornando todas as execuções penais, em verdade, provisórias.

Acentuam ainda os referidos autores que

a exigência de trânsito em julgado deve ser interpretada de acordo com outras normas constitucionais e admite graus de abrangência. Interpretá-la de modo absoluto importaria em que “ninguém mais seria preso”, mas não no sentido apelativo da expressão, mas sim no sentido técnico jurídico uma vez que nenhuma decisão é absolutamente imutável, pois existem as hipóteses de revisão criminal e mesmo de *habeas corpus* com caráter revisional, que são admitidas pela jurisprudência. (2015, p. 493-494).

Por conseguinte, busca-se, com a nova decisão do Supremo Tribunal Federal, harmonizar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da jurisdição do Estado, fazendo com que a pena imposta atinja seus fins imediatos, retributivo e de prevenção (geral e especial).

5 Conclusão

Por meio deste artigo demonstrou-se que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de inocência, ante a necessidade de se interpretarem os direitos fundamentais de maneira sistemática, bem como diante da necessidade de um processo penal efetivo.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292-SP se coaduna com a concepção internacional de Proteção dos Direitos Humanos, em razão da proibição de proteção eficiente desses direitos e dos mandados internacionais de criminalização, bem como interpreta o princípio da presunção de inocência de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Além disso, a execução provisória, da maneira como propugnada no referido acórdão, adequa-se à concepção garantista integral do processo penal, em razão de proteger o núcleo essencial do

direito à presunção de inocência do acusado e os direitos da sociedade à segurança pública e à efetividade do processo penal.

Ademais, evita-se que a decisão penal condenatória seja fulminada pela prescrição da pretensão executória, antes mesmo do início do seu cumprimento, e fique sujeita a uma série de recursos meramente protelatórios, simplesmente para evitar o trânsito em julgado da decisão. Possíveis injustiças ocorridas em razão da execução provisória, conforme exposto, poderão ser sanadas por mecanismos mais eficazes do que os recursos extraordinários, como, por exemplo, o *habeas corpus*.

Por fim, ficou demonstrado que nem sob o aspecto processual se sustenta a impossibilidade de execução imediata da sentença condenatória após o findar das instâncias ordinárias. Primeiramente, os recursos extraordinários são dotados de devolutividade restrita, não sendo cabíveis para rediscutir os fatos, a culpabilidade do agente, as provas e a justiça da decisão. Outrossim, tais recursos não possuem efeito suspensivo, podendo, por conseguinte, as respectivas decisões serem imediatamente executadas. Além disso, para a interposição dos ventilados recursos, necessita-se da demonstração da repercussão geral, a qual não diz respeito à possível alegação de inocência do recorrente no caso concreto.

Referências

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais*. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales em la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR,

Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

CoIDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C No. 99, §§ 143 e 185. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-conteciosos>>. Acesso em: 1º maio 2016.

DE GRANDIS, Rodrigo. Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. O Direito Processual Penal Internacional. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. *Revista de Direito Público*, v. 5, p. 7-30, 2009.

_____. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal inte-*

gral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral* – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei n. 12.403/2011* – análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2016.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Justiça restaurativa: um novo paradigma de justiça criminal

Tássia Louise de Moraes Oliveira

Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa e advogada. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: Paradigma é a expressão empregada por Thomas Kuhn para se referir ao conjunto de avanços científicos universalmente reconhecidos que, durante determinado lapso temporal, fornecem problemas e soluções-modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Assim, em um cenário de crise do paradigma punitivo nas ciências penais, a justiça restaurativa consiste em um modelo emergente de justiça penal, originado a partir da confluência do abolicionismo e da vitimologia, propondo um novo olhar sobre os conflitos originados pelo delito, visando reparar as relações atingidas pela infração criminosa. Por sua vez, em que pese o modelo retributivo esteja repleto de promessas não cumpridas e agrave os problemas que se propõe a resolver, tal modelo mostra-se resistente às tentativas de reforma, apenas absorvendo alterações pontuais que acabam por reforçar o controle social. Neste contexto de crise paradigmática, faz-se importante dissertar e ponderar sobre o paradigma restaurativo como possível alternativa de resposta penal, destacando-se a sua possibilidade de coexistência com o paradigma punitivo. Desta forma, a metodologia deste estudo consistiu no levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada e das bases em que se sustentam o modelo restaurativo, de forma a possibilitar a construção teórica e análise da possibilidade de coexistência da justiça restaurativa e do modelo retributivo, pautado no secular paradigma punitivo.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Paradigma. Justiça criminal.

Abstract: Paradigm is the expression employed by Thomas Kuhn to refer to the set of universally recognized scientific advances that, during time span, provide problems and model solutions for a community of practitioners of a Science. Thus, in a crisis scenario of the punitive paradigm in the criminal sciences, restorative justice consists of an emerging model of criminal justice, originated from the confluence of abolitionism and victimology, proposing a new look at the conflicts originated by crime, aiming to repair the relations reached by the criminal offense. Moreover, even though the remuneration model is full of unfulfilled promises and aggravates the problems it proposes to solve, this model is resistant to reform attempts, only absorbing punctual changes that reinforce social control. In this context of paradigmatic crisis, it is important to discuss and ponder the restorative paradigm as a possible alternative of penal response, highlighting its possibility of coexistence with the punitive paradigm. In this way, the methodology of this work consisted in the bibliographical survey and revision of the specialized literature on and of the bases in which the restorative model is based, in order to allow the theoretical construction and analysis of the possibility of coexistence of the restorative justice and of the retributive model, based in the secular punitive paradigm.

Keywords: Restorative justice. Paradigm. Criminal justice.

Sumário: 1 Introdução. 2 Justiça restaurativa: um novo modelo de reação ao crime. 3 Crise paradigmática e novos paradigmas. 4 A crise do paradigma punitivo. 5 A concepção de um paradigma restaurativo. 6 Considerações finais.

1 Introdução

Diante da crise de (i)legitimidade e (in)eficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa como alternativa de reação penal, trazendo à tona a distinção entre o aspecto social e a dimensão pessoal dos delitos, além de redescobrir a vítima do crime, empoderando e dando a esta papel de destaque na construção da resposta adequada à resolução do conflito no caso concreto.

A ressignificação da importância da vítima no processo penal não implica a diminuição nos direitos do ofensor, que também

devem ser respeitados. A proposta restaurativa sustenta-se no equilíbrio entre os direitos do ofendido e do infrator, buscando resguardar os interesses daquele, sem a desconfiguração das garantias constitucionalmente asseguradas do acusado.

Partindo da premissa de que a missão do Direito Penal, além da proteção dos bens jurídicos, também é a restauração e manutenção da paz jurídica, tem-se que as propostas humanizadoras da justiça restaurativa objetivam regenerar o conflito interpartes e social gerado pelo delito, resgatando a paz e almejando tornar eficaz, em seus propósitos preventivo, retributivo e pedagógico, a sanção penal.

Todavia, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como alternativa de resposta penal, há muitas críticas acerca da viabilidade prática e efetividade de tal modelo de reação penal, tecidas principalmente pelos defensores do garantismo penal, que aduzem que a redescoberta da vítima no processo penal consiste em retrocesso histórico e importa em diminuição dos direitos do infrator, destinatário final do sistema de controle penal, bem como privaria o agente criminoso do seu direito constitucional a um processo justo, democrático e equilibrado, além da ausência de respaldo legal a amparar e estabelecer os limites dos acordos restaurativos.

Desta forma, considerando-se a gradual implementação fática do modelo restaurativo no Brasil e no cenário mundial nas últimas décadas, opta-se por dissertar acerca do modelo restaurativo enquanto novo paradigma de justiça criminal, confrontado com o paradigma punitivo, atualmente dominante.

Visando alcançar os fins propostos, estruturou-se o presente trabalho em cinco capítulos. No capítulo inicial, disserta-se sobre a justiça restaurativa como novo modelo de reação ao crime, dando-se ênfase à abertura conceitual, bem como os problemas que essa ausência de um problema específico pode acarretar.

Em momento posterior, analisa-se as crises paradigmáticas e os novos paradigmas a partir das lições de Kuhn, pontuando-se a

problemática da existência de paradigma nas ciências sociais, bem como a possibilidade de coexistência de dois paradigmas.

No capítulo subsequente, disserta-se sobre a crise no modelo de justiça penal retributivo que elegeu a prisão como pena por excelência, destacando-se as deficiências e insuficiências de um sistema penal que se propõe a resolver todo o problema da criminalidade e, paradoxalmente, acaba contribuindo para o aumento da criminalidade.

No tópico seguinte, disserta-se sobre a justiça restaurativa como novo paradigma de reação ao crime, confrontando-o com o modelo retributivo e, simultaneamente, ressaltando a possibilidade de coexistência e complementariedade entre os dois modelos.

Por fim, conclui-se que, em que pese o modelo retributivo, fundado no paradigma punitivo, esteja repleto de promessas não cumpridas e agrave os problemas que se propõe a resolver, tal modelo mostra-se resistente às tentativas de reforma, apenas absorvendo alterações pontuais que acabam por reforçar o controle social.

Neste cenário de crise paradigmática, faz-se importante dissertar e ponderar sobre o paradigma restaurativo, pois, no atual estágio civilizatório, mais importante do que buscarem-se penas alternativas, faz-se necessário pensar em alternativas às penas. E, nesta esteira de reflexão, surge a justiça restaurativa como novo modelo, não necessariamente melhor, de resposta aos conflitos sociais originados pelo delito.

2 Justiça restaurativa: um novo modelo de reação ao crime

Definir a justiça restaurativa representa, ainda, em um grande desafio aos seus defensores. Esta dificuldade se dá em razão de esta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica. Assim, na incipiente e plural teoria restaurativa existem diversos conceitos, uns que se pautam na oposição ao modelo da justiça penal retributiva, nos resultados pretendidos ou na diversidade das práticas restaurativas.

Segundo Leonardo Sica:

Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa (*restaurative justice, giustizia riparativa, justice réparatrice, justicia restauradora, etc.*) projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação. Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como “prática restaurativa (2007, p. 10).

Para Cláudia Cruz Santos (2014, p. 166), o modelo restaurativo consiste em um modo de responder ao crime – com práticas determinadas que buscam objetivos específicos – que se baseia no reconhecimento da dimensão interpessoal do conflito, assumindo a função de pacificação deste mediante uma reparação dos danos causados à vítima, por intermédio da autorresponsabilização do agente infrator, finalidades estas que somente serão alcançadas por meio de um procedimento de encontro, fundado na autonomia da vontade dos seus participantes.

Howard Zehr (2012, p. 24), de forma sucinta, define o modelo restaurativo como um processo voltado a restaurar, dentro dos limites possíveis, todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e repará-los da melhor maneira possível.

Dissertando sobre a dificuldade de conceituação, Pallamolla pondera acerca da fluidez e abertura da definição das práticas restaurativas, aduzindo, em síntese, que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas” (2009, p. 54).

Ainda nesta esteira de reflexão, Santos (2014) registra que a dificuldade de conceituar a justiça restaurativa advém da sua plura-

lidade de procedimentos e finalidades. Desta forma, determinados conceitos focam na questão das práticas (dimensão minimalista), ao passo que outros autores buscam sua definição tendo em vista os resultados pretendidos (dimensão maximalista).

Diante desse cenário, observa-se que a noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, estando baseada na democratização do processo, assim como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime.

Ademais, o modelo restaurativo se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, mediante a autorresponsabilização e inclusão da comunidade próxima aos envolvidos no conflito como sujeito processual na construção da solução do conflito.

Registre-se que a justiça restaurativa não pretende ser uma resposta universal para todos os casos ou uma solução dos problemas do sistema penal. O que o movimento restaurativo repudia é a ideia de que a pena de prisão seja elevada ao patamar de principal e privilegiada forma de sanção estatal, prestigiando-se o caráter retributivo, aliado a um discurso pseudopreventivo da pena, desprezando-se as peculiaridades, vicissitudes e dimensão humana de cada conflito.

Howard Zehr (2012, p. 18-26) trabalha, ainda, com uma construção negativa do conceito de justiça restaurativa, destacando aquilo que o modelo restaurativo não é. Para o mencionado autor, diante da presença de uma variedade de programas que se intitulam restaurativos, faz-se necessário definir aquilo que não pode ser considerado justiça restaurativa, para que esta não venha a ser afastar dos seus princípios e valores de origens.

O autor destaca, ainda, que a justiça restaurativa não possui como escopo principal o perdão ou a conciliação, bem como não tem por objetivo reduzir a reincidência ou as ofensas em série,

além de não pretender ser um substituto do processo penal tradicional ou uma alternativa ao aprisionamento, não se contrapondo, necessariamente, ao modelo retributivo. Ressalta, outrossim, que o modelo restaurativo não se confunde com a mediação, embora esta possa ser uma prática restaurativa (2012, p. 18-23).

Nesse último aspecto, cumpre esclarecer que a mediação penal e o modelo restaurativo possuem uma relação complexa e paradoxal. Para Sica, a mediação penal enquadra-se como uma prática restaurativa, mas não se resume a esta, podendo ser aplicada nas mais diversas searas jurídicas, ao passo que a justiça restaurativa, embora englobe a mediação como uma possível técnica, possui seus limites de aplicabilidade restritos à esfera penal (2007, p. 72).

Assim, verifica-se que a justiça restaurativa possui um conceito flexível e aberto, advindo da percepção dos riscos que a padronização das práticas restaurativas nos moldes no pensamento jurídico tradicional pode resultar.

Além da complexidade de se conceituar a justiça restaurativa, tem-se que esta possui outros obstáculos à sua implementação, sendo que seus principais óbices são: (1) aplicabilidade aos crimes de vitimização transindividual ou “crimes sem vítima”, e (2) aos delitos de grave potencial ofensivo e agentes de alta periculosidade; (3) recusa do agente ou da vítima em participar do procedimento restaurativo; e (4) contextos de grande desigualdade (SANTOS, 2014).

