

ATUAÇÃO: CONQUISTAS E DESAFIOS

ATUAÇÃO: ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES

A **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense** (ISSN 2595-3966), publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Pessoal do Ministério Público de Santa Catarina (CEAF/MPSC), está buscando o aprimoramento. Essa nova fase da revista é recente, lançando neste dezembro de 2019 apenas a quarta edição *on-line*, v. 14, n. 31. Apesar de sermos uma revista mantida pelo Ministério Público, o qual, em geral, tem uma tradição de publicações endógenas – sem nenhum demérito no emprego dessa expressão –, pretendemos estabelecer a **Atuação** como um periódico relevante para a pesquisa e a pós-graduação brasileira.

A **Atuação** é a revista jurídica do MPSC desde 2003, criada para difundir e aprimorar as atividades funcionais, científicas e culturais da Instituição. Até 2017, a revista era exclusivamente impressa, disponibilizada também em formato digital no site da Instituição. No ano de 2018, o periódico sofreu uma reestruturação, a fim de atender aos requisitos exigidos de periódicos científicos. Sob novo ISSN, a **Atuação** passou a ser disponibilizada exclusivamente *on-line* por meio da plataforma OJS e a equipe editorial passou a adequar a revista conforme não apenas os critérios divulgados no documento da área do Direito para avaliação do Qualis 2013-2016, mas também aqueles tomados como boas práticas pelos diretórios de periódicos, indexadores e bancos de dados.

A linha editorial da revista está claramente definida ao contemplar matérias jurídicas inerentes aos interesses tutelados pelo Ministério Público e/ou às funções institucionais a ele atribuídas pela Constituição da República e por leis infraconstitucionais. Foi formado um corpo qualificado de pareceristas externos, composto por doutores e doutorandos em Direito que representam diversas universidades do país, muitos dos quais têm experiências no exterior, a fim de realizar a avaliação duplo-cega de todos os artigos, obviamente, incluindo os artigos de autores vinculados ao MPSC. A periodicidade foi definida como semestral, publicando-se as edições ordinárias em 1º de junho e 1º de dezembro de cada ano. A fim de ampliar a visibilidade dos trabalhos, os artigos apresentam o título, o resumo e as palavras-chave em português e em inglês.

A **Atuação** é um periódico de livre acesso, que faz uso da licença CC-BY da Creative Commons. A partir do volume 14, número 30, de junho de 2019 (3ª edição do novo formato), a revista conta com registro DOI para todos os artigos e incentiva os autores a utilizarem o registro ORCID. A conta no Google Acadêmico foi criada e é abastecida a cada nova edição, assim como a conta no banco Sumários.Org. Além disso, a **Atuação** já foi indexada aos diretórios internacionais HeinOnLine (EUA), UlrichWeb (EUA), REDIB (Espanha) e Latíndex (México), bem como à Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal. As indexações não serão apenas essas, pois outras estão em andamento, porém, julga-se ter sido esse um bom começo para um período de apenas um ano e meio. A cada indexação, a revista se qualifica mais, a fim de oferecer um conteúdo mais validado e mais fidedigno.

A **Atuação** reconhece dois grandes desafios nesta fase. O primeiro é o alcance de uma exogenia entre os autores no índice de pelo menos 75%. Essa é a meta da revista, que está sendo alcançada aos poucos. Como tinha uma tradição de publicar somente artigos de Promotores e Procuradores de Justiça até 2017, em razão de sua anteriormente mencionada origem alicerçada na difusão e no aprimoramento das atividades funcionais dos membros do MPSC, o periódico recebe muitos textos de autores da casa. Porém, em razão da credibilidade institucional do MPSC, mesmo sem ainda ter sido classificado pelo Qualis, a revista tem aumentado o percentual de autores externos (atualmente mais de 50%), assim como tem publicado trabalhos de mestres e doutores vinculados a um número bastante variado de instituições de ensino superior. O segundo desafio diz respeito à internacionalização, ainda recebendo poucos trabalhos de autores estrangeiros. Nesse sentido, a equipe editorial já tem iniciado a divulgação em instituições estrangeiras, a fim de o periódico romper as fronteiras nacionais.

Para além disso, quanto a importantes detalhes de um periódico acadêmico, a revista conta com a revisão de texto de todos os trabalhos, inclusive do título, resumo e palavras-chave em inglês, com a revisão das normas da ABNT realizada por bibliotecários, bem como com o cuidado com a identidade visual realizado por *webdesigners*.

Para concluir esta Apresentação, cabe registrar que temos acompanhado com entusiasmo as mudanças realizadas pela equipe de avaliação do Qualis e

compreendemos que essas mudanças vêm para qualificar tanto os processos de classificação das revistas acadêmicas, quanto os próprios periódicos, muito embora esses não sejam os objetivos diretos do sistema Qualis.

Amélia Regina da Silva
Promotora de Justiça
Editora-responsável

Pareceristas que atuaram no volume 14, número 31, de dezembro de 2019

Fabício Toledo de Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio)

Vivianny Kelly Galvão (Universidade Federal da Paraíba - UFPB)

Anizio Pires Gavião Filho (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS)

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas)

Mauricio Mesurini da Costa (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC)

Nicolau Lupianhes Neto (Universidade José do Rosário Vellano - UNIFENAS)

Rosane Leal da Silva (Universidade Federal de Santa Maria - UFSM)

Danielle Maria Espezim dos Santos (Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL)

Luiz Antônio Freitas de Almeida (Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul - MPE/MS)

Gleisse Ribeiro Alves (Centro Universitário de Brasília - UniCEUB)

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP)

Norma Sueli Padilha (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS)

Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real - UNICAMPO)

ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA E DE LENIÊNCIA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

PLEA BARGAINING AND LENIENCY AGREEMENTS IN BRAZILIAN
ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAWSUITS

Juliana Padrão Serra de Araújo

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Programa de Dupla
Titulação com a Delaware Law School*

RESUMO: O presente artigo aborda a questão da realização de acordos de colaboração premiada e de leniência no âmbito da improbidade administrativa. Para tanto, analisa-se o alcance e as vantagens de tais institutos no combate à corrupção, nas esferas penal e administrativa, no direito brasileiro. Faz-se igualmente uma verificação da disciplina legal atualmente existente sobre o tema, inclusive sobre a vedação da celebração de acordos, contida na Lei de Improbidade Administrativa, bem como dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto. Após, procede-se a uma análise da incoerência lógica existente no microsistema anticorrupção brasileiro, sob uma perspectiva da racionalidade sistemática que deve conter o ordenamento jurídico. Ao final, defende-se a edição de lei que regulamente a realização de acordos de leniência e de colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, de maneira a restabelecer a coerência do sistema legal, garantir a segurança jurídica e promover de forma mais eficaz o combate à corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Colaboração premiada. Acordo de Leniência. Improbidade Administrativa. Microsistema Anticorrupção. Coerência.

ABSTRACT: This article aims to approach the issue of plea bargaining (with cooperating infractors) and leniency agreements in the administrative improbity realm. In order to do so, it analyzes the scope and the advantages of such legal instruments in the fight of corruption, considering the criminal and administrative spheres, in Brazilian legal system. It also verifies the existing legal statutes about the issue, including the prohibition of agreements, determined in Brazilian Administrative Improbity Act, as well as the legal doctrine and precedents concerning the matter. Afterwards, it carries out an analysis of the logical incoherence of the Brazilian anti-corruption legal microsystem, from a perspective of the systematical rationality which the legal system must contain. In the end, it defends the enactment of a legal statute which rules the plea bargaining (with cooperating infractors) and leniency agreements in the ambit of Brazilian administrative improbity lawsuits, in order to restore the coherence of the legal system, guarantee the judicial reliance and to promote, with more efficacy, the tackling of corruption.

KEYWORDS: Corruption. Plea bargaining. Leniency agreement. Administrative improbity. Anti-corruption microsystem. Coherence.

Enviado em: 24-07-2018

Aceito em: 15-09-2019

1 INTRODUÇÃO

A corrupção de agentes públicos é fenômeno endêmico, histórico e recorrente no Brasil, que corrói a confiança da população no governo e em seus agentes, afeta a eficiência do funcionamento da máquina pública e a sua capacidade de cumprir adequadamente as tarefas que são constitucionalmente colocadas a seu encargo, seja pela falta de recursos financeiros, dragados pelos esquemas de superfaturamentos de contratos e pagamento de propinas, seja pela incorreta eleição de prioridades e políticas públicas, motivadas não pelo autêntico interesse público, mas por espúrios objetivos particulares.

Conseqüentemente, a corrupção impacta negativamente todos os setores da sociedade e da economia brasileiras, tornando-se óbice intransponível ao alcance da sustentabilidade, em suas mais variadas acepções.

Para tentar frear a corrupção em âmbito nacional, (a par do necessário investimento em cultura e educação, pois ética e moral são valores que dificilmente podem ser impostos por lei à alma humana), o legislador brasileiro, profícuo na criação de belos e avançados diplomas legais (por vezes descumpridos pelo próprio governo), editou diversas leis que visam a combater e sancionar a corrupção nas suas várias esferas punitivas, num microssistema legal que pretende “fechar o cerco” aos administradores públicos e particulares corruptos, saqueadores dos cofres e da credibilidade do setor público no Brasil.

Ante a complexidade que os esquemas de corrupção geralmente assumem e a conhecida ineficiência do aparato investigatório estatal brasileiro para desvendá-los a contento, foram criados, no sistema legal brasileiro, a exemplo do que já ocorria em outros países, mecanismos legais, como a Colaboração Premiada e o Acordo de Leniência, no âmbito das tutelas criminal e administrativa, respectivamente.