Destarte, ressalte-se que essa abertura conceitual é o fato gerador das várias críticas, mormente porque essa abrangência das mais variadas práticas que podem ser rotuladas como restaurativas dá margem à ausência de limites balizadores do que é, ou não, considerado como medida restaurativa, criando-se distorções, no plano prático, para a viabilização dessas práticas, além da evidente dificuldade de normatização, no sentido de inclusão de medidas restaurativas no ordenamento jurídico positivo.

Neste aspecto reside um dos maiores pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o sistema de garantias penais, uma vez que o Direito Penal alicerça-se na legalidade, sendo esta uma das mais robustas garantias do cidadão, ao passo que aquela fundamenta-se

na ideia de construção da solução mais apropriada ao caso concreto, o que pode gerar consequências indeterminadas, levando-se em conta as peculiaridades do infrator e as necessidades da vítima e da comunidade, desfecho este que pode não encontrar respaldo no ordenamento penal positivado.

Nesse sentido, são válidas as observações de Pallamolla, ao afirmar que

a falta de definição e a variedade de objetivos ocasionam duas críticas pertinentes: (1) cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e (2) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles (2009, p. 54).

Apropriando-se dos argumentos dos abolicionistas, do *labelling approach*, partindo da percepção da repressão, seletividade e estigmatização que permeiam o modelo tradicional de justiça criminal, a justiça restaurativa propõe um olhar mais humano sobre os conflitos penais, alertando para o fato de que as instâncias formais de controle social preocupam-se mais com a punição meramente retributiva, menosprezando as consequências do crime para a vítima e comunidade, bem como negligenciando as funções preventivas da pena. Em síntese, nos dizeres de Renato Sócrates Gomes Pinto,

[...] a ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso? (2005, p. 19).

Em sentido oposto, Santos critica essa formulação de que a justiça restaurativa se preocupa com as consequências futuras do delito, ao passo que a justiça tradicional estaria voltada para o passado. Segundo a citada autora, não se pode afirmar que o modelo tradicional de reação penal seja totalmente voltado ao passado, uma vez que, ao procurar punir o delincente, busca-se evitar o cometimento de novos delitos, segregando o agente criminoso do convívio social, estando, de certa forma, também voltada para o futuro (2014, p. 159).

Diante deste cenário, pode-se dizer, com Santos (2014), que a justiça restaurativa propõe um diferente modelo, não necessariamente melhor, mas diferente, de justiça penal.

3 Crise paradigmática e novos paradigmas

Paradigma é a expressão empregada por Thomas Kuhn para se referir ao conjunto de avanços científicos universalmente reconhecidos que, durante determinado lapso temporal, fornecem problemas e soluções-modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência (KUHN, 1992, p. 13). Segundo o referido autor, não há progresso por acúmulo gradual de conhecimentos, mas por rupturas na chamada “ciência normal”.

Por “ciência normal”, Kuhn entende como a pesquisa baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Tais realizações são reconhecidas por certo tempo por uma determinada comunidade científica e proporcionam os fundamentos para a prática posterior (KUHN, 1992, p. 54).

Destarte, um paradigma, a partir das lições kuhnianas, define os problemas legítimos e métodos de pesquisa em determinado campo de estudo, conquistando novos pesquisadores e oferecendo novos problemas, novas perspectivas e desafios inéditos a serem resolvidos (TIVERON, 2014, p. 121).

Um paradigma consolidado predomina em determinado ramo científico durante certo lapso temporal, impondo sua matriz conceitual e suas estratégias metodológicas para a solução dos problemas propostos. Na medida em que o paradigma dominante se desenvolve, mostra-se insuficiente para o enfrentamento das novas adversidades. Dessa forma, esse paradigma é questionado e gradualmente abandonado, ocasionando uma crise paradigmática, enquanto a comunidade científica passa a buscar novos métodos e soluções. Não se trata de uma passagem de uma opção teórica por outra, mas de uma verdadeira mudança epistemológica.

Esta ruptura, outrossim, oportuniza uma nova forma de pensar e proporciona novos modelos e teorias que vão desafiar os

métodos consolidados de interpretar e justificar os fenômenos e eventos estudados pelas ciências.

Todavia, deve-se ressaltar que esta ruptura paradigmática não ocorre de forma pacífica. Ela provoca conflitos e resistência, uma vez que não apenas o modo de lidar com os novos problemas é questionado, mas também a habilidade e o domínio técnico dos profissionais que até então detinham o conhecimento inquestionável daquela disciplina.

Assim, os teóricos da justiça restaurativa empregam a noção de paradigma e de crise paradigmática de Thomas Kuhn no intuito de demonstrar a insuficiência da resposta ao crime do sistema de justiça penal dito tradicional e a necessidade de sua superação.

Entretanto, a aplicação do conceito de paradigma kuhniano nas ciências sociais – *soft sciences* –, nas quais incluem-se o Direito, seria questionável, haja vista que o físico e filósofo atribui a tais ciências um caráter pré-paradigmático, distinguindo-as das ciências naturais – *hard sciences* – consideradas autenticamente paradigmáticas (TIVERON, 2014, p. 122).

Tal controvérsia deve-se ao fato de que nas ciências sociais, os fenômenos são de natureza subjetiva, não se permitindo captar pela objetividade, tal como ocorre nas ciências exatas, bem como as ciências sociais não possuem teorias explicativas que lhes permitam abstrair do real para depois nele, de forma metodologicamente controlada, extrair a prova adequada que demonstre a veracidade da teoria; e, por fim, as ciências sociais não conseguem estabelecer leis universais para justificar os eventos sociais, que são histórica e culturalmente condicionados. Por tais razões, as ciências sociais não conseguiriam produzir previsões fiáveis do porquê os seres humanos agem e comportam-se de determinadas formas (SOUSA SANTOS, 2010, p. 20).

Todavia, conforme nos adverte Sousa Santos, tal concepção dicotômica entre ciências sociais e ciências exatas não merece subsistir, uma vez que todo conhecimento científico-natural é também científico-social (SOUSA SANTOS, 2010, p. 61). Esta concepção, para o autor português, encontra-se superada, haja vista que consiste em

uma perspectiva típica do modernismo, que parte de uma visão mecanicista que distingue entre natureza e ser humano, entre a matéria e a natureza que o compõe. Ainda na visão do autor,

[...] os avanços recentes da física e da biologia põem em causa a distinção entre orgânico e inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre o humano e o não humano. As características da auto-organização, do metabolismo e da auto-reprodução, antes consideradas específicas dos seres vivos, são hoje atribuídas aos sistemas pré-celulares de moléculas. E quer num quer noutros reconhecem-se propriedades e comportamentos antes considerados específicos dos seres humanos e das relações sociais (SOUSA SANTOS, 2010, p. 61).

Desta forma, não mais subsistiria a visão dicotômica estanque entre ciências sociais e ciências naturais, tal como sustentado por Kuhn, mas uma progressiva fusão e intercâmbio entre as ciências naturais e as sociais, que coloca o ser humano, enquanto ser individual e coletivo, autor e sujeito do mundo, no centro do conhecimento, revalorizando e ressignificando conceitos de ser humano, cultura, historicidade, processo, liberdade, autodeterminação e consciência.

Assim, a partir das conclusões de Sousa Santos, o conceito de paradigma científico kuhniano aplica-se às ciências sociais, incluindo-se o Direito, de modo que a justiça restaurativa pode ser considerada como um novo paradigma de resposta ao crime.

Outrossim, para Cláudia Cruz Santos, o emprego da expressão paradigma restaurativo, além de já haver adquirido certo valor de uso, consolidado academicamente, também aponta a diferença entre a resposta dada ao crime pela justiça penal e aquela que é ofertada pelo modelo restaurativo. Desta forma, um novo paradigma restaurativo suscitaria novas respostas para as perguntas feitas pela sociedade sobre os modos de reação ao fenômeno criminal (2014, p. 39).

4 A crise do paradigma punitivo

A necessária reflexão sobre a justiça criminal na modernidade nos leva à conclusão de que se trata de um modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, tais como a suposta função intimi-

datória das penas e a ressocialização. Para Rolim, o modelo atual de justiça penal encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização dos infratores, não produz justiça e não constitui um verdadeiro sistema (ROLIM, 2006, p. 233).

Neste sentido, cumpre ressaltar que, ao se debater a falência do modelo punitivo que elegeu a pena privativa de liberdade como principal ferramenta de resposta ao delito, não se refere a uma falência recente. As crises da utilização da prisão remontam à época do seu surgimento (PALLAMOLLA, 2009, p. 29).

O reconhecimento da inadequação, do mau uso das prisões e a percepção do encarceramento em massa como fator criminológico, isto é, que contribui para o aumento do crime, conduziu à busca por alternativas ao encarceramento. Consoante aduz Zehr,

Muitos têm feito tentativas de reformular esse processo nos últimos séculos. A conclusão de alguns de que “nada resolve”, ou de que nenhum bem pode advir desses esforços de reformulação, é imprecisa. No entanto, muitas, senão a maioria dessas tentativas, têm sido infrutíferas. Os esforços de reforma têm sido usados para servir a propósitos muito diferentes daqueles originalmente visados. As prisões mesmas foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e às penas de morte. O encarceramento deveria atender às necessidades sociais de punição e proteção enquanto promovem a reeducação dos ofensores. Uns poucos anos depois de sua implementação, as prisões tornaram-se sede de horrores e nasceu o movimento para a reformulação do sistema prisional (2008, p. 61).

Para Foucault, a prisão, ferramenta essencial no modelo punitivo, marca um novo período na história da justiça penal: o acesso à “humanidade”. A pena privativa de liberdade, aduz o filósofo francês, preexiste à utilização sistemática nas leis penais. O funcionamento geral de um sistema que visa tornar os indivíduos “úteis e dóceis” por meio de sua subtração do convívio social e mediante um trabalho preciso sobre seu corpo originou a prisão como instituição, antes que a própria legislação penal a definisse como a pena por excelência (FOUCAULT, 2010, p. 217).

Ainda na visão de Foucault, pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu, tendo surgido umbilicalmente ligada com o próprio funcionamento da sociedade, de modo que ela conduziu ao esquecimento todas as outras formas de punições que os reformadores do século XVIII haviam concebido. A prisão, assim, já nasce levada pelo movimento social histórico, sendo concebida como pena por excelência das sociedades ditas civilizadas, introduzindo novos processos de poder e dominação (2010, p. 218).

Assim, na análise feita por Foucault, observa-se que no século XIX emerge a prisão como sanção mais utilizada, substituindo duas outras formas anteriormente empregadas: os suplícios e as penas proporcionais ao crime, formando-se aquilo que o filósofo batiza como “sociedade punitiva”, um tipo de sociedade na qual o aparelho do Estado desempenha funções corretivas.

Todavia, pouco mais de um século depois, o clima de obviedade se dissipou. Todos os inconvenientes da prisão vieram à tona. Mesmo assim, não se vislumbram outras alternativas. Seria a pena privativa de liberdade a detestável solução da qual não se pode dispor (FOUCAULT, 2010, p. 218).

O filósofo francês reproduz as críticas que foram feitas em 1820 e 1845, pontuando que tais críticas permanecem as mesmas até hoje, com variações de natureza quantitativa: as prisões não reduzem as taxas de criminalidade; a privação da liberdade provoca reincidência; o cárcere provoca a fabricação de delinquentes em decorrência das condições às quais submete os apenados; a prisão favorece a organização hierárquica de criminosos; os egressos do sistema prisional estão fadados à delinquência, devido às condições de vigilância a que são submetidos. Por fim, a privação da liberdade contribui para a delinquência na medida em que leva as famílias dos apenados ao estado de miserabilidade (FOUCAULT, 2010, p. 221-223). Na perspectiva da criminologia crítica, o paradigma punitivo atual encontra-se esgotado não apenas na sua eficácia prática como também na sua legitimidade moral (quanto ao direito de punir) e

política (no que atine à definição dos fatos sociais que são rotulados como crimes) (TIVERON, 2014, p. 43).

No pensamento criminológico contemporâneo, as críticas sustentadas pelo *labelling approach*, criminologia crítica e pelo movimento abolicionista denunciam os efeitos do cárcere, os processos de criminalização, a seletividade e a estigmatização do direito penal, acrescentando novos argumentos às críticas iniciais feitas ao cárcere. Ao longo da existência do modelo retributivo, foram realizadas reformas que buscaram corrigir as suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, inexistindo correlação entre a gravidade do delito e a pena imposta. Em momento posterior, com o Renascimento, bem como com as críticas formuladas por Beccaria⁶, introduz-se o critério de proporcionalidade entre o ato criminoso e a pena correspondente, tornando a sua aplicação mais racional.

Em período mais recente, na primeira metade do século XX, surge a noção de reabilitação (que viria a cair em descrédito por sustentar um modelo terapêutico), bem como surgiriam as penas alternativas, as chamadas restritivas de direitos, que são introduzidas no modelo retributivo como tentativa de salvar o paradigma punitivo, estabelecendo formas alternativas de castigo (PALLAMOLLA, 2009, p. 32).

Entretanto, a introdução das penas alternativas ao encarceramento acabou por recrudescer o campo de atuação do controle formal, somando a pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sem realizar mudanças significativas na racionalidade do sistema penal.

Diante deste fracasso, as populações carcerárias continuam a crescer simultaneamente ao crescimento das penas alternativas, que também crescem, aumentando, assim o número de pessoas sob controle e supervisão de Estado (ZEHR, 2008, p. 89).

Assim, tem-se que as penas alternativas ao cárcere não serviram para substituí-lo, mas complementá-lo, ocasionando um aumento do controle social.

Neste sentido, Zehr (2008) entende que a expansão da rede e a ineficácia das penas alternativas para alterar a situação do sistema penal ocorrem em razão de estas, na perspectiva do paradigma punitivo, apoiarem-se na mesma compreensão de crime e justiça, partindo dos mesmos pressupostos: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e, por fim, a violação da lei define o crime.