Esses institutos visam a incentivar, mediante a mitigação de sanções, a franca e efetiva colaboração de corruptos ou corruptores nas investigações dos ilícitos penais e administrativos de que participaram ou participem, com vistas à identificação dos agentes envolvidos nos níveis mais elevados das organizações criminosas, à obtenção de provas e à recuperação de ativos desviados – tarefas que dificilmente seriam possíveis sem o auxílio do delator.

Tais mecanismos têm sido utilizados, via de regra, com sucesso, no âmbito da “Operação Lava Jato”, levando a uma sequência de elucidação de esquemas ilícitos nunca antes vista no país.

Entretanto, a Lei de Improbidade Administrativa não foi atualizada de forma a contemplar e regulamentar tais instrumentos – ao contrário, seu texto ainda proíbe a realização de transação e acordos no âmbito das ações de improbidade.

Assim, o presente artigo busca verificar se é possível, viável e juridicamente segura, à vista da legislação atualmente existente no Brasil, a celebração de acordos de colaboração premiada e de leniência, na seara da improbidade administrativa.

Para tanto, faz-se uma breve análise da doutrina pátria existente, com a pontuação de seus diferentes entendimentos sobre o assunto. São investigados, também, os fundamentos de alguns julgados que abordam a matéria, buscando aferir se há uniformidade jurisprudencial acerca do tema.

Procede-se, também, a uma breve análise acerca da coerência do microsistema anticorrupção brasileiro, com vistas a identificar a necessidade de ajustes na legislação pátria, para manutenção de sua integridade enquanto sistema jurídico.

Por fim, defende-se a criação de lei que preveja e regule a realização de acordos de leniência e de colaboração premiada na esfera punitiva da improbidade administrativa, de modo a se obter a desejável segurança jurídica acerca do tema.

Adotou-se o método de pesquisa dedutivo. A técnica utilizada foi a pesquisa de bibliografia e jurisprudência.

2 MICROSSISTEMA LEGAL ANTICORRUPÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, de viés moralizador da atividade pública, foram editados diplomas legais destinados a regulamentar vários dispositivos constitucionais e a complementar a legislação já existente no país, tendente ao combate à corrupção – aqui nesse estudo entendida sob uma ótica mais ampla, que abarca não só as condutas típicas descritas nos artigos 317 e 333 Código Penal, mas também qualquer conduta dolosa e maliciosa, ofensiva a princípios constitucionais que regem a Administração Pública¹.

¹ Art. 37, “caput” da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...” (BRASIL, 1988).

Tais diplomas legais, que foram se acrescentando uns aos outros, acabaram por formar o que a doutrina tem identificado como um microsistema anticorrupção², “voltado à supervisão e à proteção da Administração Pública, da integridade pública e da moralidade e probidade administrativas.” (BRASIL, 2017, p. 6)

Dentre os vários diplomas legais que compõem o assim chamado microsistema de combate à corrupção, destacam-se, para o que interessa ao presente estudo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), a Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993), o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999), a Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013) e, ainda, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013).

O microsistema anticorrupção estende-se “... por distintas esferas de responsabilização e sancionamento...” (BRASIL, 2017, p. 6), as quais, de regra, são independentes entre si, de modo que a mesma conduta ilegal pode gerar ao agente múltiplas penalizações, de diversas ordens, cada qual aplicada em sua esfera de jurisdição, guardada, entretanto, uma correlação lógica mínima entre elas. Nesse sentido, colaciona-se trecho do Estudo Técnico n. 01/2017 – 5ª CCR, elaborado pela Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal:

Ainda que possa não ser totalmente eficaz nem eficiente, mas sendo bastante desenvolvido em termos legislativos, o microsistema anticorrupção funda-se em premissas constitucionais, notadamente as relativas à configuração do Estado brasileiro e dos direitos fundamentais que o limitam e as estabelecidas no art. 37 da Constituição Federal de 1988. E também espalha-se por distintas esferas de responsabilização e sancionamento - penal, civil em sentido estrito, administrativa, de improbidade administrativa e política -, as quais operam racionalmente, de modo autônomo, mas ao mesmo tempo interdependente, com exceções expressas de necessária interferência recíproca, e que, incidindo sobre o mesmo fato, às vezes comunicando-se até para complementar-se, servem para abarcar as diferentes possibilidades de reparação de danos e um amplo espectro

² Sobre o tema, leciona Leandro Garcia Algarte Assunção: “Muitos dos setores do ordenamento jurídico brasileiro permitem sua compreensão a partir da ideia de microsistemas. (...) A ideia de se conceber a regulação de determinados contextos sociais por meio de microsistemas decorre em grande parte do posicionamento externado por aquele grupo de juristas (...) que se colocam em oposição ao processo de codificação (...), afirmando tratar-se de um processo estático e sem mobilidade para acompanhar os progressos e as rápidas mudanças por que passam as vidas humanas na contemporaneidade (...). Por conta de tudo isso, sustentam que a regulação das relações jurídicas decorrentes da vida humana em sociedade (...) deve se dar preferencialmente por meio de microsistemas, que seriam mais apropriados por apresentarem melhor visão de conjunto de todo o fenômeno (...). Ao reprovar condutas a serem em tese praticadas por pessoas jurídicas e vincular a reprovação a esse tipo de comportamento às vedações estabelecidas na Lei 8.429/92 e na Lei 8.666/90, o legislador brasileiro efetivamente construiu um microsistema de combate à corrupção a proteger o patrimônio público tanto de ataques por parte de agentes públicos, como também por parte de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública...” (ASSUNÇÃO, 2014. p. 266-269).

de punição aos agentes públicos e privados que lesarem o Estado, atendendo a distintos fins na proteção do bem jurídico em questão - a saber, a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e o combate à corrupção -, na expressão democrática da vasta liberdade de conformação do legislador. (BRASIL, 2017, p. 6)

Dentro do microsistema anticorrupção tem-se observado uma tendência, influenciada e encorajada pela experiência bem-sucedida de outros ordenamentos jurídicos, de se instituir mecanismos que incentivem a colaboração de autores de ilícitos com as autoridades públicas, no fornecimento de informações e provas, mediante negociação de sanções que lhes seriam aplicáveis.

Dada a incapacidade do Estado em investigar a contento esquemas mais complexos de corrupção, a vantagem desses novos “negócios jurídicos” parece insuperável, mormente nos casos que envolvem o conluio entre empresas e políticos de mais alto escalão, dada a organização, profissionalização e sofisticação de seus métodos.

Assim, se o combate à corrupção ganha insubstituível ferramenta de detecção e prova das infrações, através de formas negociadas de colaboração entre infrator e Estado, o noticiante e colaborador também é incentivado ao acordo por um sistema racional de benefícios. (BRASIL, 2017, p. 36)

De maior relevância para este estudo destacam-se o acordo de colaboração premiada, aplicável, na esfera de responsabilização penal, a pessoas físicas, autores ou partícipes de infrações penais, e o acordo de leniência, que incide na esfera sancionatória administrativa, aplicando-se apenas a pessoas jurídicas.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada consiste em meio de obtenção de prova na qual o autor do delito, confessando sua participação no crime, negocia com o Estado seu efetivo e eficaz auxílio na investigação criminal em troca de prêmios legais, como a redução ou o perdão das penas aplicáveis.

Muito embora já introduzida na legislação brasileira, para delitos específicos e de forma pontual, desde a Lei dos Crimes Hediondos, a colaboração premiada foi prevista de maneira genérica a partir da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99) a qual, em seus artigos 13 e 14, dispõe sobre o perdão judicial ou a redução de pena aos réus que tenham colaborado efetiva e

voluntariamente com a investigação e o processo criminal, auxiliando na identificação dos demais criminosos, na localização da vítima ou na recuperação do produto do crime.

Entretanto, foi somente com a edição da Lei n. 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas) que o procedimento da colaboração premiada foi estabelecido – o qual passou a se aplicar, por analogia, não somente ao crime organizado, mas também a todas as demais hipóteses de colaboração premiada.

Mesmo visto com reservas por grande parte da doutrina, não se pode negar a imensa utilidade probatória da colaboração premiada, mormente no combate à criminalidade organizada envolvendo crimes contra a administração pública.

Como bem assentou o Juiz Federal Sérgio Moro, em sentença proferida na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, a colaboração premiada constituiu-se "...instrumento de investigação e de prova válido e eficaz, especialmente para crimes complexos, como crimes de colarinho branco ou praticados por grupos criminosos (...)", sem o qual "...vários crimes complexos permaneceriam sem elucidação e prova possível." (BRASIL, 2017). Extrai-se do julgado:

250. Em outras palavras, crimes não são cometidos no céu e, em muitos casos, as únicas pessoas que podem servir como testemunhas são igualmente criminosos.

251. Quem, em geral, vem criticando a colaboração premiada é, aparentemente, favorável à regra do silêncio, a omertà das organizações criminosas, isso sim reprovável. Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanese da famosa Operação Mani Pulite, disse, com muita propriedade: "A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir jamais" (SIMON, Pedro coord. Operação: Mãos Limpas: Audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27). (BRASIL, 2017)

4 ACORDO DE LENIÊNCIA

A seu turno, a Lei 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, foi editada em resposta a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, e dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira.