Para Beristain, o esgotamento do paradigma punitivo dá-se em razão dos múltiplos anacronismos, a visão maniqueísta, a excessiva abstração filosófica, o casamento com a moral religiosa, a indiferença à realidade sócioeconômica, bem como a negligência quanto à diversidade de cosmovisões que convivem na sociedade e merecem amplo respeito (2000, p. 176).

Acrescente-se, ademais, a ineficácia dissuasiva do sistema penal. No atual estágio da contemporaneidade, ponderou-se que o efeito dissuasório preventivo almejado pelo sistema retributivo, pautado pelo paradigma punitivo, estivesse mais associado ao funcionamento do modelo, isto é, mais e melhores policiais, mais e melhores juízes e mais e melhores prisões confeririam maior efetividade ao sistema e, por consequência, preveniriam o delito. Todavia, esta suposta efetividade da melhor punição significou, na prática, mais reclusos nas prisões, porém não necessariamente diminuiu as estatísticas da criminalidade (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2000, p. 363).

Analisando a lógica do funcionamento do sistema de justiça criminal, Lola Aniyar de Castro (1983, p. 66-67) destaca que fórmulas e equações repressivas ou intimidatórias são meramente sintomatológicas, policiaiscas e não cuidam das raízes do problema criminal, prescindindo da sua análise científica.

Esta lógica punitiva foi analisada e batizada por Álvaro Pires (2004) como o fenômeno da racionalidade penal moderna, na qual a maior criminalização leva a maiores índices de criminalidade, de forma que se aumenta a massa de encarcerados bem como a sensação de insegurança, clamando-se assim por maior rigor punitivo, persis-

tindo tal ciclo vicioso, de modo a não se vislumbrar outra alternativa para a solução do problema criminal senão mais e maior punição.

Assim, erigiu-se o direito penal à categoria de solucionador de todos os males sociais que ferem os bons cidadãos, criando-se um ciclo vicioso que desgasta o sistema punitivo, conduzindo-o a níveis dramáticos de ineficiência.

Diante dessa crise do paradigma punitivo, percebe-se que a justiça restaurativa emerge enquanto novo modelo e nova proposta de reação ao crime, introduzindo “novas lentes” na percepção do delito enquanto evento que atinge, além de bens jurídicos, pessoas, oferecendo, mais do que penas alternativas, novas alternativas às penas.

5 A concepção de um paradigma restaurativo

Restaurar significa reparar, recuperar o que foi perdido, restabelecer ou recomençar. Nesse sentido, originada a partir da confluência da vitimologia e do abolicionismo penal, surge a justiça restaurativa como um modelo diferente de justiça penal, com finalidades, procedimentos e mecanismos divergentes dos tradicionais para solucionar os conflitos oriundos da prática de um crime.

O termo “justiça restaurativa” teria sido utilizado pela primeira vez em 1977, em um artigo de autoria de Albert Eglash, intitulado de “Beyond Restitution: creative restitution”, sendo este considerado o pioneiro no discurso restaurativo. O citado autor considera existirem três modelos de justiça: a punitiva, que foca na punição; a distributiva, que se centra no tratamento do delinquente; e, por fim, a restaurativa, orientada para a reparação dos danos originados pelo crime.

Partindo da premissa de que a missão do Direito Penal, além da proteção dos bens jurídicos, também é a restauração e manutenção da paz, tem-se que as propostas humanizadoras da justiça restaurativa objetivam regenerar o conflito interpartes e social gerado pelo delito, resgatando a paz e almejando tornar eficaz, em seus propósitos preventivo, retributivo e pedagógico, a sanção penal.

Na gênese da proposta restaurativa encontra-se a negação da natureza ontológica do delito, isto é, o crime é um produto humano artificialmente produzido, inexistindo conduta “naturalmente” criminosa, bem como a crítica ao sistema de controle social. Desta forma, a justiça restaurativa parte da proposta de que as consequências daquilo que se rotula como crime pode vir a encontrar solução mais adequada, sob a perspectiva da vítima e também do agente e da comunidade, em um procedimento mais participativo e orientado por princípios e finalidades diversas.

A justiça restaurativa possui nítida inspiração abolicionista. Contudo, não se pode afirmar que tenha, como proposta, a total erradicação do sistema penal. Em certa dimensão, é correto afirmar que a justiça restaurativa tenha herdado um patrimônio de ideias de cunho abolicionista. Entretanto, em determinado momento, a proposta restaurativa passa a trilhar caminho próprio e autônomo, por vezes, até divergindo e reconhecendo as limitações da teoria abolicionista (SANTOS, 2014, p. 62).

Apropriando-se das críticas formuladas pelos abolicionistas (em especial Louk Hulsman e Nils Christie), a justiça restaurativa, visando apresentar-se como um modelo diverso de reação penal, negando os elementos repressivos, seletivos e estigmatizantes do sistema criminal, propõe uma nova abordagem ao fenômeno criminal. Todavia, divergindo do abolicionismo radical, a justiça restaurativa vê vantagens na manutenção do Estado enquanto guardião dos direitos e admite a necessidade de uma pequena porcentagem das pessoas que estão nas prisões.

A proposta restaurativa não chega a ser tão ousada quanto a abolicionista, que propõe a eliminação do sistema penal, objetivo este que se mostra irrealizável no atual contexto social. Nesse sentido, concorda-se com Tiveron quando esta aduz que a proposta restaurativa perpassa por este caminho (2014, p. 267).

Em síntese, o que a justiça restaurativa, que pode ser vista como uma espécie de abolicionismo intermediário, propõe não é eliminação do sistema penal e o total afastamento do Estado na construção da solução dos conflitos, mas, sim, uma nova (e possí-

vel) abordagem do fenômeno criminoso, vislumbrando-se também a dimensão humana do delito, o que demandaria não a exclusão, mas uma diferente postura por parte do Estado.

Ademais, a justiça restaurativa também emerge como sistema de justiça criminal a partir das críticas formuladas pela vitimologia, visando atender aos interesses da vítima, figura esquecida do processo penal moderno.

O direito penal contemporâneo, ao tutelar bens jurídicos, esqueceu-se da vítima, negligenciando os danos causados a esta, bem como a necessidade de reparação. Da mesma forma, o processo penal esquece-se da vítima, deixando-a à margem do processo, tratando-a como mero objeto de prova.

O fenômeno do “roubo do conflito”, analisado por Christie, percebe que os conflitos originados pelo delito pertencem aos advogados, juízes e tribunais. Para o autor, “los conflictos del delito se han transformado en una pertinencia de otras personas – principalmente los abogados – o han sido redefinidos en interés e otras personas” (1992, p. 165).

A dinâmica processual penal, com sua linguagem e rituais próprios, pautada pelo paradigma punitivo, busca a punição do ofensor, como única solução possível ao crime ocorrido, deixando a vítima à margem de todo procedimento, não dando a esta oportunidade na construção da solução adequada ao conflito no qual esta se encontra imersa.

Essas críticas formuladas pela vitimologia vêm ao encontro da ideologia restaurativa, que se pauta pela necessidade do atendimento dos interesses das vítimas na justiça criminal.

Para Pallamolla, a grande herança da vitimologia que foi herdada pelo modelo restaurativo consiste na percepção de que o sistema de justiça penal ignora a vítima e suas necessidades. Muitas vezes, esta apenas deseja que seus danos sejam ressarcidos, que o ofensor lhe dê explicações para que possa compreender o ocorrido, ou, ainda, que lhe peça desculpas (2009, p. 52).

A justiça restaurativa, outrora considerada uma utopia, hoje desponta como uma realidade fática no cenário jurídico brasileiro. Assim, com o advento da Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada no dia 31 de maio do ano de 2016, bem como da Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, emergem as práticas restaurativas como uma alternativa e como um novo paradigma de justiça penal, ainda não normatizadas, no ordenamento pátrio. Outrossim, faz-se importante destacar que a justiça restaurativa não se apresenta como necessária alternativa ao aprisionamento, ou resposta universal para a todas as situações, nem pretende ser uma substituta ao modelo penal tradicional, pautado no retributivismo, podendo, inclusive, ser implementada de forma complementar. Para Zehr,

A maioria dos defensores da Justiça Restaurativa concorda que o crime tem uma dimensão pública e uma privada. Creio que seria mais exato dizer que o crime tem uma dimensão social ao lado de uma mais local e pessoal. O sistema jurídico se preocupa com a dimensão pública, ou seja, o interesses e obrigações da sociedade representada pelo Estado. Mas esta ênfase relega ao segundo plano, ou chega a ignorar, os aspectos pessoais e interpessoais do crime. Ao colocar o foco sobre as dimensões privadas do crime, conseqüentemente valorizando seu papel, a justiça restaurativa procura oferecer um maior equilíbrio na maneira como vivenciamos a justiça (2012, p. 22-23).

Ao surgir como movimento que repensa o fenômeno delitivo e as conseqüências e necessidades que o crime gera, a justiça restaurativa amplia o círculo de interessados no processo para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade.

Destarte, diante das peculiaridades, valores, propostas e princípios do modelo restaurativo, tem-se que este pode ser considerado um novo paradigma de justiça criminal, pautado em papéis e necessidades, primando pela dimensão privada e intersubjetiva do delito.

Ressalte-se, conforme destacado anteriormente, que o modelo restaurativo não pretende substituir ou contrapor-se ao modelo re-

tributivo punitivista. Ele apresenta-se como uma possível alternativa ao paradigma punitivo, podendo, inclusive, ser utilizado de forma complementar.

Conforme constatado por Thomas Kuhn (1992), dois paradigmas podem coexistir pacificamente, não sendo um novo paradigma o substituto definitivo do paradigma anterior. Um novo paradigma surge a partir da insuficiência do paradigma anterior, de modo que, diante da crise do paradigma punitivo, o substrato ideológico restaurativo apresenta-se como novo paradigma de justiça criminal.

6 Considerações finais

Diante do exposto, constata-se que a justiça restaurativa emerge como um novo paradigma de justiça criminal, propondo um modelo consensual, participativo e dialógico, que objetiva, antes da punição, a emancipação dos afetados pelo delito, por meio da reparação à vítima pelos danos sofridos, da ressocialização do ofensor e da restauração/reconstrução dos laços sociais rompidos.

Além disso, refletir a justiça restaurativa como um novo modelo de resposta ao crime é estabelecer um novo olhar frente à concretização de um sistema de justiça mais democrático e igualitário. Igualmente, a construção teórica da justiça restaurativa origina-se da vitimologia e do abolicionismo penal, radicando seus princípios e valores uma nova acepção de justo, que se relaciona com os valores da solidariedade, do diálogo, almejando a paz social a partir de uma nova perspectiva do fenômeno criminal.

Diante de um cenário de crise do paradigma punitivo, o modelo restaurativo emerge como nova proposta de reação ao delito, pautando-se por princípios e valores próprios, bem como visando resgatar a vítima no sistema penal. Todavia, o paradigma punitivo não pretende ser um substituto ao modelo retributivo. Ao contrário, o sistema restaurativo reconhece sua insuficiência para tutelar todos crimes na cada vez mais complexa realidade social.

Assim, à guisa de conclusão, tem-se que a justiça restaurativa pretende ser um novo paradigma de justiça penal, não um

substituto ou sucessor do paradigma anterior, mas uma alternativa complementar de resposta penal, podendo coexistir, de forma harmônica, com o paradigma punitivo.

Referências

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/disciplina/criminologia?type=6&materialid=5714339>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.academia.edu/7220124/A_Nova_Criminologia_A_Luz_do_Direito_Penal_e_da_Vitimologia_Antonio_Beristain>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. *Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica*. Campinas: Servanda Editora, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 7006/2006*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=13DBE49AD4E22DF43FAE5A36F2A>

E7F13.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=Tramitacao-PL+7006/2006>. Acesso em: 1º maio 2017.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime*. São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2008.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertinência. In: ESER, A. et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia: introdução e os seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. *Resolução n. 12, de 2002*. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 jul. 2002. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em: 23 maio 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *A justiça restaurativa da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 68, 2004.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; Oxford: University of Oxford; Center for Brazilian Studies, 2006.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito – a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus, 2014.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

Direito do Trabalho

A Reforma Trabalhista e o Direito Processual do Trabalho: retrocessos e violações ao direito constitucional de acesso à justiça

Igor Sousa Gonçalves

Pesquisador do Programa Jovens Talentos para a Ciência – CAPES (2014). Estagiário do Ministério Público do Trabalho – PRT 3ª Região (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2017).

Camila Diniz de Freitas

Estagiária do Ministério Público do Trabalho – PRT 3ª Região (2017). Monitora das disciplinas de Direito do Trabalho I e II na PUC Minas (2017). Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo: Este artigo objetiva analisar os impactos da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, sob a ótica do direito constitucional de acesso à justiça, em sua concepção moderna, segundo a qual essa garantia não pode se limitar ao direito exclusivamente formal do indivíduo de acessar a jurisdição. Para tanto, foram analisadas algumas questões práticas modificadas, sobretudo processuais, que dificultaram o acesso à justiça do trabalho, como: os requisitos para concessão e o alcance do benefício da justiça gratuita; a possibilidade de se firmar termo de quitação anual do contrato de trabalho; a validade de inserção de cláusula arbitral em contrato individual; e a criação do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Direito Processual do Trabalho. Acesso à justiça.

Abstract: This article aims to analyse the impacts caused by the Brazilian law number 13.467 (13/07/2017), known as Labor Reform, considering the constitutional right of access to justice's point of view, in its modern conception, which establishes that the guarantee of the mentioned right can not be limited to the exclusive formal individual right of accessing the jurisdiction. In order to achieve that purpose, modified practical questions were analysed, especially procedural ones, which hindered the worker's access to justice, such as: the granting requirements and the coverage of the free justice benefit; the possibility of signing an annual term of discharge of the employment contract; the validity of the insertion of arbitration clauses in individual contracts; the creation of the voluntary jurisdiction process creation for approval of extra-judicial agreements.