De acordo com a lei, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente pelos atos, por si praticados, que "atentem contra o patrimônio público

nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (BRASIL, 2013), podendo ter contra si aplicadas penas que vão desde a multa administrativa até a decretação judicial do perdimento de bens, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a proibição de receber subsídios ou empréstimos de entes e instituições financeiras públicos e a sua dissolução compulsória.

Como já referido, a Lei Anticorrupção criou, em seu art. 16, a figura do Acordo de Leniência, que poderá ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas abrangidas pela lei, que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, em troca da isenção ou redução das sanções que lhes seriam aplicáveis.

Da colaboração prestada pela pessoa jurídica deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção rápida de informações e provas do ilícito apurado. Além disso, a pessoa jurídica deverá cessar completamente seu envolvimento na infração investigada, confessar sua participação no ilícito e cooperar efetivamente com as investigações e o processo administrativo – não se eximindo da obrigação de reparação do dano causado ao erário.

A intenção do referido dispositivo é incentivar a cooperação das pessoas jurídicas no desvendamento e desmantelamento de esquemas de corrupção de que participem, mediante a oferta da isenção das sanções previstas no inciso II do art. 6º - publicação da decisão condenatória - e no inciso IV do art. 19 - “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público” (BRASIL, 2013), bem como da redução em até 2/3 do valor da multa aplicável, como prevê o art. 16, § 2º da referida lei.

Além disso, em acordo de leniência ainda poderá ser aplicada a isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações, dentre elas, a suspensão temporária de participação em licitação, o impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, como dispõe o art. 17 da Lei n. 12.846/2013.

A maior parte da doutrina parece enaltecer as vantagens do Acordo de Leniência, como mecanismo de combate à corrupção. Nesse sentido, assenta Mateus Bertoncini:

Em tese, o acordo de leniência permite o combate mais eficaz e eficiente à corrupção, porque estimula, mediante benefícios ou sanções positivas, que a pessoa jurídica autora dos ilícitos do art. 5º revele a verdade, o que vem ao encontro da preservação e proteção do interesse público primário, dos princípios que governam a administração pública e da finalidade constante do Artigo 1, “a”, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de “promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção.” (BERTONCINI, 2014, p. 190).

5 DESVANTAGENS DA AUSÊNCIA DE INSTITUTOS SEMELHANTES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A fim de regulamentar o artigo 37, § 4º da Constituição Federal³, foi editada, em 2 de junho de 1992, a Lei n. 8.429, que trata dos atos de improbidade administrativa, assim entendidos como os atos ilícitos praticados por agentes públicos que violem os princípios constitucionais que informam a Administração Pública.

Em seu artigo 12, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) prevê a aplicação de sanções aos agentes públicos ímprobos e terceiros beneficiários, graduando-as conforme o ato de improbidade importe prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou somente a violação dos princípios administrativos.

Assim, por força da aplicação da LIA, os usurpadores da moralidade pública estão sujeitos, além da perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ao ressarcimento do prejuízo eventualmente causado ao erário, também às seguintes sanções: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo tempo e na forma previstos na lei.

Entretanto, tendo sido editada há mais de 25 anos, a LIA carece de atualizações legislativas, a fim de acompanhar a evolução do microssistema legal de combate à corrupção, do qual é uma das grandes e pioneiras expoentes.

Institutos semelhantes aos da colaboração premiada e do acordo de leniência, por exemplo, ainda não foram criados na Lei de Improbidade Administrativa – omissão legislativa essa extremamente desvantajosa pois, de um lado,

³ Art. 37, §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.”

priva o inquérito civil e a ação de improbidade desse importante mecanismo de investigação e de combate à corrupção e, de outro, pode acabar dificultando a formatação de acordos nos âmbitos de responsabilização criminal e administrativo.

Imagine-se a seguinte situação prática: uma pessoa jurídica envolvida num esquema de fraude a licitações, com participação de servidores públicos, pode sofrer as sanções previstas na Lei Anticorrupção, sem prejuízo das penas criminais e administrativas previstas no art. 88 da Lei de Licitações, além das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, no que couber.

Como já referido, tal pessoa jurídica pode vir a firmar um Acordo de Leniência, que implicaria a mitigação de várias sanções que lhe seriam aplicáveis, tais como a isenção da proibição de receber verbas de instituições financeiras e entes públicos, ou da temida declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, além da redução considerável do valor da multa aplicável.

Todas essas benesses, que envolvem economia financeira e preservam a capacidade de recebimento de empréstimos e contratação da empresa com órgãos públicos, podem ser interessantes a ponto de convencer seus dirigentes a assumirem o ônus e o desgaste de delatar os demais integrantes do esquema ilícito e fornecer às autoridades as provas de que disponham.

Entretanto, apesar de celebrar tal acordo de leniência, a pessoa jurídica ainda está sujeita à condenação nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa que, por força do art. 30, I da Lei Anticorrupção, não são afetadas pela aplicação desta última.⁴

Vale dizer que, apesar de ter acordado as benesses acima, a pessoa jurídica ainda poderá vir a ser condenada⁵, em sede de improbidade administrativa, aos mesmos tipos de sanção que negociou em acordo de leniência: pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Por evidente, a aplicação de tais sanções pelo magistrado, ao sentenciar uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, faria letra morta o acordo antes assinado. Assim, que utilidade teria o acordo de leniência, no

⁴ Art. 30. "A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992."

⁵ Abstraída a reparação do dano ou devolução dos valores auferidos ilicitamente, que ocorre apenas uma vez, sob pena de ofensa ao princípio *ne bis in idem*.

contexto da Lei Anticorrupção, se a pessoa jurídica viesse a ser condenada posteriormente, por aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, a praticamente as mesmas sanções que lhe foram antes suprimidas ou mitigadas?

Da mesma forma, a exclusão das pessoas físicas, mormente os dirigentes da pessoa jurídica, do alcance do acordo de leniência, também constitui grave desincentivo à efetivação prática de tal instituto. Sim, pois se a pessoa física ainda permanece sujeita às graves sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que interesse poderia ter o administrador da pessoa jurídica em confessar os próprios atos por si praticados na gestão da empresa, e produzir prova contra si mesmo, ensejando o ajuizamento de uma ação civil pública por ato de improbidade em que venha a ser réu?

Nesse sentido, assevera Mateus Bertoncini:

A Lei como está não deve estimular propostas de leniência. (...) A exclusão das pessoas naturais do alcance do acordo de leniência, especialmente os ligados à pessoa jurídica, impõe o pacto pelo silêncio entre o dirigente corruptor da pessoa jurídica e o agente público corrupto, o que resulta na preservação da danosa cultura de corrupção presente na esfera pública nacional. Sem alcançar a pessoa física, é evidente que essa não se sentirá estimulada a elucidar os atos lesivos à administração pública, revelando os agentes públicos corruptos e ímprobos que lesam o Estado e a sociedade brasileira. (BERTONCINI, 2014, p. 211)

Mesmo dilema enfrentaria o agente público de mais baixo escalão que, tendo menor participação no esquema, mas colaborado de forma efetiva para a identificação e responsabilização de seus mentores mais graduados, por força de acordo de colaboração premiada firmado na esfera penal, tivesse obtido o perdão judicial dos crimes contra a Administração Pública de que tenha participado.

Abstraindo-se a pena privativa de liberdade (que não se inclui no âmbito da LIA), a colaboração premiada não o isentaria da ameaça da perda do seu cargo público – talvez, a pior pena que lhe poderia ser aplicada. Sim, pois muito embora o perdão judicial afaste o risco da perda do cargo como eventual efeito da condenação penal (art. 92, I, “a” e “b” do CP), tal sanção ainda poderia vir a ser decretada por sentença em uma ação de improbidade administrativa. O mesmo se poderá dizer da pena de multa. Vislumbrando essa possibilidade, talvez o agente público não se sinta tão interessado em produzir prova contra si mesmo e assumir os ônus de delatar superiores hierárquicos. Talvez prefira não colaborar com a justiça e correr o risco de enfrentar a ação penal.

6 A VEDAÇÃO DE TRANSAÇÃO CONTIDA NO ART. 17, § 1º DA LIA COMO IMPEDITIVO À CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE LENIÊNCIA OU DE COLABORAÇÃO PREMIADA EM IMPROBIDADE – DIVERGÊNCIA

A Lei de Improbidade Administrativa, além de não prever instituto semelhante aos do acordo de leniência e da colaboração premiada, ainda proíbe, em seu art. 17, §1º, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações por ato de improbidade administrativa⁶.

A Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2005, revogou expressamente o referido dispositivo, mas acabou por perder sua vigência, por não ter sido convertida em lei, de maneira que remanesce a proibição legal de realização de transação, acordo ou conciliação em improbidade administrativa.

Embora parte expressiva da doutrina já admita em algumas situações a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em improbidade administrativa, no mais das vezes essas hipóteses abarcam apenas acordos acerca dos prazos, termos e condições em que se dará o ressarcimento do dano ao erário, ou a devolução dos valores auferidos ilícitamente, não se aceitando transação para mitigação das sanções legais propriamente ditas, previstas no art. 12 da LIA, haja vista a indisponibilidade da moralidade e do patrimônio públicos.

Nesse sentido, posicionam-se Marino Pazzaglini Filho (2015, p. 224), Arnaldo Rizzardo (2014, pp. 401-402), Daniel Neves e Rafael Oliveira (2017, pp. 222-223), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 735), dentre outros.

Assim, segundo essa doutrina, o art. 17, §1º da LIA impossibilita a realização de acordos de leniência ou de colaboração premiada no âmbito dos atos de improbidade administrativa – haja vista a proibição de negociação quanto à aplicação das sanções previstas no art. 12 da mesma lei.

Em sentido diametralmente oposto, Nicolao Dino defende que o art. 17 § 1º da LIA "...não constitui obstáculo ao emprego do instituto da colaboração premiada na seara da responsabilização por improbidade administrativa (...)." (DINO, 2016, p. 535)

O autor invoca a técnica da interpretação corretiva de Bobbio para resolução do que chama de "aparente incompatibilidade"⁷ entre as normas que permi-

⁶ Art. 17. "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput." (BRASIL, 1992)

⁷ Segundo Norberto Bobbio: "A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente

tem a colaboração premiada e o art. 17, § 1º da LIA, que a proíbe.

Refere que a *ratio legis* do aludido dispositivo é a tutela da probidade, a qual seria mais eficientemente alcançada por meio da colaboração dos investigados, ainda que mediante a concessão de benefícios legais:

Para superar a aparente incompatibilidade, é importante repisar a *ratio* do art. 17, §1º da Lei 8.429/92. A finalidade dessa regra (...) é evitar que haja livre e indevida disposição da ação, em prejuízo à tutela do dever de probidade administrativa. Ao revés, a busca da colaboração de investigados/réus infratores, em troca de benefícios quanto a sanções, não implica abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo mais eficiente. (...) Em outras palavras, o emprego da colaboração premiada, na esfera da responsabilização por improbidade administrativa, não implica livre disponibilidade da ação, mas sim o exercício de uma discricionariedade regrada, condicionada pela busca de maior eficiência e efetividade na atuação repressiva do Estado. (DINO, 2016, p. 534).

Waldo Fazzio Júnior, por sua vez, pondera que “o estágio assustador da corrupção pública no País reclama uma leitura mais aberta do tema” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, 460-461), defendendo a alteração do artigo 17 da LIA, a fim de que seja permitida ao Ministério Público, “...seja na etapa investigatória, seja no curso de ação de improbidade administrativa, a celebração de acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas” que praticaram ato ímprobo, condicionada a concessão de benesses legais à colaboração eficaz com o inquérito e a ação civil pública, bem como ao ressarcimento ao erário.

O autor reconhece, entretanto, que tal possibilidade ainda não existe no mundo jurídico mas, ao contrário, “...a disciplina dos acordos de leniência na direção apontada carece de aprofundada coleção de alterações legislativas.” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, 461-462).

7 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

A mesma disparidade de entendimentos doutrinários acerca da possibilidade de aplicação dos institutos da colaboração premiada e do acordo de leniê-

à qual se encontram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia.” (BOBBIO, 1995, p. 81). “Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; chamamos a insolúveis de reais.” (BOBBIO, 1995, p. 92). Bobbio refere que, caso a incompatibilidade entre as normas não puder ser resolvida pelos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade, está-se diante de uma antinomia real, de modo que cabe ao juiz decidir de acordo com a sua discricionariedade (BOBBIO, 1995, p. 100). Nesse caso, pode o juiz “...demonstrar que (as normas) não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada corretiva. (pp. 102-103)

cia à ação de improbidade administrativa também se verifica na jurisprudência brasileira.

No âmbito da denominada *Operação Lava Jato*, verificou-se inédito precedente do TRF da 4ª Região, que admitiu o recebimento de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa n. 5006717-18.2015.4.04.7000/PR para efeitos meramente declaratórios. Na aludida ação, o Ministério Público Federal emendou a inicial, em relação a alguns réus, que, após o ajuizamento da demanda, vieram a celebrar acordos de leniência e de colaboração premiada, em outras esferas, pleiteando, assim, a não aplicação de quaisquer das sanções previstas no art. 12 da LIA em relação aos colaboradores, mas somente o provimento declaratório da prática do ato de improbidade em si.

A tese foi acatada em primeiro grau, pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Curitiba. Manejado agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o desembargador relator proferiu decisão monocrática, da qual se extrai:

Com efeito, considerando que a ação de improbidade administrativa se enquadra como ação civil pública, visando à proteção de interesses transindividuais, de cunho difuso, a vedação do art. 17, § 1º, é de todo justificável, em face da indisponibilidade do patrimônio público. Entretanto, passados 24 anos da promulgação da LIA, e como bem referido na decisão agravada, o ordenamento jurídico evoluiu, e para melhor, tendo sido flexibilizada até mesmo a intangibilidade da ação penal, através do novel instituto da colaboração premiada, que excelentes resultados tem apresentado na consecução do interesse público. Ora, se a transação torna-se possível mesmo no âmbito criminal, não há porque não admiti-la excepcionalmente na seara cível. (BRASIL, 2015)

Entretanto, não faltam precedentes jurisprudenciais em sentido contrário, vedando a celebração de acordo em improbidade administrativa - situação que gera inevitável insegurança jurídica, tanto para o operador do direito quanto para os destinatários das normas punitivas.

Pode-se mencionar, por exemplo, o Acórdão n. 698504, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, em ação de improbidade administrativa movida no âmbito do caso que ficou conhecido como "Mensalão do DEM", negou ao delator Durval Barbosa a pleiteada extensão, à seara da improbidade, dos benefícios previstos em acordo de colaboração premiada, firmado com o Ministério Público Federal, no âmbito penal.

Extrai-se do voto do Relator, Desembargador Fernando Habibe:

A chamada delação premiada é instituto próprio da seara criminal, previsto no art. 13 a 15 da Lei 9.807/99. (...)

A improbidade administrativa, por seu turno, é infração cível que prevê penalidades civis diferenciadas, as quais se ligam, especialmente, à reparação do patrimônio e ao afastamento do agente, reconhecidamente ímprobo, do serviço público, o qual, por razões óbvias, exige elevado padrão ético dos administradores.

Uma reflexão crítica sobre as hipóteses de improbidade administrativa é o bastante para se concluir que o ressarcimento ao erário, a proibição de contratar, a proibição da continuidade do exercício do cargo público, a suspensão dos direitos políticos e o pagamento de multa não se comprazem com o perdão judicial. No máximo poderia haver diminuição ou inaplicação de multa.

Com efeito, na esfera criminal, a mens legis do instituto da delação premiada é a de que haja uma troca: a delação – para descobrimento da verdade – pela manutenção da liberdade do delator. No caso da improbidade, a moeda de troca não pode ser oferecida, pois importaria na disposição dos mecanismos de proteção do patrimônio público moral e material e esvaziamento por completo da ação. Sob outro aspecto, é de se observar que há identidade na infração criminal e na de improbidade administrativa no que se refere ao dever de reparar o dano. Todavia, neste aspecto, mesmo na órbita criminal, a delação premiada não afasta tal responsabilidade do infrator. Pelo contrário, é condição para a aplicação do benefício que haja a recuperação do produto do crime, o que quer dizer que, em se tratando de corrupção ou outros crimes contra a administração, o dinheiro público desviado deve ser devolvido.

O fato é que deveres de natureza civil, mesmo decorrentes de infrações penais, não se amoldam à redução de pena pela contribuição premiada.

Confrontando estas realidades e suas peculiaridades, não há como se negar distinção entre as hipóteses de infrações, de modo que, não se tratando de situações análogas, inaplicável o instituto criminal na seara da improbidade administrativa. (BRASIL, 2013).

No mesmo sentido, transcreve-se o seguinte precedente, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (...) EXTENSÃO DOS BENEFÍCIOS DA DELAÇÃO PREMIADA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 17, § 1º, DA LEI N. 8.429/92. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE EM RELAÇÃO AOS RÉUS QUE OBTIVERAM DELAÇÃO PREMIADA. SENTENÇA CONFIRMADA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS RÉUS. (...)

8. Não se afigura juridicamente possível a extensão dos benefícios da delação premiada aos requeridos em ação de improbidade, uma vez que se trata de benefício penal e a legislação não prevê qualquer extensão dos benefícios à esfera cível, como fez o julgador. 9. De fato, diferentemente do que ocorre na ação civil pública regida pela Lei n. 7.347/85, em se tratando de ação civil por ato de improbidade administrativa, não há que cogitar na mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público, por aplicação, na espécie, do estabelecido no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92. 10. Sentença reformada em parte em relação aos réus Carlos Eduardo Levischi, Diva da Silva Brígolia e a Lize da Rocha Pereira, para afastar a apli-

cação do benefício da delação premiada, devendo ser extraída cópia integral dos autos a ser remetida à origem, a fim de que o magistrado profira nova sentença, como entender de direito no que concerne a esse réus, sem o aludido benefício. Parcial ressalva do entendimento da relatora que entendia aplicável o disposto no artigo 515, I, do CPC. 11.” (BRASIL, 2014)

Por evidente, essa situação de incerteza jurídica advém da ausência de lei que permita ao Ministério Público, com segurança e previsibilidade, estabelecer qualquer nível de negociação com o agente ímprobo, com vistas à obtenção de colaboração nas investigações de atos de improbidade administrativa.

8 A NECESSIDADE DE RESTABELECEM A COERÊNCIA NO MICROSSISTEMA JURÍDICO ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRO, PARA OBTENÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Ora, parece faltar coerência lógica ao sistema anticorrupção brasileiro na medida em que, em relação a um mesmo ato ilícito praticado, de um lado se admite acordo de colaboração premiada e acordo de leniência (nas esferas penal e administrativa) e, de outro, não se admitem acordos semelhantes na esfera da improbidade administrativa.