Keywords: Labor Reform. Procedural Labor Law. Access to Justice.

Sumário: 1 Introdução. 2 A reforma trabalhista e o direito constitucional de acesso à justiça. 2.1 Justiça gratuita. 2.2 Honorários periciais. 2.3 Consequências do não comparecimento à audiência inicial. 2.4 Termo de quitação anual. 2.5 Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. 2.6 Cláusula arbitral. 3 Considerações finais.

1 Introdução

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017) alterou não só a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas também as Leis n. 6.019/1974, n. 8.036/1990 e n. 8.212/1991, com a justificativa de adequar a legislação trabalhista às novas relações de trabalho.

Muito se discute sobre os impactos dessas modificações legislativas sob o ponto de vista da precarização das condições de trabalho e da violação dos direitos materiais dos trabalhadores. Todavia, cabe ressaltar que a reforma altera também aspectos processuais relevantes que podem comprometer a concretização desses direitos e a garantia constitucional de acesso à justiça.

Neste momento em que a Justiça do Trabalho é posta em cheque, é necessário se reafirmar a autonomia do direito processual do trabalho perante o processo comum, na medida em que o direito instrumental laboral é dotado de princípios e peculiaridades que o diferenciam, substancialmente, do processo civil (SARAIVA, 2008, p. 28).

Boaventura ressalta a necessidade de se compreender o direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada, na luta contra a opressão, a exclusão, e criticando a visão do liberalismo que concebe a despolitização do direito (SANTOS, 2014, p. 6-7).

Segundo Souto Maior, o processo não pode deixar de ser visto como um instrumento de efetivação do direito material, devendo ser concebido como uma via de acesso à consagração das promessas do Estado Social e, mais propriamente, do direito material do trabalho (2015, p. 8).

Afirma ainda o referido autor, que o processo do trabalho não se volta apenas à solução do conflito no caso concreto, aplicando a norma ao fato. Tem também a obrigação de implementar uma política judiciária destinada à correção da realidade, de tal forma a impedir que novas agressões jurídicas, com mesmo potencial ofensivo, se realizem (2015, p. 9-10).

Nesse sentido, este artigo pretende analisar as modificações, sobretudo processuais, trazidas pela reforma que impactam o direito constitucional de acesso à justiça dos trabalhadores, garantia esta prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição do República (CR/1988).

É cabível esclarecer que o conceito de acesso à justiça sofreu diversas transformações e, hoje, não pode se limitar ao direito formal do indivíduo de acessar a jurisdição. Tornou-se necessária uma atuação positiva do Estado no sentido de garantir a efetivação desse direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – se tornou a tônica das atuais discussões sobre

processo civil, na medida em que se reconhece, atualmente, que as técnicas processuais servem a funções sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Os processualistas italianos Mauro Cappelletti e Bryant Garth conceberam a teoria das chamadas ondas de acesso à justiça, que indicam as tendências, em âmbito mundial, de adoção de medidas para efetivação desse direito.

A primeira onda refere-se à busca de garantia de assistência judiciária aos pobres, enquanto a segunda diz respeito às reformas tendentes a proporcionar a representação de interesses difusos e coletivos. Por sua vez, a terceira, intitulada “enfoque de acesso à justiça”, prevê a compreensão do problema de forma ampla, buscando-se a distinção das diversas formas de litígio e barreiras, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-las (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Nesse sentido, conforme se demonstrará adiante, pode-se dizer que a Reforma Trabalhista representa um retrocesso, sob o enfoque da garantia constitucional de acesso à justiça, na medida em que atinge direitos que foram conquistados, historicamente, na chamada primeira onda de efetivação desse direito. A título exemplificativo, foram alteradas diversas regras relativas à justiça gratuita, conforme se infere dos arts. 790, § 3º e 4º, 790-B e 844, § 2º, da CLT, acrescidos e modificados pela Reforma.

Assim sendo, este artigo analisará as principais alterações, sobretudo processuais, trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho 2017, demonstrando quais são os impactos relativos ao (des)acesso à justiça dos trabalhadores.

2 A reforma trabalhista e o direito constitucional de acesso à justiça

O atual momento é de profunda mudança no mundo do trabalho, já que com a publicação da Lei n. 13.467, de 2017, vários foram os retrocessos apresentados no que diz respeito à garantia dos direitos sociais no Brasil.

Ao sancionar a Lei n. 13.467/2017, o presidente da República utilizou expressões como “aperfeiçoamento extraordinário”, “adaptação ao século XXI” e “modernização trabalhista” para se referir à reforma e seus efeitos nas relações de trabalho no Brasil, culminando com a frase: “a conflitância trabalhista gera uma litigiosidade social que é indesejada pela sociedade”¹.

Todavia, pretende-se demonstrar que a referida “modernização” poderá afetar os trabalhadores no que diz respeito às prerrogativas processuais que eram dadas a eles, no sentido de facilitar o acesso ao direitos sociais conquistados.

Assim sendo, buscar-se-á demonstrar os retrocessos trazidos pela reforma e os impactos de várias de suas disposições para os trabalhadores, ao atentar contra o princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário, além de dificultar e encarecer a tutela jurisdicional ao trabalhador.

Nesse sentido, apontar-se-ão alguns aspectos alterados pela reforma que dificultam o acesso à justiça por parte dos obreiros, tais como: a) alteração dos requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita; b) pagamento de honorários periciais; c) pagamento de custas na hipótese de arquivamento decorrente da ausência do trabalhador em audiência inicial; d) implementação do modelo de quitação anual do contrato de trabalho; e) possibilidade de inserção de cláusula contratual de arbitragem para determinados empregados.

2.1 Justiça gratuita

A antiga redação do art. 790, § 3º, da CLT, dada pela Lei n. 10.537/2002, facultava ao juiz conceder a justiça gratuita a quem recebesse até dois salários mínimos ou declarasse estado de miserabilidade.

1 Notícia disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanheplanalto/noticias/2017/07/dialogo-e-responsabilidade-provocam-avanco-extraordinario-na-legislacao>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

Por sua vez, a nova redação dada ao referido dispositivo estabelece que o benefício da justiça gratuita será concedido àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (valor que perfaz a quantia de R\$ 2.212,52, tendo como referência o valor máximo do RGPS de R\$ 5.531,31, válido a partir de 1º/1/2017) (LIMA, 2017b, p. 117).

Foi acrescido, no entanto, o § 4º do art. 790, o qual estabelece que “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

Verifica-se, nesse sentido, que a Reforma enrijeceu os requisitos para concessão da justiça gratuita, na medida em que, anteriormente, bastava a declaração do estado de hipossuficiência para que o benefício fosse concedido, em se tratando, o requerente, de pessoa física.

A essa conclusão chegou o TST, que, em 26 de junho de 2017, alterou a Súmula n. 269, cuja redação se transcreve a seguir:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-I, com alterações decorrentes do CPC de 2015).

I- A partir de 26.6.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II- No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Pela nova lei, contudo, caso o trabalhador receba salário superior ao valor atualizado de R\$ 2.212,52 – 40 % do valor do teto atualizado da RGPS –, terá que demonstrar a sua hipossuficiência. Percebe-se, dessa maneira, que a reforma cria uma primeira bar-

reira ao acesso à justiça do obreiro: terá o trabalhador, caso aufera quantia igual ou superior a citada, comprovar que deve ser considerado “pobre” no sentido legal.

Ressalta-se que, muitas vezes, a parte faz jus ao benefício. Todavia, não consegue demonstrar cabalmente que suas despesas a impedem de arcar com os dispêndios judiciais e tem, por consequência, o benefício indeferido. Sem falar na subjetividade da conceituação de “despesa”.

Além disso, na Justiça do Trabalho, a necessidade de se promover uma ação judicial tem como causa, na maioria dos casos, o descumprimento da legislação trabalhista por parte do empregador. Nesse sentido, incumbir o empregado da tarefa de arcar com as despesas processuais é uma forma de transmitir a ele um ônus que deveria ser suportado pela parte reclamada – ou ao próprio Estado, considerando o dever do poder público de garantir a efetividade do direito constitucional de acesso à justiça.

Outrossim, a presunção legal da hipossuficiência do trabalhador tem como fundamento o princípio da isonomia, sob a perspectiva material. Nessa concepção, não basta dizer que todos são iguais para que, efetivamente, todos passem a ser iguais. Existindo uma justificativa racional e expressa, é possível corrigir desigualdades por meio da criação de determinados “privilégios” a uma das partes, sendo essa a razão pelo qual se fala em justiça gratuita para os pobres e é possível a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente (LIMA, 2017a, p. 42).

A propósito, verifica-se que os parâmetros fixados pelo legislador tornam mais rigorosos os critérios para a concessão da gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho do que em outros microssistemas processuais, o que é um paradoxo, sobretudo diante dos direitos fundamentais e essenciais que se busca garantir nessa justiça especializada.

O próprio Código de Processo Civil de 2015, art. 99, § 3º, estabelece que “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”, em consonância com o entendimento do TST.

Se for feito um paralelo com os Juizados Especiais, que possuem como base, assim como a Justiça do Trabalho, princípios como o da informalidade e o da oralidade, verifica-se que, naqueles, a gratuidade é ampla em primeira instância².

É de se observar, ainda, que o acesso aos Juizados Especiais e, conseqüentemente, a possibilidade de litigar sem recolher custas para ajuizar a ação é garantida às micro e pequenas empresas³, sendo que estas podem auferir rendimento anual de até R\$ 4.800.000,00⁴, pelo que patente a incongruência com os critérios fixados para o trabalhador na reforma.

Outrossim, conforme se demonstrará adiante, o reclamante, na Justiça do Trabalho, não mais será isento também do pagamento de honorários periciais, quando for sucumbente no objeto da perícia.

Por fim, o arquivamento da ação, por ausência do reclamante à audiência, também dará ensejo a sua condenação ao pagamento de custas, ainda quando este for beneficiário da justiça gratuita.

2.2 Honorários periciais

A antiga redação do art. 790-B da CLT, com redação dada pela Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002, estabelece que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

2 Nos termos do art. 54 da Lei n. 9.099/1995, “o acesso ao Juizado Especial independêrã, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”.

3 O art. 8º, § 1º, II, da Lei n. 9.099/1995 estabelece que poderão ajuizar ações perante os Juizados Especiais as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

4 A Lei Complementar n. 123/2006, art. 3º, II, define como empresa de pequeno porte aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

Por sua vez, a nova redação desse dispositivo estabelece exatamente o contrário, isto, é, a parte vencida na perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, deverá pagar os honorários do perito⁵.

Nesse sentido, a União só responderá pelo pagamento do *expert* se o reclamante não obtiver no processo valor suficiente para quitar. Com isso, se o empregado postular, por exemplo, horas extras e adicional de insalubridade, sendo vencido neste e vencedor naquele, poderá não receber nada, porque os honorários periciais poderão ser pagos com esse saldo. De certo modo, a alteração legislativa promovida pela reforma acaba por intimidar a realização de perícias e a pretensão de adicionais de insalubridade e periculosidade (LIMA, 2017b, p. 118).

A Constituição Federal da República prevê em seu art. 5º, LXXIV, o direito à gratuidade judiciária aos que comprovem a insuficiência de recursos. Desconsiderando essa garantia, a nova lei determina o pagamento de honorários periciais pelo demandante sucumbente, mesmo que este seja beneficiário da justiça gratuita.

Desse modo, a imposição ao vencido dos ônus da sucumbência relativa à perícia também age como uma barreira no sistema de acesso à justiça, na medida em que não é comum que o litigante esteja absolutamente certo de vencer, tendo em vista as incertezas do processo (CAPPELLETTI; GARTH, p. 16-17).

Cediço que o ônus para requerer a realização de prova pericial, em regra, é do empregado⁶, na medida em que, nos termos do art. 195 da CLT, “a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”.

5 Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

6 Inverte-se o ônus de prova, dispensando-se a necessidade de realização de prova pericial, quando o pagamento já é efetuado por mera liberalidade da empresa, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 406 da 1ª Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho e da Súmula n. 453, também do TST.

Assim sendo, no caso da Justiça do Trabalho, o trabalhador, parte hipossuficiente da relação processual, correrá sempre o risco de ter que arcar com tais gastos, ainda que faça jus ao benefício da justiça gratuita, o que certamente servirá como barreira para o requerimento de adicionais de insalubridade e periculosidade, bem como das ações de indenização por adoecimento e acidente de trabalho, que dependem da prova técnica para serem concedidos.

2.3 Consequências do não comparecimento à audiência inicial

O *caput* do art. 844 da CLT, mantido pela reforma, estabelece que o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto a matéria de fato.

É o referido dispositivo um dos principais exemplos da manifestação do princípio da proteção no processo do trabalho, traçando consequências distintas para a ausência do empregador e do empregado. Todavia, foram acrescentados diversos parágrafos a esse artigo, que inverteram a situação de tal forma que a ausência à audiência inicial trará muito mais transtornos ao trabalhador.

O parágrafo segundo do art. 844, inserido pela reforma, determina que, na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 da CLT, ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Tal condenação só será extirpada se, no prazo de 15 dias, o reclamante comprovar que a ausência se deu por motivo legalmente justificável.

A princípio, poder-se-ia pensar que o trabalhador não seria tão prejudicado com essa alteração legislativa ou que tal mudança teria “boa intenção” ao coibir a ausência injustificada das partes às audiências.

No entanto, verifica-se aqui mais uma barreira ao acesso à justiça para os trabalhadores. Em primeiro lugar, porque teria o trabalhador que comprovar a justa causa legal dessa ausência.

Não é tal comprovação tarefa fácil, na medida em que a parte poderia se deparar com uma interpretação restritiva desse artigo por parte do magistrado que atua na causa, como a prevista na Súmula n. 122 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual a ausência deveria ser comprovada somente com a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção da parte.