Nesse sentido, afirma Nicolao Dino:

É correto afirmar, com efeito, a existência de um microssistema destinado ao enfrentamento da corrupção. Também integram esse microssistema a Lei 12.850/2013, a Lei 12.529/2011 e a Lei 12.846/2013. Em tais diplomas legais, encontram-se disposições relativas à colaboração premiada e ao acordo de leniência. Vale dizer, tanto no que se refere à esfera criminal, como no campo da responsabilização administrativa, há farto regramento acerca da concessão de medidas premiais em prol do investigado/acusado que colabora efetivamente na elucidação do fato e sua estrutura hierárquica, com vistas à ampla punição dos coautores e partícipes da empreitada ilícita.

Ora, em se tratando de um microssistema anticorrupção, do qual é parte integrante a Lei 8.429/92, é fundamental garantir-lhe coerência e funcionalidade, com a extensão daquelas disposições ao campo da responsabilização por improbidade administrativa.” (DINO, 2016, p. 553)

Norberto Bobbio enfatizou a necessidade de coerência do ordenamento jurídico, enquanto sistema normativo. Como bem sintetiza Orlando Luiz Zanon Júnior, segundo a teoria do mestre italiano, “...a ordem jurídica constitui um sis-

tema justamente porque as Normas que a compõem são coerentes umas com as outras, formando um todo íntegro.” (ZANON JUNIOR, 2016, P. 152)

Ao conceituar a categoria sistema, Bobbio dá grande ênfase à necessidade de coerência e ordenação do conjunto sistematizado:

Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação. (BOBBIO, 1995, p. 71)

Cláudio José Pinheiro, de sua parte, ao tratar da racionalidade na produção legislativa e judicial, estabelece que, no nível de racionalidade jurídico-formal, o sistema jurídico é tido “...não como um *sistema de informação*, mas como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas em um sistema (...).” Refere que “[O] fim da atividade legislativa e da atividade judicial é a sistematização”, preconizando que “...as leis e as sentenças constituam um conjunto sem lacunas, sem contradições e redundâncias...” (2002, p. 104). Destaca-se:

Quando o legislador e o magistrado atingem a racionalidade jurídico-formal, na elaboração do comando normativo, estão na realidade objetivando a inspiração do sentimento social de segurança do sistema jurídico. (...) Se uma norma jurídica contribui para *desorganizar a estrutura do ordenamento jurídico*, fica evidente que *ela é irracional* em nível jurídico formal. Esta desorganização da estrutura jurídica pode acontecer, por exemplo, quando: - a produção legislativa e judicial (...) incorre em lacunas e contradições ou introduz critérios alheios aos princípios do ordenamento jurídico.” (2002, p. 105)

De outro lado, Ronald Dworkin, ao tratar da integridade do direito (ou do sistema jurídico), afirma que esta pressupõe os princípios da integridade da legislação e da integridade do julgamento. Segundo Dworkin, o princípio da integridade da legislação “...pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios.” (DWORKIN, 2007, p. 203)

Assim, Dworkin sustenta que a “...integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.” (DWORKIN, 2007, p. 264).

O jurista norte-americano adverte, entretanto, que a integridade do direito não demanda coerência "...em todas as etapas históricas do direito (...); não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior." Ao contrário, a coerência exigida para a integridade do direito é "...mais horizontal do que vertical ao longo de toda gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar."

Claro que Dworkin considera a história uma essencial fonte de busca dos princípios jurídicos que são empregados na aplicação do direito, mas insiste que "[O] o direito como integridade (...) começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine." (DWORKIN, 2007, p. 273-274)

Assim, a proibição de acordos judiciais em ações de improbidade administrativa, que efetivamente justificava-se nos idos de 1992, hoje encontra-se em situação de incoerência com o restante do ordenamento jurídico anticorrupção que foi se construindo ao longo de mais de vinte anos, desde que a Lei de Improbidade Administrativa foi editada.

E a coerência do sistema é inclusive fator essencial à obtenção da tão almejada *segurança jurídica*, entendida por Bobbio como a exigência de *certeza* do ordenamento jurídico:

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. (grifo nosso) (BOBBIO, 1995, p. 113).

Importante, portanto, olhar para o futuro e atualizar a legislação, permitindo e regulamentando os acordos de colaboração premiada e de leniência, em sede de improbidade administrativa, a fim de se alcançar a *integridade* e a *coerência horizontal* do microsistema anticorrupção existente no atual momento

histórico-legal brasileiro, com vistas à obtenção da segurança jurídica, indispensável à estabilidade das relações sociais e da democracia.

9 A NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI PREVENDO E REGULAMENTANDO A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA, COMO IMPERATIVO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Destarte, não há dúvidas de que, ante a já apontada incoerência do microsistema anticorrupção, advogados e seus clientes sentem-se inseguros em revelar seus segredos ao Ministério Público em troca do perdão pelos atos de improbidade administrativa praticados ou da mitigação das sanções a tais atos cominada. De fato, atualmente não há certeza de que um acordo assim entabulado possa efetivamente vir a surtir os efeitos legais pretendidos pelas partes – haja vista a divergência doutrinária e a instabilidade jurisprudencial existentes acerca do tema.

Ora, o sistema jurídico brasileiro se enquadra no sistema da *civil law*, que privilegia a lei escrita, emanada do Poder Legislativo, como principal fonte do direito.

Não se olvida que os precedentes judiciais, característicos do sistema da *common law*, estejam cada vez mais ganhando força no direito brasileiro, a exemplo da criação de institutos como o da súmula vinculante.

Entretanto, é inegável que, na tradição romano-germânica seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, a lei escrita ainda tem preponderância e é levada em consideração pelos tribunais pátrios, geralmente refratários a inovações.

Não é por outro motivo que parte da doutrina, como visto acima, muito embora reconheça salutar a extensão dos acordos de colaboração e leniência à seara da improbidade administrativa, considere indispensável, para tanto, a edição de lei específica autorizando tal hipótese.

Tal inclinação vem bem estampada no seguinte trecho, extraído do voto do Relator, Fernando Habibe, proferido no Acórdão n. 698504, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, antes já mencionado:

Mesmo para aqueles que entendam viável e profícuo que haja a 'contribuição premiada no âmbito da improbidade administrativa, é inegável a necessidade de intervenção legislativa nesse sentido. Do contrário, o Ministério Público, que deve agir como defensor da lei, estará desbordando de suas funções de fiscal para criá-la, pois a

tese defendida em sede de contrarrazões não está adstrita ao mero campo da interpretação, ainda que analógica, mas veicula verdadeira inovação jurídica em situação diferenciada, substituindo-se ao legislador. (Brasil, 2013)

Assim, não se nega a simpatia pelas criativas e bem-intencionadas teses, de viés pragmático, que defendem uma interpretação legal que leve à aplicação imediata dos acordos de colaboração premiada e de leniência à improbidade administrativa, sem necessidade de inovação legislativa para tanto.

Porém, tal solução tem a desvantagem de depender do entendimento, das próprias convicções, enfim, da discricionariedade dos magistrados e tribunais, em cada caso concreto – o que põe em risco a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídica de que o delator necessita para decidir se expor.

De outro lado, é preciso reconhecer que o modelo jurídico brasileiro ainda segue uma forte orientação positivista⁸ – cuja vantagem é privilegiar a segurança jurídica e a previsibilidade do direito.

Como afirma Zanon Junior, o positivismo foi cunhado “num esforço para afastar as incertezas e inseguranças” (ZANON JUNIOR, 2016, p. 125) do modelo jusnaturalista, conferindo segurança jurídica ao ordenamento.

Por fim, não se trata somente de definir se são aplicáveis ou não os acordos de colaboração e leniência na área da improbidade administrativa.

Há também que se dirimir as dúvidas acerca de quais sanções, das previstas no art. 12 da LIA, poderiam ser negociadas e aplicadas em sede de acordo de leniência ou de colaboração premiada e de que forma – haja vista a natureza peculiar de várias delas, a exemplo das que envolvem a suspensão de direitos políticos e a perda do cargo ou da função pública.

Assim, a bem da segurança e da previsibilidade jurídicas, afigura-se urgente que a falta de coerência lógica do microssistema anticorrupção seja prontamente equacionada, não por meio de esforços argumentativos, em cada caso concreto, mas através da edição de lei que definitivamente permita e discipline, de forma segura e detalhada, respeitado acima de tudo o interesse público, a celebração de acordos de leniência e de colaboração premiada, também na esfe-

⁸ “O Positivismo Jurídico (ou Juspositivismo) é o modelo da Ciência do Direito que vem regendo as pesquisas e profissões da comunidade jurídica desde meados do século XIX. Entre os seus aspectos mais marcantes, cabe mencionar a separação entre Direito e Moral, a formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou, ao menos, prevalentemente) por Regras positivadas, a construção de um sistema escalonado só pelo critério da validade formal, a aplicação do Direito posto mediante subsunção e a discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis (hard cases).” (ZANON JUNIOR, 2016, p. 125)

ra da Lei da Improbidade Administrativa, tanto na fase extrajudicial, quanto no curso da ação própria.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inseridos no microssistema anticorrupção brasileiro após a edição da Lei n. 8.429/92, os institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência ainda não foram incluídos no âmbito da improbidade administrativa – muito embora suas vantagens no esclarecimento de ilícitos e obtenção de provas já sejam largamente reconhecidas, tanto no direito estrangeiro, quanto no Brasil, mais recentemente.

A experiência tem mostrado a conveniência de se transigir sanções com investigados colaboradores, para a obtenção de provas que jamais viriam à tona, a elucidação de esquemas ilícitos que jamais seriam desvendados e a identificação de agentes, de mais alta hierarquia e influência política que, por serem “blindados” e atuarem por meio de interpostas pessoas, dificilmente seriam alcançados pela lei – não fosse a colaboração, com a justiça, de um participante dissidente do esquema ilícito. Some-se a tudo isso a possibilidade de recuperação do dinheiro público desviado e fica realmente difícil sustentar o contrário.

Muito embora haja doutrinadores que rejeitem a possibilidade de negociação da aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, taxando-a de aviltante à indisponibilidade do princípio da Moralidade, acredita-se que a ponderação (*balancing*) de outro princípio constitucional, o da Eficiência, poderia advogar em favor da tese da constitucionalidade de uma futura provisão legal que contemplasse os acordos de leniência e de colaboração em sede de improbidade.

Como ensina Aharon Barak, o processo de ponderação (*balancing*) “...é baseado na identificação de valores e direitos relevantes para a resolução de uma questão perante o juiz.” (...). O significado de ponderação e peso está na avaliação da relativa importância social dos valores em conflito.” (BARAK, 2006, pp. 167).

O autor defende que a ponderação se trata de (numa tradução livre) “um ato normativo que pretende conferir às várias considerações jurídicas seus

próprios lugares no sistema legal e a sua importância social na totalidade dos valores sociais.” (BARAK, 2006, p. 168)⁹.

Assim, questiona-se: no atual estágio de desenvolvimento da história jurídica brasileira, a preponderância de qual dos princípios constitucionais conflitantes encontra mais eco nos anseios sociais? A do princípio da Moralidade, aqui extraído do argumento da indisponibilidade da moral pública, a impedir a transação de sanções de improbidade com colaboradores, mesmo que isso importe desperdiçar provas e informações preciosas, que poderiam levar à elucidação de esquemas ilícitos e de seus autores? Ou a do princípio da eficiência, a admitir a disponibilidade regrada de sanções em relação ao colaborador, com vistas a se obter um resultado mais eficiente e efetivo no combate à corrupção, inclusive com a recuperação do patrimônio público desviado?

Muito embora nos pareça evidente a resposta, a grande divergência doutrinária e jurisprudencial, no Brasil, acerca do tema, não favorece a segurança e a tranquilidade na tomada de decisão pela realização desses acordos em sede de improbidade, por parte dos operadores do direito e dos pretendentes colaboradores.

Desse modo, defende-se a edição urgente de lei que preveja e discipline, de forma certa e precisa, a realização de acordos de colaboração premiada e de leniência na esfera da responsabilização por improbidade administrativa – não por apego a teorias positivistas, mas considerando a necessidade de se obter segurança jurídica acerca do assunto.

Claro que o debate é espinhoso, dada a peculiaridade de várias sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, mas se trata de um debate imprescindível, haja vista a premência de se munir o Ministério Público com armas eficientes no combate à corrupção em todas as suas esferas punitivas.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. **Disposições Finais**: comentários aos artigos 22 a 31. *In*: Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coordenação Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 247-271.

⁹ No original: “The process of balancing is based on the identification of values and rights relevant to resolving a question before the judge. (...) The act of weighing is not a physical act but a normative one that is intended to grant the various considerations their proper place in the legal system and their societal worth in the totality of societal values.” (BARAK, 2006, pp. 167-168).

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. 2.ed., Princeton: Princeton University Press, 2006.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Do Acordo de Leniência**. In Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coordenação Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni. 1.ed., São Paulo: Almedina, 2014, pp. 189-220.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 5 outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.429**, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.807**, de 13 de julho de 1999. Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória n. 703**, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Turma Cível, **Acórdão n. 698504**, Relator Desembargador Fernando Habibe, Relator Designado Arnaldo Camanho de Assis, julgado em 10/07/2013 e publicado em 06/08/2013. Disponível em: <<http://www.pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Lei das Organizações Criminosas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4ª Turma, **Apelação Cível n. 0000174-15.2004.4.01.4200**, Acórdão n. 2004.42.00.000173-8/RR, Relator Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Relatora Convocada Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo, julgado em 08/04/2014 e publicado em 02/06/2014. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, **Agravo n. 5051034-52.2015.4.04.0000**, Relator Desembargador Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 11/12/2015. Disponível em: < https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8040412>. Acesso: em 15 jul. 2018.

BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba, Juiz Federal Sérgio Moro, **Sentença proferida na Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**, julgada em 12 de julho de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condena-lula-triplex.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Combate à Corrupção. **Estudo Técnico n. 01/2017**. Dispõe sobre as inovações da Lei n. 12.846/2013. Brasília: 22 set. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHEIRO, Cláudio José. **Fundamentos e/ou Níveis de Racionalidade da Produção Normativa Legislativa e da Produção Normativa Judicial**. In Revista Novos Estudos Jurídicos, Ano VII, n. 15, Itajaí: dezembro de 2002, pp. 95-116.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**: Direito Material e Processual. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI SEGUNDO OS PARÂMETROS DO HABEAS CORPUS N. 126.292/SP JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVISORY EXECUTION OF PENALTY AFTER JURY CONVICTION
ACCORDING THE PARAMETERS OF HABEAS CORPUS N. 126.292/
SP JUDGED BY THE SUPREME COURT

Alexandre Carrinho Muniz

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí*

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade jurídica de decretação da prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri, sob a luz do entendimento – resgatado – do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de cumprimento imediato da pena após análise pelo colegiado da 2ª instância. Traça um paralelo entre a decisão tomada no HC 126.292/SP e os casos de condenação pelo Tribunal do Júri, e demonstra o limite de discussão sobre a culpabilidade, com a distinção entre a sentença proferida de forma monocrática e o veredicto prolatado pelos jurados, bem como em relação aos efeitos quando interposto recurso contra eles. O método utilizado foi o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Execução provisória da pena. Condenação. Tribunal do Júri.

ABSTRACT: This paper examines the legal possibility of decreeing imprisonment after conviction by the court of jury, under the Supreme Federal Court understanding about the possibility of immediate compliance of penalty after appeal court decision. The paper draws a parallel between the decision in Habeas Corpus 126.292/SP and cases of conviction by the court of jury, and shows the limit of discussion on guilt, with the distinction between the monocratic sentence and the jury's verdict, as well as in relation to the effects when an appeal is filed against them. The deductive method was employed.

KEYWORDS: Prison. Provisory execution of penalty. Conviction. Court of Jury.

Enviado em: 20-07-2018

Aceito em: 03-09-2018

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a (im)possibilidade de execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri, partindo-se da premissa estabelecida na decisão levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do Habeas Corpus (HC) n. 126.292/SP, ou seja, não é o objetivo do presente artigo discorrer sobre o (des)acerto da decisão tomada pelo STF, mas, sim, a partir de sua premissa, conduzir o mesmo raciocínio nos casos de condenação decretados pelo Conselho de Sentença, cotejando seus parâmetros inerentes ao julgamento pelo colegiado, seus limites da discussão acerca da culpabilidade e sua restrição recursal.

Ainda assim, mesmo não sendo o propósito do presente trabalho científico, é relevante discorrer a respeito do conceito do princípio expresso de Presunção de Estado de Inocência, confrontado, necessariamente, com os limites da discussão sobre a culpabilidade.

Talvez um dos vícios mais encontrados no meio jurídico seja declarar a existência de um fato e sua ilicitude, determinando a autoria, somente quando há uma sentença sem possibilidades de recursos. À vista disso, existe uma confusão clara entre a realidade de um fato e os efeitos jurídicos desse fato, uma vez que não é o processo que dita se o fato existiu ou quem é o seu verdadeiro autor. Assim, ele procura reconstituir o passado, na medida de suas possibilidades, procurando conjugar os diversos pontos de vista, e estabelecer uma verdade processual (já que a verdade real é um conceito utópico e ultrapassado). Mas o resultado dessa reconstituição, a despeito de seu propósito, nem sempre corresponde à realidade. E o objetivo da análise da culpabilidade é justamente esse.

Num segundo passo, pretende-se, sem questionar o mérito da decisão, discorrer sobre os parâmetros utilizados pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP, identificando, no acórdão de 103 laudas, os passos argumentativos que estabelecem a premissa de que, após a decisão de segunda instância, que condena ou mantém a condenação do réu em ação penal, é possível a imediata execução da pena, ainda que pendente análise de interposto recurso especial ou extraordinário, assim como outros que deles derivam (embargos declaratórios, agravos, embargos infringentes etc.). Contribuições doutrinárias que venham a aderir aos

conceitos fixados pelo acórdão serão alinhadas ao trabalho, não sendo, nessa etapa, questionada a decisão do STF que, aliás, será utilizada como premissa ao terceiro capítulo.

Finalmente, e utilizando dos conceitos que constam no HC 126.292/SP do STF, além de colações doutrinárias, o objetivo é demonstrar o (des)cabimento da aplicação do mesmo raciocínio quando o Tribunal do Júri condena o réu por crimes cujo julgamento é de sua competência.

Partindo da premissa estabelecida pelo STF, procurar-se-á cotejar as razões em que levam a concluir pela possibilidade de imediata aplicação da pena após o julgamento do caso pela segunda instância, com o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, analisando sobre a igual possibilidade — jurídica — de imediato cumprimento da pena, ainda que pendente recurso de apelação, ou seja, independentemente do trânsito em julgado da condenação.