Em segundo lugar, porque a referida condenação, nos termos da nova lei, será aplicada ainda que o reclamante faça jus ao benefício da gratuidade da justiça. Assim sendo, ainda que o trabalhador não tenha condições de arcar com essa despesa, deverá pagá-la.

Percebe-se, dessa maneira, que a alteração legislativa apresentada fere flagrantemente o art. 5º, inciso LXXIV, da CR/1988, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional, presumindo a má-fé do trabalhador que deixa de comparecer à audiência inicial, aplica ao litigante hipossuficiente sanção grave, desconsiderando o preceito constitucional que garante ao trabalhador a gratuidade da justiça.

Em terceiro lugar, tal condenação representa desproporcional violação ao direito de acesso à jurisdição, já que o § 3º do mesmo artigo estabelece que o pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

Trata-se de sanção aplicada ao reclamante sem qualquer amparo constitucional e que viola diretamente o inciso XXXV do art. 5º da CR/1988, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Dessa maneira, observa-se que o legislador infraconstitucional restringe o acesso à jurisdição por parte do trabalhador que inadimplir com a condenação aplicada.

É fácil perceber a gravidade da referida sanção, já que o obreiro que por alguma razão não lograr êxito em comprovar a justa causa de sua ausência terá que pagar custas, independentemente da sua possibilidade de pagá-las e sob pena de não poder ajuizar nova

ação. Acresce-se que, comumente, o trabalhador move ação judicial após ter se desligado do emprego, de modo que a imposição de penalidade pecuniária não parece ser o meio mais lógico e adequado para inibir o não comparecimento.

Para penalizar a negligência do demandante que não comparece à audiência, poder-se-ia, por exemplo, enrijecer os critérios da perempção (arts. 731 e 732 da CLT), ao invés de impor sanção que limite o acesso do trabalhador em razão de suas condições econômicas.

Por outro lado, o empregador, se faltar à audiência inicial, poderá ter a sua revelia relativizada, já que o § 5º do art. 844, também inserido pela Reforma, estabelece que “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”.

Portanto, o Processo do Trabalho, que deveria servir como um instrumento para reduzir as inúmeras disparidades existentes entre empregados e empregadores, acaba por inverter os papéis, tratando estes como se vulneráveis fossem e vedando o acesso à jurisdição daqueles.

2.4 Termo de quitação anual

O art. 507-B, incorporado pela reforma, traz a figura da quitação anual do contrato:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Trata-se de alteração envolvendo direito material que impacta substancialmente o acesso à justiça dos trabalhadores. Tal dispositivo facilita o uso da pressão econômica por parte dos empregadores para obter quitações que lhe sejam favoráveis.

Além disso, o termo de quitação anual firmado dificulta que o trabalhador posteriormente questione o pactuado, na medida em que pode ser utilizado como prova contra o empregado numa eventual ação judicial.

Não se pode desconsiderar o cenário econômico atual, de crise financeira e o alto índice de desemprego que assola o País, o que provavelmente fará com que muitos trabalhadores concordem em ofertar quitação de verbas que não receberam, apenas para garantir os seus empregos.

Ademais, esse dispositivo desconsidera a subordinação a que se encontra submetido o empregado em relação ao seu empregador e a pressão econômica existente entre as partes dessa relação contratual, sujeitando o trabalhador a vício de vontade, na expectativa de assim garantir o seu sustento, em violação às garantias constitucionais de proteção social.

Outrossim, a Constituição da República, em seu art. 7º, XXIX, garante o direito de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho: “com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Esse dispositivo visa garantir que o trabalhador possa requerer seus direitos, mesmo após a extinção do contrato, quando ele não mais se encontra subordinado ao empregador. Todavia, o termo de quitação anual do contrato de trabalho acaba por retirar do trabalhador essa possibilidade, já que ele pode ser induzido a dar quitação das verbas inadimplidas durante o curso contratual.

Além disso, de acordo com estabelecido pela reforma, o sindicato não mais deverá acompanhar o empregado no momento da rescisão contratual; todavia, poderá anualmente, caso requerido pelo empregador, ser compelido a fornecer termo de quitação das obrigações trabalhistas da empresa.

Em contrapartida a essa responsabilidade a que os sindicatos foram incumbidos, além de outras tarefas introduzidas, como, por exemplo, a possibilidade de suprimir ou negociar direitos tra-

balhistas com prevalência sobre a legislação (art. 611-A da CLT, introduzido pela reforma), a nova lei retirou das entidades sindicais a contribuição sindical obrigatória, o que poderá impactar a manutenção dessas organizações de trabalhadores.

Nesse sentido, verifica-se que essa nova atribuição dada aos sindicatos, se não acompanhada de outras medidas que garantam a liberdade das organizações sindicais, acabará se tornando prejudicial para os empregados, na medida em que, firmado o termo de quitação, o obreiro encontrará dificuldades para pleitear os direitos relativos ao período quitado, a não ser que comprove em juízo o vício da declaração perante o sindicato.

2.5 Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial

O art. 855-B, inserido pela reforma, introduz a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial por petição conjunta, por meio de processo considerado pela lei como de jurisdição voluntária. O artigo supracitado considera obrigatória, ainda, a representação das partes por advogado, que não pode ser comum às partes (art. 855, § 1º da CLT).

Verifica-se, nesse sentido, que a alteração legislativa realizada cria um procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais, com o escopo de pôr fim às relações de trabalho, nos termos acertados nesse acordo, que será homologado posteriormente pelo magistrado.

Esse dispositivo não apenas prejudica o acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, como pode também estimular os empregadores a descumprir a lei trabalhista para, ao final do contrato, com a oferta de valor irrisório, buscar no “acordo extrajudicial” quitação de tudo que inadimpliu (BRASIL, 2017, p. 79).

O art. 855-C estabelece que o acordo não pode eximir o empregador da incidência da multa administrativa por atraso no pagamento da rescisão e da multa em favor do empregado em razão da mora no pagamento da rescisão trabalhista do art. 477 da CLT.

Por sua vez, o art. 855-D fixa o prazo de 15 dias para o juiz analisar o acordo e, julgando necessário, designar audiência e proferir sentença. Caso esteja tudo conforme a lei, o magistrado deve homologar o acordo por sentença.

Nesse procedimento, o magistrado deve respeitar a vontade das partes no julgamento, porém deverá velar pela legalidade. O juiz examinará se ocorreu algum vício na vontade das partes, se não estará ocorrendo preterição a preceito de lei imperativa, renúncia ao irrenunciável ou acordo desproporcional aos direitos devidos (LIMA, 2017b, p.146).

Cediço que ao juiz não incumbe a verificação somente da regularidade formal do ato mas também do seu conteúdo, notadamente no que tange a sua conveniência para as partes e os requisitos elencados. “O Juiz deve velar para que a conciliação celebrada, com a sua assinatura homologando a avença, constitua-se em um ato eficaz, produzindo os efeitos queridos pelas partes” (ORSINI, 2007, p. 152).

No entanto, tendo em vista que o acordo extrajudicial pode ser entabulado por meio de petição conjunta, o juiz não terá parâmetros para avaliar se o acordo é danoso ou não ao trabalhador, como ocorre normalmente nas conciliações propostas na Justiça do Trabalho, em que o magistrado analisa os fatos narrados na petição inicial e consegue aferir se o valor ofertado é condizente com os direitos que seriam devidos ao trabalhador, considerando as incertezas do processo.

Além disso, a realização de audiência para prestação de esclarecimentos, pela nova lei, é mera faculdade do magistrado. Nesse sentido, a Reforma Trabalhista permite que o juiz homologue o acordo sem a oitiva das partes e a realização de audiência, o que facilita a ocorrência de fraude e coação.

Outrossim, o fato de a lei proibir que as partes sejam assistidas pelos mesmos patronos não impede a atuação fraudulenta por parte dos empregadores, na medida em que é extremamente factível que essa petição seja assinada por dois advogados da empresa, por exemplo.

Assim sendo, o referido processo de jurisdição voluntária acaba por desconsiderar o conflito existente entre empregadores e empregados, criando um procedimento que poderá ser utilizado para fraudar a quitação de verbas rescisórias e outros direitos dos trabalhadores, reduzindo o papel do Judiciário à mera administração de interesses privados.

2.6 Cláusula arbitral

O art. 507-A da CLT, inserido pela reforma, estabelece que, nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem.

O referido dispositivo legal estabelece que a iniciativa deve ser do empregado ou deve haver sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A referida alteração sugere que trabalhadores que recebem salários superiores a duas vezes o limite máximo dos benefícios previdenciários (tomando-se como base o valor a partir de janeiro/2017, R\$ 5.531, teto do RGPS) exercem com liberdade sua manifestação de vontade na relação de emprego, inclusive na elaboração do contrato individual de trabalho, o que, na prática, não se verifica.

Cediço que o fato de o trabalhador possuir um patamar salarial maior não elide o estado de subordinação jurídica e econômica, já que ele continua dependendo da contraprestação salarial para sustento próprio e de sua família, pelo que a concordância com a cláusula arbitral poderá ser imposta pelo empregador.

Nesse sentido, caso se pretendesse incorporar a arbitragem como forma de dirimir conflitos individuais de trabalho, o mais prudente seria que o trabalhador pudesse decidir por essa opção após a extinção do contrato de trabalho e não no decorrer deste, já que, durante o curso do contrato laboral, é evidente a subordinação do obreiro.

Essas premissas violam, portanto, o mandamento constitucional de proteção social ao trabalho subordinado (CR/1988, art. 7º, I). Ademais, a Constituição garante a todos os trabalhadores subordinados, independente do padrão salarial, os mesmos direitos fundamentais sociais baseados no princípio de justiça social (CR/1988, art. 3º, I e III, 7º a 11, 170, III e VIII, e art. 193).

Portanto, é inconstitucional o dispositivo que viola a garantia de inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo a qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2017, p. 74).

É importante ressaltar que é exigido que a iniciativa de opção pela arbitragem seja do empregado ou com a sua expressa concordância. Todavia, quando se fala em subordinação laboral, não há qualquer garantia que essa manifestação de vontade não seja alvo de vício de consentimento.

Para Delgado (2008), no âmbito do direito individual do trabalho, vigora o princípio da indisponibilidade de direitos, que torna inválida qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato. Segundo o autor, a fórmula arbitral pode levar a uma considerável redução ou supressão de direitos. Acresça-se, ainda, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna (DELGADO, 2008, p. 1453).

A Lei n. 9.307 parece querer conferir qualidades de coisa julgada material à decisão arbitral, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo, em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas. Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito Civil e Empresarial – onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade –, ela não parece passível de arrendamento no campo justralbista, em que os princípios nucleares são de natureza e direção sumamente distintas (DELGADO, 2008, p. 1454).

Portanto, a adoção de arbitragem privada como método de solução de conflitos individuais trabalhistas viola o princípio constitucional do valor social do trabalho (CR/1988, art. 1º, IV), pois desconsidera a premissa de hipossuficiência do trabalhador subordinado (CR/1988, art. 7º, I), negligenciando o patrimônio social protegido pelas normas de direitos fundamentais, dos quais decorrem as normas cogentes de direitos trabalhistas.

3 Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que a Reforma Trabalhista, promovida pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou significativamente diversas prerrogativas processuais dos trabalhadores, parte hipossuficiente da relação jurídica processual.

Parte das alterações, visando corrigir abusos de direito que ocorriam excepcionalmente na Justiça do Trabalho, presume a má-fé dos reclamantes, aplicando-lhes sanções graves e desproporcionais, como é o caso da condenação destes ao pagamento de custas no caso de ausência e honorários periciais, na hipótese de sucumbência na perícia, ainda que sejam beneficiários da justiça gratuita.

Por outro lado, outras alterações acabam por impedir o próprio acesso formal à jurisdição dos trabalhadores, o que ocorre em maior medida com as cláusulas arbitrais, que retiram do Judiciário certas demandas. Todavia, é o que se verifica também com o procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, que permite a celebração de acordos sem a realização de audiência e a oitiva das partes.

Por fim, a Reforma Trabalhista altera os requisitos para a concessão da justiça gratuita e reduz o seu alcance, conforme elucidado. Nesse sentido, pode-se afirmar que as alterações em comento significam um retrocesso sob o ponto de vista da concretização dos direitos dos trabalhadores e o seu direito de acesso à justiça, sobretudo considerando que essa garantia não mais se resume à possibilidade formal de se ingressar à jurisdição, manifestando-se também na consideração das desigualdades existentes entre os litigantes e o empoderamento da parte vulnerável.

Referências

BRASIL. *Pedido de veto total ou parcial do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria-Geral do Trabalho ao Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017*. Disponível em: <http://www.prt10.mpt.mp.br/images/PEDIDO_DE_VETO_FINAL_1.pdf> Acesso em: 11 ago. 2017.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de direito processual do trabalho: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Juízo conciliatório trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 139-161, jan./jun. 2007.

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

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4 ed. São Paulo: Método, 2008.

SENA ORSINI, Adriana Goulart de (Coord.). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 44, p. 7-49, set. 2015.

Sexualidade e trabalho: uma análise sobre a importância do respeito à diversidade sexual no ambiente do trabalho a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth

Tatiana Francio Salvador

Técnica Administrativa no Ministério Público do Trabalho 4ª Região. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente estudo trata do respeito à diversidade sexual no ambiente de trabalho, partindo do conceito de diversidade sexual, estudando o denominado “biscoito sexual” ou “the genderbread person” (sexo biológico X orientação sexual X identidade de gênero), e, após, analisando a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e a importância deste reconhecimento para a formação da identidade e dignidade do sujeito, especificamente no âmbito do trabalho. Assim, busca-se a inclusão social a partir do direito do trabalho, como uma das formas de efetivação do reconhecimento e dignidade.

Palavras-chave: Identidade de gênero. Direito à autodeterminação sexual. Discriminação. Dignidade da pessoa humana. Reconhecimento.

Abstract: This paper aims at discussing respect for sexual diversity in workplace, starting from the concept of sexual diversity, studying the so-called “sexual cookie” or “the genderbread person” (biological sex X sexual orientation X gender identity). After that, it analyzes Axel Honneth’s recognition theory and the importance of such recognition for the construction of the subject’s identity and dignity within work environment. Thus, social inclusion will be

sought from the labor law, as one of the ways of effecting recognition and dignity.

Keywords: Gender identity. Right to sexual self-determination. Discrimination. Dignity of the human person. Recognition.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito à autodeterminação sexual – o “biscoito sexual” ou “the genderbread person”. 2.1 Sexo biológico. 2.2 Orientação sexual. 2.3 Identidade de gênero. 2.4 Expressão de gênero. 3 Reconhecimento do trabalhador homossexual ou transexual e o respeito à sua dignidade. 3.1 Axel Honneth e sua teoria do reconhecimento. 3.2 Reconhecimento do trabalhador e dignidade da pessoa humana. 3.3 A importância da não discriminação no ambiente de trabalho. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Embora seres humanos não sejam iguais, pertencemos a uma comunidade que deve nos assegurar uma gama igual de direitos. Esta igualdade é assegurada por lei. As instituições devem igualar eventuais diferenças, e o Estado deve ser o garantidor da igualdade e isonomia de tratamento (ARENDE, 2011).

Entretanto, na nossa sociedade, mesmo que muitos avanços sejam verificados, observamos que qualquer comportamento sexual que fuja da heteronormatividade ainda é discriminado. No ambiente de trabalho, local no qual buscamos nosso sustento e passamos um terço de nosso dia, essa discriminação é ainda mais perversa, pois muitas vezes não há opção para saída. Por isso, a importância de que o estudo e a defesa do direito à autodeterminação sexual sejam também objeto do direito do trabalho.

Após discorrer brevemente sobre o direito à autodeterminação sexual, falaremos sobre conceitos necessários ao entendimento da questão, a partir do “genderbread person”, imagem frequentemente utilizada para explicar as diferenças entre identidade de gênero, expressão de gênero, sexo biológico e orientação sexual.

Após, utilizando conceitos de Axel Honneth e sua teoria do reconhecimento, trataremos especificamente da importância deste reconhecimento no ambiente do trabalho para a formação da iden-

tidade e dignidade do sujeito. Assim, trabalharemos como a inclusão social pode e deve se dar também a partir da ótica do direito do trabalho, sendo uma importante forma de efetivação de reconhecimento e dignidade.

2 Direito à autodeterminação sexual – o “biscoito sexual” ou “the genderbread person”

Norberto Bobbio fala sobre a multiplicação dos direitos do homem (embora estejam mais no discurso do que em ações efetivas), e que este crescimento estaria ligado ao aumento dos bens considerados merecedores de tutela, a extensão de direitos típicos e a consideração do homem como ente de direito. O direito à autodeterminação sexual decorre deste desdobramento de direitos (OLIVEIRA, 2003, p. 61-62).

A Revolução Francesa trouxe a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade, sendo a primeira vez em que os direitos fundamentais do homem foram normatizados. No entanto, sua origem remonta de tempo muito anterior. Já no antigo Egito e na Mesopotâmia havia direitos comuns a todos os cidadãos. Com o advento do cristianismo e a premissa de que somos todos feitos à imagem e semelhança de Deus, afirma-se o conceito de igualdade e fraternidade (SILVA, 2005, p. 11). Na Inglaterra do século XIII, o rei João Sem Terra reconheceu os direitos dos seus súditos na Magna Carta. Seguiram-se outros documentos, como *Petition of Right* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição Americana (SILVA, 2005, p. 11).

Com a crise de 1929 mostrando a ineficácia do Estado Liberal, este percebeu que deveria atuar frente a problemas sociais, razão pela qual uma série de direitos humanos foram materializados por instrumentos legais (SIQUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 51).

Inicialmente de cunho individual, surgem os denominados direitos fundamentais de primeira geração, representando os direitos civis e políticos. Com o passar do tempo, incluíram-se os direi-

tos sociais (direitos fundamentais de segunda geração), que observavam, além da proteção individual dos indivíduos, os direitos sociais, culturais e econômicos ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência. Nas constituições das sociedades modernas, surgem novos direitos, entendidos como direitos coletivos (denominados de terceira geração), que compreendem o direito ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente (HUMENHUK, 2004). Os direitos de liberdade e igualdade dos trabalhadores não se dão, a partir de então, apenas em face do Estado, mas também em relação aos demais poderes sociais (SARLET, 2009, p. 101).

A Constituição brasileira arrola entre os direitos fundamentais da pessoa o direito à intimidade e à vida privada, assegurando a sua inviolabilidade. Desses vem o direito de liberdade (autodeterminação) sexual também como um direito fundamental. Os direitos fundamentais e a liberdade geral de ação, garantidos no art. 5º, *caput* e II, constituem a essência da autonomia da pessoa humana, são a chave do seu poder de autodeterminação.

Essa ideia parte do conceito de exclusividade, segundo o qual existe um espaço só seu, não compartilhado com mais ninguém, no qual o indivíduo pode viver e sentir aquilo que o diferencia dos demais, gozando livremente sua personalidade. Deste local compartilha-se a vida com outras pessoas, seja por afinidade, empatia, amizade ou amor, mas ainda assim guarda-se uma singularidade e exclusividade não verificadas nas esferas política ou social.

A autodeterminação sexual, que está no meio da vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando sua identidade sexual, a livre escolha de parceiros e a expressão dessa identidade. Disso decorre a autonomia sexual que também se encontra na esfera de intimidade e vida privada do indivíduo, que é o poder de optar pela orientação sexual que lhe aprouver e relacionar-se com quem bem desejar.

Desde que foi nomeada pela ciência, a homossexualidade e a bissexualidade estiveram associadas à doença e ao pecado. Por isso, antigamente dizia-se “homossexualismo” e “bissexualismo”, com

sufixo *-ismo* para indicar doença e, portanto, tratamento. Em 1993, a Classificação Internacional de Doenças (CID) não considera mais a homossexualidade como doença, deixando de considerá-la como algo que deve ser tratado e pode ser curado.

Portanto, o uso sufixo *-dade* substituiu o sufixo *-ismo*, reconhecendo que se trata de uma característica da sexualidade e nada tem a ver com doença, crime ou pecado. Devemos falar de homossexualidade, bissexualidade e não de homossexualismo e bissexualismo.

Quando tratamos da sexualidade humana, conforme falaremos abaixo, diversas combinações de características são possíveis, e muitas vezes não são excludentes. Por isso criou-se a figura do “genderbread” ou “biscoito sexual”, em português, uma espécie divertida de gráfico para mais fácil entendimento. Aproveitou-se a semelhança fonética entre as palavras inglesas “ginger” (gengibre) e “gender” (gênero) e criou-se a imagem de “genderbread person”. Esta imagem tem sido utilizada para explicar as diferenças entre identidade de gênero, expressão de gênero, sexo biológico e orientação sexual.

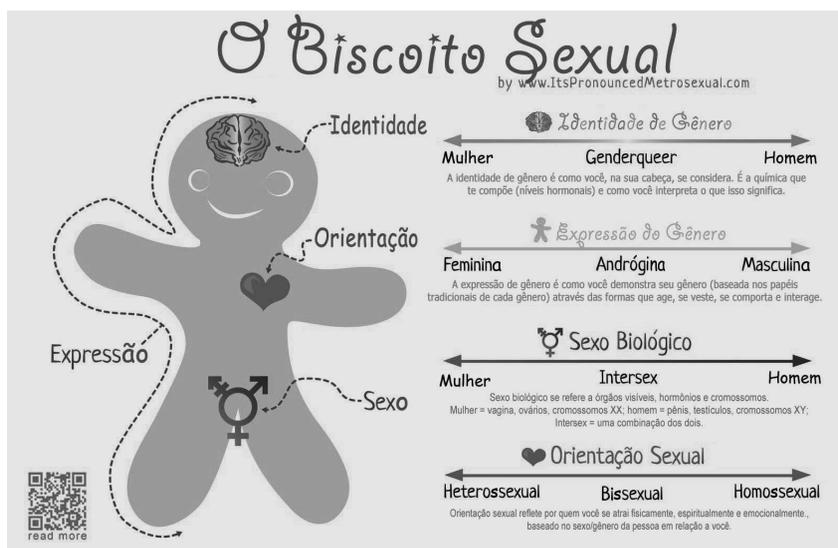


Figura 1 - O biscoito sexual. Fonte: <https://goo.gl/images/dFN0C1>

2.1 Sexo biológico

O sexo biológico divide-se em genético e endócrino-gonadal. Determinado quando da concepção, é expresso pelos órgãos genitais (internos e externos) e também pelos genes, hormônios e glândulas.

O sexo genético verifica-se pelas estruturas presentes no núcleo de cada célula, chamadas cromossomos. A presença do par de cromossomos X e Y determina o sexo masculino, enquanto a ocorrência do cromossomo X duplicado determina o sexo feminino. Pode já nessa fase haver anomalias genéticas ocorridas na divisão celular¹. Mas o cromossomo não é o único responsável pelo sexo biológico, os hormônios e as glândulas também influenciam.

O sexo endócrino é determinado pelas glândulas que produzem os hormônios e exercem, em maior ou menor grau, a determinação da feminilidade e masculinidade. A partir do sétimo mês de gestação até a puberdade, os hormônios irão influenciar no desenvolvimento do indivíduo (surgimento de mamas, alteração na voz, surgimento de pelos).

Essa combinação de componentes é chamada de *sexo morfológico* e são as características sexuais anatômicas, é a expressão final do sexo biológico, e se traduz na aparência e funcionalidade dos órgãos sexuais internos e externos.

2.2 Orientação sexual

A orientação sexual refere-se à direção ou à inclinação do desejo afetivo e erótico de cada pessoa. É a atração sexual por outros indivíduos, que podem ser pessoas de sexo diferente, igual ou ambos. Não é determinada pelo sexo biológico nem pela identidade de gênero. Não envolve apenas questões sexuais, mas também afetivas. Se a atração é por pessoas do mesmo sexo, sua orientação é homossexual ou homoafetiva. Se for por pessoas de outro sexo,

1 Síndrome de Turner (XO), Síndrome de Klinefelter (XXY) e Síndrome do supermacho (XYY).

sua orientação é heterossexual ou heteroafetiva. As pessoas que se atraem por ambos os sexos são chamadas bissexuais ou biafetivos.

Alguns consideram, ainda, os assexuais, que seriam aqueles indivíduos que não sentem atração sexual, e os pansexuais – pessoas cuja identificação com o outro independe de seu gênero, orientação, papel e identidade sexual.

O termo “orientação sexual” tem sido preferencialmente utilizado nos últimos anos, e não mais “opção sexual”, pois “opção” dá a ideia de que o(a) homossexual escolheu sentir o desejo que sente e, portanto, poderia ter optado por ser heterossexual. Se fosse uma questão de opção, heterossexuais também poderiam escolher sentir desejo por pessoas do mesmo sexo, o que pode ou não acontecer. Por isso, o correto é dizer e utilizar “orientação sexual”.

Não nascemos com uma orientação sexual já definida, ao longo da vida nos identificamos com diferentes formas de vivenciar nossos desejos de uma forma mais fixa ou mais flexível, conforme as experiências vividas por cada um(a).

2.3 Identidade de gênero

É a forma que o sujeito se percebe em relação ao seu gênero. Está relacionado ao comportamento de gênero que a pessoa desempenha na sociedade. Assim, sendo cultural, varia de acordo com a cultura e a época em que se vive. Não está necessariamente ligada à orientação sexual.

Freud já dizia que a identidade sexual é o reflexo do binômio natureza-ambiente no qual o indivíduo está inserido (OLIVEIRA, 2003, p. 14).

Grande parte das culturas privilegia a diferença sexual biológica (ter pênis ou vagina) como sendo determinante para a identidade de gênero. Essas diferenças físicas entre os sexos tornam-se norma para separar o masculino e o feminino, e também para definir quem deve se sentir masculino ou feminino. Ao longo da história humana construiu-se uma ideia subjetiva do que é ser masculino

ou feminino segundo ditames convencionais que determinavam o agir de homens e mulheres ou a partir da “oposição” entre eles.

Quando a identidade sexual é diferente do sexo biológico com o qual a pessoa nasceu, diz-se que a pessoa é transexual, independentemente de sua orientação sexual².

As orientações sexuais também expressam o desejo e o prazer e podem aparecer na vida de um indivíduo de muitas maneiras, não precisam ser fixas e inevitáveis. O padrão cultural demanda uma conexão entre o sexo do corpo (homens e mulheres), a identidade e a orientação do desejo para o sexo oposto, ou seja, homens devem desejar mulheres e vice-versa (SOUSA FILHO, 2009, p. 59-77). Entretanto, “comportamento e identidade são componentes da orientação sexual que não caminham necessariamente na mesma direção” (SIMÕES; FACCHINI, 2009, p. 31). O desejo, a afeição, o comportamento e o modo como as pessoas se percebem também são em certo nível fruto das convenções, contingências e constrangimentos sociais.

2.4 Expressão de gênero

A expressão de gênero é a maneira pela qual a pessoa se apresenta, sua aparência e seu comportamento, de acordo com expectativas sociais de aparência e comportamento de um determinado gênero. É como expressamos o nosso gênero. A expressão de gênero é também produto de uma sociedade e de uma época.

Trata-se da construção social do sexo, definido como uma caracterização anatômica e fisiológica dos seres humanos. Há machos e fêmeas na espécie humana, mas a condição de ser homem ou ser mulher só é realizada pela cultura. Ao longo de nossa trajetória, vai sendo construída uma percepção subjetiva de ser masculino ou feminino conforme os atributos, comportamentos e papéis

2 ARAGUAIA, Mariana. “Orientação Sexual”; Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/orientacao-sexual.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

convencionalmente estabelecidos para os homens e para as mulheres ou a partir da “oposição” entre os gêneros.