2 A CULPABILIDADE E OS LIMITES DA DISCUSSÃO

Sem dúvida nenhuma, a presunção de inocência constitui em garantia fundamental de qualquer sistema processual democrático relacionada à limitação do poder punitivo do Estado, em reverso ao sistema penal inquisitório, e estabelece a manutenção do status de inocente para que não lhe incumba o ônus da prova, mas sim a acusação, como lecionado por Alexandre Morais da Rosa:

Por força da presunção de inocência, o acusado deveria iniciar a ação penal absolvido, derrotando-se no decorrer do jogo penal o *status* de inocente, razão pela qual a carga probatória é toda da acusação no tocante aos fatos constitutivos da denúncia ofertada. [...] Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, para além da dúvida razoável, a presunção de inocência foi a escolha democrática de tratamento do acusado. (ROSA, 2016, p. 376).

Assim, tal presunção se constitui num princípio supremo, presente na história do sistema penal acusatório, de caráter democrático e que garante ao cidadão a tutela de qualquer acusação que ameace sua liberdade.

A razão de ser da presunção de inocência procura garantir que não seja incumbido ao acusado demonstrar sua inocência, ou, como afirmado pela Ministra Ellen Gracie,

[...] o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. (BRASIL, 2010).

Portanto, é mister que se esmiúce a essência do significado da expressão “presumir inocente” e qual o marco final dessa presunção, quando desafiada.

A Constituição da República (CR), em seu artigo 5º, LVII, expressa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). No entanto, tal redação não escapa de debates a respeito do seu alcance, em especial porque diverge de conceitos mais específicos definidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesta, consignou que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que se prove sua culpa, conforme a lei, em julgamento público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 7), artigo XI.1. Naquela, que “todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão” (FRANÇA, 2016), artigo 9º.

De outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) expressou, em seu artigo 8.1 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (BRASIL, 1992a). A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais determinou, no artigo 6.2 que “Toda pessoa acusada de um delito será presumida inocente até que se prove sua culpabilidade conforme a lei” (CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 10). O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos comandou pelo artigo 14.2 que “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (BRASIL, 1992b), iguais termos utilizados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 48.1 (CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO

EUROPEIA, 2000, p. 20), reconhecidos expressamente pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia, aprovado em 2007 (TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. 17-18).

O processo penal constitui-se em instrumento que busca reconstituir os fatos (materialidade e autoria). Esta apuração, que eu chamaria de depuração das provas, tem limitações temporais e processuais.

Como será visto posteriormente, no voto do referido HC, países como Estado Unidos, Inglaterra, Espanha, Portugal e Argentina estabelecem, como limite temporal à presunção de inocência, a condenação em duplo grau de jurisdição, momento em que se viabiliza a execução provisória da pena, ainda que se interponha recurso as instâncias judiciais superiores, sem que isso represente qualquer violação aos sistemas de garantias de direitos desses países. Ou seja, em verdade, nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte.

Há, assim, uma compatibilização entre o conteúdo e a extensão temporal da presunção de inocência com o momento processual em que se dá a formação da culpa. Está atrelado, essencialmente, ao ônus da acusação provar a culpa, a condenação lastreada num juízo de certeza (particularmente, chamaria de probabilidade razoável, já que certo só a morte e os impostos) e a manutenção da liberdade como regra (que, portanto, comporta exceções, como no caso de condenação).

Superada a discussão da formação da culpa, o que mais restaria ao processo penal?

A grosso modo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a interpretação da Norma Federal e a Unificação da Jurisprudência. No STF, a interpretação da CR e das normas infraconstitucionais e respectiva constitucionalidade. A formação da culpa não mais se discute nesse âmbito, tanto é que STJ e STF não mais reexaminam provas (por mais que alguns — poucos — ainda insistam no termo “revalorar”, idêntico, assim entendo)¹.

Ou seja, matérias completamente diversas da formação da culpa é que serão levadas a efeito após o julgamento pela segunda instância, tais como a constitucionalidade de determinada lei ou decisão judicial, a interpretação de

¹ Súmulas 7 do STJ e 279 do STF

uma norma federal, ou mesmo a divergência jurisprudencial. No entanto, a discussão sobre a formação da culpa é vedada.

Inocência e culpa são verso e anverso de um estado. A CR expressa que o que vigora, o que se presume, é o estado de inocência, e não da culpa. Isto é, inocente e não culpado.

Por isso, à acusação, cabe o ônus da prova, ou seja, obter provas suficientes para formar a culpa do acusado, revertendo a inocência de que era detentor. Quando se consegue obter do Estado-Juiz a declaração de que houve um fato ilícito e o acusado foi o autor dele, esgotadas as possibilidades de discussão sobre a formação da culpa, temos tal discussão como esgotada, finda, pois, às instâncias superiores (STJ e STF), é vedado o reexame da prova.

Ao nos socorrermos ao dicionário, veremos que o conceito de “inocência” se traduzirá em “estado, caráter daquilo que é inocente”, “qualidade de quem é incapaz de praticar o mal; estado daquele que não é culpado de uma determinada falta ou crime”.

Formado o estado de culpa, o de inocência se finda, só se revertendo, eventualmente, e com caminhos muito restritos, se acaso questões de natureza excepcional e extraordinária forem reconhecidas pelas instâncias superiores.

Talvez, nesse ponto, se encontre a maior resistência a tal conceito, que não é novo para a instituição, pois o conceito é reconhecido pelo STF antes de 2009, por entender que, enquanto houver recurso, o estado de inocência prepondera, ainda que o que se discuta não seja a culpa, ou até mesmo a integralidade da culpa. Isto, quando parte da pena aplicada é incontroversa e nem mesmo discutida pela parte sucumbente, como se a pendência de um embargo de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento em recurso especial fizesse concluir que, por ora, o acusado, condenado por duas instâncias, não cometeu crime algum, divorciando-se completamente da realidade. Nesse caso, não é a pendência dos inúmeros recursos às instâncias extraordinárias que ditam que o fato não existiu ou que o acusado não foi seu autor.

A reconstituição do passado, com o estabelecimento de uma verdade processual (ainda que seja falível e nem sempre corresponda à realidade, falha essa que a instância extraordinária não corrigirá), finda quando não houver mais pos-

sibilidade de decisão sobre o mérito da causa, sendo esse o objetivo da análise da culpabilidade.

Formada a culpa, como pode o recurso a instâncias extraordinárias revelar a manutenção do estado de inocência, que calcada no princípio de que, à acusação, cabe provar o que alega e a dúvida razoável (prefiro esse termo, pois a dúvida não razoável pode existir em tudo, até mesmo num exame de DNA, 99,9987%) beneficia o réu, já que, nessa fase, a discussão das provas é vedada?

É certo que, como na maioria dos procedimentos penais, a discussão das provas ocorre em duas instâncias, sendo a primeira, comumente, o juiz de primeiro grau, e a segunda, o Tribunal de Justiça (ou Federal, conforme o caso). Fora disso, não se discute provas, e, conseqüentemente, formação da culpa. Disso se conclui que a análise da inocência do réu tem seu ciclo encerrado quando a culpa se forma.

Não há, portanto, razões para impedir a execução do julgado quando pendente recurso especial e extraordinário, porque: a) tais recursos não têm efeito suspensivo, de modo que a decisão do tribunal *a quo* é plenamente exequível; b) tais recursos cada vez mais são encarados como medidas excepcionais, não preocupadas com a correção do caso concreto, mas sim com a preservação do (paralelismo) ordenamento jurídico; e c) a Lei de Execução Penal prevê a sua aplicação aos presos provisórios, o que demonstra a possibilidade de execução provisória no processo penal (BEBE JÚNIOR, 2009, p. 85).

Américo Bedê Júnior cita o interessante questionamento:

Outra questão importante reside na indagação sobre até que momento se pode falar em estado de inocência. Bacigalupo trata o tema como "la presunción de inocencia em la fase de instrucción", demonstrando que o princípio somente deveria ser válido até a sentença.

Nesse diapasão, Sergio Moro leciona: 'Apenas como exemplo, é oportuna a referência ao art. 5º, I, "a", da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, motivo suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (Excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, tem ele o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, "b", e Rule 46 "c" da Federal Rules of Criminal Procedure'. (BEBE JUNIOR, 2009, p. 83-84).

O princípio de presunção de estado de inocência tem justamente a razão de ser no fato de que não cabe a ele provar sua inocência, e, sim, à acusação, provar a culpa dele, bem como de ser condenado com base em um juízo de probabilidade razoável, contrapondo-se à dúvida razoável que o absolveria. Esta circunstância orbita dentre os direitos do imputado, desde a investigação até o ponto final da análise da prova, que não é nas instâncias extraordinárias).

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE ACORDO COM O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ultrapassada a questão do momento da formação da culpa, agora estabelecida como premissa, convém discorrer sobre os parâmetros utilizados pelo STF no HC 126.292/SP, no qual concluiu ser possível a execução provisória da pena após a formação da culpa.

A ementa foi assim lavrada:

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 denegado. (BRASIL, 2016)

No entanto, nos votos é que se extrai a riqueza maior da argumentação (pró e contra) acerca da possibilidade jurídica de aplicação imediata da pena após a condenação pelo segundo grau.

É mister que se observe que, naquele caso específico, se tratava de discussão não de prisão cautelar, mas, sim, de execução provisória da pena, cujo objeto é o pressuposto do trânsito em julgado da sentença à prisão decorrente de condenação.