Gênero é uma categoria de análise social e, assim como a sexualidade, é concebido como uma produção da cultura. Essa construção, baseada na desigualdade entre o masculino e feminino e na visão da heterossexualidade como “natural” ou “normal”, permanece sendo a linha mestra do modo como as pessoas devem viver suas experiências. Utiliza-se o gênero e sexualidade dos indivíduos para hierarquizá-los.

Criam-se modelos “ideais” (atualmente o modelo ideal de sexualidade considerada saudável é entre adultos, dotados de identidade de gênero conforme o sexo biológico, monogâmico. Cria-se ainda uma expectativa social sobre o comportamento das pessoas que associa o masculino à atividade sexual e o feminino à passividade sexual). Tais modelos operam de forma a estigmatizar os outros modelos de sexualidade que diferem deles.

Assim, dizemos que a sexualidade é também uma construção social, mas defendemos que o sujeito, no exercício da sua sexualidade, deve poder exercer suas escolhas ao longo de sua trajetória sexual, não como alguém que está sob o comando irracional de instintos, impulsos, e nem como alguém que simplesmente se sujeita aos discursos sobre sexualidade. No exercício da sexualidade a pessoa, como sujeito sexual, está permanentemente interpelada por diferentes discursos e distintos contextos intersubjetivos, devendo ser um agente autônomo inclusive para lidar com os muitos discursos sobre o sexo, que, por vezes, são até contraditórios (PAIVA, 2008, p. 65).

3 Reconhecimento do trabalhador homossexual ou transexual e o respeito à sua dignidade

Alexis de Tocqueville (2000) já no século passado alertava sobre a “ditadura da maioria”, ou seja, a tirania da maioria sobre a minoria, os limites do poder popular e da força da maioria democrática contra a liberdade individual dos grupos minoritários que, sob a

égide da homogeneidade social, são postos à margem dos direitos. Nos fala ainda que um Estado democrático deve objetivar a busca da igualdade entre seus cidadãos. A força da maioria, em sentido contrário, impõe seus pensamentos e não aceita oposição. Assim, o império da maioria fragiliza o ideal de igualdade, fundamental aos governos democráticos, pois, ao mesmo tempo em que aumenta a força dos poderes que eram naturalmente fortes, debilita os fracos, não podendo haver igualdade em um Estado que privilegie a maioria e no qual o governo se exerça para e pelos mais fortes, deixando alguns à margem (a minoria fragilizada) (MARTINS FILHO, 2013).

Humberto Ávila conceitua igualdade como a relação entre dois ou mais indivíduos a partir de um critério que serve a uma finalidade, usualmente comparativa. Para tanto, deve-se definir uma medida baseada em critérios objetivos, caso contrário se trataria de uma “correlação espúria”. Tal comparação, contudo, não pode ser aleatória. Há de se relacionar diretamente com a finalidade que a justifique. Assim, se a comparação deve ser motivada, a diferenciação também precisa ser embasada (critério e finalidade), sob pena de ser considerada inconstitucional justamente por ferir o princípio da igualdade (ÁVILA, 2008, p. 63-65).

No nosso sistema jurídico igualdade não é somente tratar todos igualmente. No Brasil, segue-se a igualdade aristotélica, na qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, conforme o filósofo Aristóteles. Sem tratarmos os desiguais consoante sua desigualdade, não poderemos garantir a igualdade de oportunidades, e negaremos os direitos a quem fugir do estereótipo do que for considerado normal.

Para Konrad Hesse (1998, p. 332-333), o conceito de igualdade jurídica material fundamenta-se em vários fatos jurídicos e, com isso, surge a obrigatoriedade do tratamento igual, sem levar em conta as características pessoais, como cultura, religião etc. Contudo, a igualdade formal não revela garantia ao tratamento justo, motivo pelo qual buscamos, também, a formatação de um conceito de igualdade material. É arbitrário e inconstitucional qualquer tipo de diferenciação que tome por base uma caracte-

rística não essencial, ou seja, não prevista como essencial para o exercício de um determinado direito.

A não discriminação é um desdobramento do princípio de igualdade, que proíbe a discriminação negativa entre as pessoas. O princípio da igualdade verifica-se perante a verificação ou não da discriminação (RIOS, 2008, p. 24). A não discriminação é a igualdade de tratamento.

Nas palavras de Otávio Brito Lopes, “a discriminação é a antítese da igualdade. Em outras palavras, a negação do princípio de que todos são iguais perante a lei”. Afirma ainda que o princípio da igualdade é primordial para um Estado de Direito democrático e justo. A discriminação é a aplicação de regras diferentes a situações semelhantes, ou quando se aplicam as mesmas regras a duas situações distintas³.

Existem tentativas de formalização do conceito, como o artigo 1º da Convenção n. 111 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, que traz o seguinte conceito de discriminação:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas traz em seu artigo 1º o funda-

3 LOPES, Otávio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_17/Artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 8 dez. 2016.

mento jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No 2º artigo, afirma que as pessoas devem exercer seus direitos sem sofrer nenhuma distinção⁴.

A Constituição brasileira de 1988, no mesmo diapasão, elencou princípio de não discriminação entre os fundamentais para a conformação do Estado Democrático de Direito a ser moldado no Brasil. Em seu art. 1º, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, consagra: “III – a dignidade da pessoa humana; IV – o valor social do trabalho”. Elenca, ainda, entre os objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I, III e IV), “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” [grifo nosso].

O *caput* do art. 5º da Lei Maior, por sua vez, determina que todos devem ser iguais perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”, e aponta como garantia fundamental o princípio da igualdade. E, em seu inciso XLI, prevê que a “lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”.

Adiante no art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, proíbe-se diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; e distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos.

A legislação infraconstitucional também garante ao trabalhador que não haja restrições para o seu acesso ao trabalho, a menos que estas sejam apenas de requerimentos específicos para o desenvolvimento da função. Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o art. 373-A (inserido na CLT pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999) trata da proibição à publicação de anúncios discriminatórios para emprego; à motivação discriminatória para a

4 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 21 dez. 2016.

recusa de emprego, promoção ou dispensa; e à utilização de variável discriminatória para fins de remuneração, formação e ascensão profissional. Se não observado o dispositivo, haverá aplicação de multa administrativa (LIMA, 2009).

3.1 Axel Honneth e sua teoria do reconhecimento

Em sua obra *Luta por reconhecimento*, Axel Honneth demonstra como indivíduos e grupos sociais se inserem na sociedade atual por meio de uma luta pelo reconhecimento intersubjetivo. Fala sobre três formas de reconhecimento: amor, direito e solidariedade. Tanto indivíduos quanto grupos sociais só conseguem formar sua identidade quando possuem o reconhecimento intersubjetivo (SALVADOR; HONNETH, 2011, p. 189).

A partir do conceito de dependência absoluta de Winnicott, Honneth percebeu que na primeira fase do desenvolvimento infantil, na qual mãe e criança interagem simbioticamente, há a dependência do bebê e o redirecionamento da atenção da mãe a este, a fim de satisfazer suas necessidades. A partir da reinserção desses dois na sociedade, ocorre uma maior independência de ambos. A criança passa a desenvolver capacidades que a tornam capaz de se diferenciar, e passa ver na própria mãe um objeto com direitos próprios. E a mãe passa a reconhecer no bebê um ser independente. Esse reconhecimento recíproco transforma-se em experiência de amor recíproco. É o que Honneth chama de primeira esfera de reconhecimento, o amor (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008). Por meio do amor o indivíduo desenvolve a confiança em si mesmo, tão indispensável para os projetos de autorrealização pessoal. O amor apenas surge quando a criança reconhece o outro como uma pessoa independente (SALVADOR; HONNETH, 2011, p. 190).

Se essa relação mãe-criança inicial é positiva, a criança desenvolve autoconfiança e pode desenvolver de forma sadia a sua personalidade. A autoconfiança é a base das relações sociais entre adultos. Este tipo de reconhecimento é responsável também pela autonomia necessária para a participação na vida pública (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

Em relação ao reconhecimento do direito e o desenvolvimento da autoconsciência da pessoa enquanto sujeito de direito, a segunda forma de reconhecimento, Honneth afirma que no surgimento do direito moderno há uma nova forma de reconhecimento, e o sistema jurídico deve combater privilégios e considerar os interesses de todos os participantes da comunidade. Os sujeitos de direito precisam estar em condições de desenvolver sua autonomia, com o fito de decidir racionalmente sobre questões morais (direitos fundamentais). Destarte, a luta por reconhecimento deveria então ser vista como uma pressão, sob a qual o sujeito só se perceberia como pessoa de direito quando emerge uma forma de proteção jurídica contra a invasão da sua esfera da liberdade. Ao se reconhecer como pessoa portadora de direitos, adquire moral e uma existência digna. O reconhecimento jurídico (a segunda esfera do reconhecimento) cria as condições que permitem ao sujeito desenvolver autorrespeito (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008).

No direito há o respeito, a autonomia, apenas quando se reconhece o outro. O respeito demonstra que o indivíduo está inserido na comunidade, e é visto como sujeito de direito, autônoma e moralmente imputável ao desenvolver o autorrespeito (SALVADOR; HONNETH, 2011, p. 191).

O terceiro modo de reconhecimento é um meio social no qual o ser humano se individualiza, se diferencia dos demais (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008).

A avaliação social seria determinada pelo sistema moral dado por esta autocompreensão social. Esta esfera de reconhecimento está ligada à vida em comunidade de um modo tão veemente que a capacidade e o desempenho dos integrantes da comunidade somente poderiam ser avaliadas intersubjetivamente em relação ao outro (SAAVEDRA; SOBOTKA, 2008).

Para Honneth, uma pessoa sente-se valorizada ao perceber que suas capacidades individuais não são mais avaliadas de forma coletivista. Entretanto, existe um processo de luta constante, porque nesta nova forma de organização social há, além da busca individual por autorrealização, a busca de um sistema de avaliação

social. É uma luta por reconhecimento. Grupos sociais precisam desenvolver a capacidade de influenciar a vida pública para que sua própria concepção de vida boa encontre reconhecimento social e assim sirva também com referência moral para autocompreensão cultural e moral da comunidade (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

Em artigo que relaciona trabalho ao reconhecimento, Honneth afirma que após séculos de precarização do trabalho, e a realidade do expressivo número de trabalhadores que apenas trabalha com o intuito de subsistir, além de outra parcela que labora em condições extremamente insalubres, e ainda a crescente terceirização, fica difícil falar sobre conceito emancipatório de trabalho, de trabalho humano. Informa ainda que a Teoria Crítica, desiludida ao longo dos anos, se antes colocava sua esperança na humanização e emancipação do trabalho, a este voltou as costas, dedicando-se à integração política e aos direitos de cidadania (HONNETH, 2008).

Afirma também que a despeito do segundo lugar que a Teoria Crítica dá atualmente ao trabalho, para a sociedade ainda a identidade da pessoa passa pelo trabalho. Existe, por outro lado, o estigma negativo para aqueles que não têm emprego. O trabalho possui um sentido normativo, um dever ser. Assim, não pode ser apenas um local onde se garanta a subsistência mas também um lugar onde o indivíduo se satisfaça individualmente (HONNETH, 2008).

Logo, o trabalho precisa estar organizado e dotado de sentido para que gere o reconhecimento social. O autor critica Hegel por ver o trabalho apenas como dotado de normas estritamente formuladas em relação ao conflito capital X trabalho, e não dotado de sentido moral. Nos estudos do jovem Hegel, Honneth encontrou um conceito de reconhecimento, além de observar que Hegel prevê que ocorreriam conflitos no mercado capitalista, quando ocorresse acúmulo de capital em poucas mãos. Para solucionar tal dilema, deveria haver uma estrutura que previsse a remuneração do trabalho do indivíduo não apenas financeiramente. Surge daí a ideia do reconhecimento. O trabalho deve possuir um salário mínimo, mas o desempenho das atividades deve gerar o reconhecimento da contribuição para o bem geral (HONNETH, 2008).

Mas é em Durkheim que Honneth encontra uma visão do trabalho dotado de sentido. Embora, como em Hegel, Durkheim estude as estruturas da organização capitalista do trabalho, ele observa que o trabalho organizado gera a solidariedade, um sentimento de *pertencimento social*. Só a compensação financeira não é o suficiente. O trabalho gera no indivíduo um sentimento de pertinência social.

Embora não utilize o conceito de reconhecimento, em Durkheim, da divisão do trabalho surgem relações nas quais os atores sociais desenvolvem uma solidariedade (denominada por ele de orgânica) nas quais os indivíduos reciprocamente se reconhecem e se sabem interdependentes. Para que as relações de trabalho gerem formas orgânicas de solidariedade, os trabalhadores partem de um esforço comum e cooperativo para o bem de todos. Para o seu trabalho fazer sentido, ele deve ser executado com qualidade, para que o homem sinta que é útil para a sociedade (HONNETH, 2008).

Na sociedade moderna, a solidariedade está vinculada à condição de relações sociais simétricas de estima entre indivíduos autônomos e à possibilidade de os indivíduos desenvolverem a sua *autorrealização*. Para que os atores sociais possam desenvolver um *autorrelacionamento* positivo e saudável, eles precisam ter a chance de desenvolver a sua concepção de vida boa sem sofrerem *desrespeito* (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

Conflitos surgem do desrespeito a qualquer uma das formas de reconhecimento. Uma mobilização política somente se dá quando o desrespeito expressa a visão de uma sociedade. Então a lógica é essa: desrespeito, luta por reconhecimento e mudança social. A eticidade, conjunto de práticas e valores que formam uma estrutura intersubjetiva de reconhecimento recíproco, gera identidades. A identidade dos indivíduos é formada pela socialização, pela eticidade inserida em valores e obrigações (SALVADOR; HONNETH, 2011, p. 192).

3.2 Reconhecimento do trabalhador e dignidade da pessoa humana

A relação de emprego não gera apenas obrigações patrimoniais. O empregador tem dever de zelar pela dignidade moral do

trabalhador, bem como pelos seus direitos de personalidade. A violação destes implica violação de direito e obrigação trabalhista e do contrato de trabalho, autoriza a rescisão contratual pelo empregado e pelo empregador e a postulação da indenização patrimonial e moral consequente. Logo, a proteção à dignidade moral do empregado, aos seus direitos de personalidade, estão presentes no conteúdo do contrato de trabalho (CASTELO, 1999, p. 215-216).

O trabalho é um dos maiores valores para o ser humano, não só porque permite sua subsistência mas porque o insere na sociedade. Todo homem tem o direito de exercer uma atividade útil, a si, à sua família, e à sociedade como um todo, mediante justa remuneração (MORAES FILHO, 1975, p. 35-39).

O nosso ordenamento prestigia o valor do trabalho em vários dispositivos. O valor social do trabalho está explícito já no primeiro artigo da Carta Magna, no inciso IV. Enquanto direito social, está regrado no art. 6º da CR/1988 que o trabalho deverá ser protegido e resguardado pelo Estado. O art. 170 da Constituição ainda estabelece que a ordem econômica se fundará na valorização do trabalho humano, com o fito de assegurar ao cidadão existência digna, conforme os ditames da justiça social. Ressaltando ainda a importância do trabalho está o art. 193 da nossa Constituição, que dispõe que a ordem social está baseada no primado do trabalho, e tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Tais dispositivos demonstram a importância que o trabalho tem na Constituição Federal (HAINZENREDER JÚNIOR, 2009, p. 38).

Indispensável para o ser humano, porque, além de assegurar uma existência justa, é por intermédio do trabalho que recebemos o reconhecimento de nossa existência (VOGT, 2004, p. 51). Sua importância ultrapassa a esfera patrimonial. O trabalho apresenta uma importante função como alicerce da constituição do sujeito e sua rede de significados. Apresenta um sentido simbólico, relacionando-se com a subjetividade e identidade do trabalhador (EBERLE; SOBOLL; CREMASCO, 2009, p. 128).

O sujeito só consegue se realizar no campo social por intermédio do trabalho. De maneira que o trabalho e sublimação encontram

no trabalho operador fundamental para a saúde mental e na construção da identidade. É nele que as competências se afirmam e se realizam os projetos de vida (EBERLE; SOBOLL; CREMASCO, 2009, p. 129).

Para Márcia Guedes o desempenho de uma atividade profissional contribui para a construção da identidade do indivíduo. Quando uma pessoa não vê seu esforço reconhecido, ou, pior, é impedida de desenvolver seu profissionalismo, gera-se uma crise de identidade (GUEDES, 2010, p. 172).

Sabemos que o trabalho é a principal fonte de reconhecimento social e realização pessoal. O homem se identifica pelo trabalho. Na medida em que a vítima sente que está perdendo seu papel e sua identidade social, que está perdendo sua capacidade de projetar-se no futuro, verifica-se uma queda da autoestima e surge o sentimento de culpa; a vítima é tomada por grave crise existencial. A crise de relacionamento ocorre tanto na família quanto na esfera social. A relação familiar arruína-se na medida em que esta é a válvula de escape da vítima, que passa a descarregar sua frustração nos membros da família. (GUEDES, 2003).

A identidade, construída a partir de um processo que se desenvolve ao longo da vida, também se vincula à noção de alteridade, ou seja, a partir do olhar do outro. É na relação com o outro que nos reconhecemos, e é no ambiente de trabalho que a relação entre identidade X trabalho sofre a mediação do outro, que julga o reconhecimento. O reconhecimento é fundamental na construção do sentido do trabalho para o sujeito e possibilita a transformação do sofrimento (físico, inerente ao trabalho) em prazer e, assim, influencia a saúde mental, além de gerar motivação no trabalho (EBERLE; SOBOLL; CREMASCO, 2009, p. 131).

Honneth indica formas de negar o reconhecimento em suas três formas, para exemplificar o que seria desrespeito. Nos interessa no presente estudo o desrespeito à terceira forma de reconhecimento, o da solidariedade, que surge como degradação moral e injúria. Aqui a dimensão da personalidade ameaçada é a dignidade na degradação da autoestima. O indivíduo é privado da chance

de desenvolver uma estima positiva de si mesmo (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

O desrespeito atua como um freio social que pode levar à paralisia do indivíduo ou de um grupo social. Mostra o quanto o ator social é dependente do reconhecimento social. O ser humano está vinculado em uma complexa rede de relações e é dependente estruturalmente do reconhecimento dos outros indivíduos. A experiência do desrespeito é a base motivacional da luta por reconhecimento porque essa tensão afetiva só pode ser superada quando o ator social estiver em condições de voltar a ter uma participação ativa e sadia na sociedade (SAAVEDRA; SOBOTTKA, 2008).

Quando alguém é discriminado por sua opção sexual ou sua identidade de gênero, sua relação com o outro, seja superior, seja colega, fica perturbada. O olhar do outro sobre si é refletido por meio de agressões, verbais ou até mesmo físicas, que significam julgamento negativo. A discriminação minimiza a chance de reconhecimento, pois as atitudes negativas vão de encontro ao reconhecimento do outro como pessoa digna. Mesmo os colegas que não participam diretamente do assédio agem de forma a negar o sofrimento e injustiça, isso quando não julgam que a vítima “merecia” o destrato. Os julgamentos negativos proferidos causam rompimento de relações e vínculos com outros (colegas e chefes) (EBERLE; SOBOLL; CREMASCO, 2009, p. 131-132).

Luis Fernando Barzotto (2010, p. 20) afirma que o reconhecimento é um ato livre e imediato de afirmação e “*reconhecer o outro como pessoa é afirmar o valor ou a dignidade inerente à condição de pessoa*”. Ao falar sobre a dignidade da pessoa humana, afirma que esta é “*valor inerente à identidade humana, exige reconhecimento*”.

Ingo Sarlet (2009, p. 32-33) também escreve uma breve passagem sobre o reconhecimento. Inicia dizendo que a dignidade da pessoa humana, por se tratar de um valor de todas as pessoas, só faz sentido na coletividade. A ordem jurídica deve cuidar para que todos recebam igual consideração. A consideração e reconhecimento recíproco da dignidade no âmbito da comunidade pode ser definida como uma espécie de “ponte” que liga os indivíduos.

3.3 A importância da não discriminação no ambiente de trabalho

Embora, infelizmente, no dia a dia das sociedades a discriminação esteja presente, de forma, modo e intensidade variados, a discriminação no ambiente do trabalho torna-se ainda mais perversa, porquanto o trabalho é o modo de subsistência da maioria das pessoas e, ao receber um tratamento indigno no local de onde se tira o sustento, o sentimento de desamparo é muito maior. Apesar de expostos a um grande sofrimento mental, os empregados precisam continuar em seus postos de trabalho, expondo sua sanidade e equilíbrio mental.

Qualquer comportamento qualificado como atípico é passível de ser um critério de discriminação, seja ele o excesso de competência, os amigos escolhidos, partido político, time de futebol ou, no caso estudado, ser portador de doença. A pessoa passa então a trabalhar sob tensão, havendo casos graves de ansiedade, depressão e estresse pós-traumático. Tal desgaste pode gerar o afastamento do empregado por licença médica, aposentadoria por invalidez e até mesmo suicídio (PRATA, 2008, p. 33).

Uma má organização do processo de trabalho prejudica a saúde mental do trabalhador, age diretamente sobre seus pensamentos e sentimentos, e causa um sofrimento que repercute na história individual deste, nos projetos e esperanças que porta. Os riscos psicossociais também são perturbadores da saúde (MIRANDA, 2003, p. 193-232).

Quando a dignidade de uma pessoa é ferida, atinge-se sua esfera psicológica e, por consequência, sua esfera física. O grau dessa lesão é variável, uma vez que cada pessoa responde de maneira diversa a uma mesma adversidade. Dependendo da pessoa, o seu organismo se ressentir das agressões.

A desestruturação das relações pessoais com os colegas de trabalho, motivada pela discriminação, as relações de violência e de agressividade com a chefia e a consequente necessidade de externalizar a agressividade fazem com que ocorra a contaminação

das relações particulares do trabalhador, principalmente das relações familiares. As más condições do meio ambiente de trabalho também fazem com que, além de acidentes, o trabalhador corra riscos na esfera mental, ao desenvolver doenças psicossomáticas.

Ainda, ocorrem problemas psíquicos como ataques de ansiedade, de pânico, depressão, dificuldade de concentração, insônia, perda de memória e tonturas. A vítima pode também sentir palpitações e taquicardias que, se não tratadas, podem conduzir a um infarto. Pode acarretar-se ainda o enfraquecimento do sistema imunológico, reduzindo as defesas do corpo, o que o deixa suscetível a infecções e viroses (HIRIGOYEN, 2002, p. 161).

Ao discutirmos relações de emprego, deve-se ter sempre em mente que, em relação ao empregador, o trabalhador é hipossuficiente e, por tal razão, devemos sempre ter em vistas o princípio da proteção, principalmente ao tratarmos de discriminação. Por se tratar do lugar de onde se tira a subsistência sua e da família, o empregado muitas vezes se sujeita a condições que não aceitaria em outras situações. Como elo mais fraco da cadeia produtiva, o trabalhador precisa da proteção legal. O Estado deve cuidar das condições e do ambiente de trabalho.

4 Considerações finais

A sociedade é composta por uma rica gama de identidades complexas e distintas. O Estado Democrático de Direito deve desenvolver políticas baseadas em tolerância e respeito a fim de garantir a todas as minorias seu direito à vida digna e livre condução desta dentro do contexto social.

Qualquer prática que segregue algum indivíduo por causa de sua sexualidade deve ser enfrentada, e a discriminação só será superada quando promovermos meios para que os sujeitos exerçam seu direito à autonomia de sua sexualidade. Essa luta se dá com a valorização e reconhecimento do protagonismo, apesar dos discursos heteronormativos produzidos no âmbito da família, da comunidade religiosa, da escola, da rede de amigos ou das diversas instituições sociais.

Após análise do tema, foi possível verificar que é possível, a partir dos valores constitucionais e da aplicação dos princípios, avançar na proteção do indivíduo, independentemente de sua orientação sexual. Mais ainda, demonstrou-se que é dever do empregador garantir ao seu empregado homo ou transexual a igualdade de tratamento e respeito que devem ser dispensadas a qualquer trabalhador de sua empresa.

Esse dever de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um dever de não fazer, mas também de efetivar condutas positivas e preventivas a fim de proteger a dignidade do trabalhador. Portanto, é dever da empresa prevenir o surgimento de situações de discriminação com conscientização inclusive dos colegas e até mesmo clientes e parceiros comerciais.

Referências

ARAGUAIA, Mariana. Orientação sexual. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/orientacao-sexual.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARZOTTO, Luís Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 2.

EBERLE, André Davi; SOBOLL, Lis Andrea P.; CREMASCO, Maria V. F. Compreensões sobre o assédio moral no trabalho a partir da psicodinâmica do trabalho. In: SOBOLL, Lis Andrea P.; GOSDAL, Thereza Cristina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009. p. 105-135.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito ao trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Assédio moral e *straining*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 74, n. 2, p. 165-173, fev. 2010.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. *Civitas*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 46-67, jan./abr. 2008.

HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 8, n. 257, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 24 maio 2010.

LIMA, Maria Rosângela Rezende de. Efetivação da cidadania para a pessoa com deficiência no mercado de trabalho: discriminação,

desafios e conquistas. *Poliarquia – Revista de Estudos Políticos e Sociais do Centro Universitário*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_G%C3%8ANERO__CONCEITOS_E_TERMOS_-_2%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf?1355331649>. Acesso em: 24 jan. 2017.

LOPES, Otávio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_17/Artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 8 dez. 2016.

MARTINS FILHO, José Reinaldo Felipe. Da legitimidade à tirania: Tocqueville e a onipotência da maioria na democracia norte-americana. *Revista de Filosofia*, Amargoa, v. 7, n.1, jun. 2013.

MIRANDA, Carlos Roberto. *Ataque ao mundo do trabalho: Terceirização e seus reflexos na segurança e saúde do trabalhador*. In: Concurso de Monografias Ataque ao Mundo do Trabalho, 21. Teresina: ENAFIT, 2003. p. 193-232.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Temas atuais de trabalho e previdência*. São Paulo: LTr, 1975.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual*. São Paulo: Juarês de Oliveira, 2003.

PAIVA, V. A Psicologia redescobrirá a sexualidade? *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 13, n. 4, p. 641-651, out./dez. 2008.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta, e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas*, Porto Alegre, v. 8, n. 1. p. 9-18. jan./abr. 2008.

SALVADOR, Mateus; HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento, a gramática moral dos conflitos sociais. *Conjectura*, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 189-194, jan./abr. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

———. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ana Emília A. *A discriminação racial no trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. Desdobramentos jurídicos da homofobia no trabalho. *Espaço Jurídico*, v. 14, n. 2, p. 555-582, out. 2013. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2906>>. Acesso em: 31 dez. 2016.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. Paradoxos da identidade. In: ————. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Perseu Abramo, 2009.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOBBOL, Lis Andrea P.; GOSDAL, Thereza Cristina (Orgs.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009.

SOUSA FILHO, A. A política do conceito: subversiva ou conservadora? Crítica à essencialização do conceito de orientação sexual. *Bagoas*, n. 4, p. 59-77, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: sentimentos e opiniões*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VOGT, Alice. *A discriminação social contra o trabalhador que acionou a Justiça do Trabalho, sob o enfoque do princípio da igualdade de tratamento*. 2004. Monografia (Graduação) – Universidade de Direito, Universidade de Passo Fundo, Carazinho, 2004. 115 f.