E, assim, o exame da causa levou em consideração duas vertentes, imbricadas entre si, a saber: a) o alcance do princípio da presunção da inocência; e b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados,

mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Há que se recordar que o entendimento prevalente no STF, no HC 126.292/SP, ainda que sem efeitos *erga omnes*, não inovou. Em 28 de junho de 1991, o STF já havia firmado entendimento no sentido de que era possível, juridicamente, a execução provisória da pena privativa de liberdade, conforme se verifica do julgamento do HC 68.726, o qual assentou que, condenado ou mantida a condenação “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” (BRASIL, 1992c).

E tal entendimento se protraiu no tempo, sempre se reconhecendo que, não tendo os recursos, especial e extraordinário, e seus derivativos, efeito suspensivo, a mera interposição não impede o imediato cumprimento do mandado de prisão para início da execução penal, situação diversa da prisão cautelar (HC 74.983/RS e HC 72.366/SP).

Aliás, no HC 72.366/SP, restou assentado que (ao adotar fundamentação do parecer da Procuradoria-Geral da República) “não exige a Constituição que a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, ou da sentença de pronúncia, obedeça aos mesmo requisitos da prisão preventiva”, atentando, nesses casos, “para o fato de que já existe um ‘juízo de consistência de acusação’” (BRASIL, 1999).

E assim a jurisprudência do STF se sedimentou: HC 71.723/SP; HC 79.814/SP; HC 80.174/SP; RHC 84.846/RS; RHC 85.024/RJ; HC 91.675/PR, e HC 70.662/RN.

Outrossim, é claro que leva em consideração que os enunciados foram ditados em favor do condenado (provisoriamente), mas com isso se denota a possibilidade de execução provisória da pena, as Súmulas 716 e 717 admitiam a progressão de regime a réu preso, ainda que com recurso pendente.

Somente em 5 de fevereiro de 2009 é que o STF revisou seu entendimento, no julgamento do HC 84.078/MG, e, por sete votos a quatro, assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Por 7 anos seguidos esse entendimento do STF perdurou, até que, em 17 de fevereiro de 2016, a Corte novamente reverteu sua interpretação acerca do

binômio presunção de inocência *versus* execução provisória da pena, no analisado HC 126.292/SP.

No seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki discorreu sobre os limites da discussão sobre a culpabilidade, e que implicância no processo penal tem tal princípio, argumentando que é “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2016).

Fixou, portanto, a premissa de que recursos às instâncias extraordinárias não têm o condão de impedir os efeitos que o juízo de certeza (repito: ainda prefiro o termo probabilidade razoável) já delineou.

De fato, e por isso mesmo, compreende-se a razão não só da imprecisão da análise do conceito presunção de inocência, mas também da eficácia do processo penal.

Já se sabe que quatro instâncias e dezenas de recursos disponíveis dão guarida aos mais preparados processualmente a ponto de conseguir evitar, por longos anos a fio, o mais drástico dos efeitos da condenação, que é a privação da liberdade.

E o pior é que esse o efeito da procrastinação é nocivo às vítimas, aos familiares delas e à sociedade. Mas há um viés nocivo também ao condenado, porque, por receber a pena (se ainda não prescrita) após vários anos, vê sua vida se alterar, talvez se reestruturar, e ser interrompida pelo cumprimento de uma sanção que há tanto tempo se via distante dela. Sem falar naqueles que, aproveitando-se da liberdade, continuam a praticar outras infrações penais, contando com a impunidade.

Considerando também esse viés é que o relator do voto condutor do HC 126.292/SP entendeu que a discussão acerca da culpabilidade tem limites, e eles estão estabelecidos nas instâncias em que as provas ainda podem ser debatidas e interpretadas, não havendo razão diversa que impeça o imediato cumprimento da pena, já que o restrito caminho das instâncias extraordinárias não interferirá na análise do mérito da causa. Outros temas poderão sê-lo, mas nenhum relativo à culpabilidade, nenhum que diga se o réu é culpado ou não.

Destarte, pelo voto do Ministro Relator Teori Zavascki, restou evidenciado que se propugna a distinguir o objeto das instâncias recursais ordinárias das extraordinárias, e com isso estabelecer um limite à discussão sobre a culpabilidade

e às questões de natureza legal ou constitucional, citando, inclusive, o exemplo da declara constitucional Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, inciso I, “e”, “expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado” (BRASIL, 2016).

De outro norte, no mesmo voto, traçou um quadro interessante e comparativo com o direito estrangeiro, trazendo dados de países com democracia mais consolidada que o Brasil, e que distinguem o ponto final da discussão sobre a culpabilidade e o trânsito em julgado da decisão.

Nesse sentido, citou o voto da Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), no qual afirmou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (BRASIL, 2005, pp. 454-461).

Assim, referindo-se ao trabalho de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, reproduziu que, na **Inglaterra**, “é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos”, e, atualmente, “a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança” (BRASIL, 2016).

Continuando, nos **Estados Unidos**, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu artigo 16, dispõe que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo” (BRASIL, 2016).

Outrossim, o Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta à consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal afirmou que “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão” (BRASIL, 2016).

No **Canadá**, o código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os pro-

cedimentos para que a sentença seja imposta. A **Alemanha**, por sua vez, tem seu Código de Processo Penal prevendo efeito suspensivo apenas para alguns recursos. Outrossim, na **França**, o artigo 465 do Código de Processo Penal prevê hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. Em **Portugal**, o Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições, e expõe que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares. Já, na **Espanha**, o artigo 983 do Código de Processo Penal admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior. Finalmente, na **Argentina**, não há impedimento de que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, com restritos casos de diferimento (BRASIL, 2016).

Expôs, também, que a lei penal estabelece, como último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena, a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do Código Penal), ou seja, os recursos especial e extraordinário, além de não resolverem questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional, constituindo, assim, não um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, mas verdadeiro mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Nesse sentido, sustentou, também, a possibilidade de equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, mas salientou que, de igual forma, isso ocorre também nas instâncias extraordinárias, mas que, para tanto, são previstos mecanismos de inibição das consequências danosas ao condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como medidas cautelares para concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, em especial quando houver plausibilidade jurídica do recurso, tornando-se falaciosa a ideia de que o acusado possa estar desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin entendeu de igual forma, citando as palavras de Robert Jackson (Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954) de que “não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte,

uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra” (BRASIL, 2016), numa clara demonstração de que não é o trânsito em julgado que livra o réu de possíveis injustiças.

Relatou que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a CR.

E quando fez tal afirmação, fez questão de salientar que não se referiu aos princípios da duração razoável do processo ou mesmo da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, mas, principalmente, ao arcabouço recursal desenhado pela CR e ao *locus* nele ocupado pelo STF e STJ, cujo acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar às instâncias superiores exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Assim é que, ante tal raciocínio, fosse dado caráter absoluto à regra do artigo 5º, inciso LVII, da CR, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia se operar quando o acusado se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios, ou seja, significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada em concordância com o apenado.

De outro lado, o Ministro Luis Roberto Barroso lavrou voto entendendo pela possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau, porque não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade; porque a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes; e (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal (BRASIL, 2016).

Interessante que, em seu voto, fundamentou, pragmaticamente, que o entendimento pela execução provisória da pena permitiria “tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária”; diminuiria “o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena”; e promoveria “a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento” (BRASIL, 2016).

Faz breve digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional, como mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da CR, sem que se opere qualquer modificação do seu texto, associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

Com tal fenômeno jurídico, entendeu se tratar, assim, de típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito, ou seja, ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da CR, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou e, fundado nessa premissa, entendeu que a CR e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado, com múltiplos fundamentos que legitimam tal compreensão.

Outrossim, firmou entendimento de que, ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do artigo 5º, inciso LVII da CR poderia sugerir, o prin-

cípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois o pressuposto à decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber abriu divergência fundada, precipuamente, e como critério de julgamento, na manutenção da jurisprudência do STF, em respeito ao princípio da segurança jurídica (BRASIL, 2016).

Os Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia acompanharam os votos dos Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2016).

Também assim o voto do Ministro Gilmar Mendes, com o acréscimo da comparação com o Direito alemão, oportunidade em que citou a *Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, que se lança contra uma decisão trânsita em julgado, lembrando o modelo que o então Ministro Peluso imaginou introduzir no ordenamento pátrio, por proposta de emenda constitucional, dizendo, na fase da apelação, definida a apelação, já haverá trânsito em julgado (BRASIL, 2016).

O tema do princípio da presunção de inocência foi tratado pelo legislador de maneira variada, dizendo, por exemplo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão, atenuando a ideia de uma presunção de inocência que tornasse o indivíduo quase que insuscetível de ser investigado. Mas, para o recebimento da denúncia, já exige alguma coisa mais densa, a ideia da materialidade.

Assim é que o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação, e sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de se tratar de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Mas, para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado.

O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificulda-

de de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Assim é que o Ministro Gilmar Mendes entende que, “esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária” (BRASIL, 2016).

De encontro aos votos até então predominantes, e convergente com o voto da Ministra Rosa Weber, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o preceito de inocência até o trânsito em julgado não permite interpretações, argumentando que, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional (BRASIL, 2016).

Lembrou que, no campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo, e que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Com tal premissa, entendeu que a alteração da condenação em absolvição, não teria o cidadão devolvida sua liberdade.

De igual forma votou o Ministro Celso de Mello, registrando que a presunção de inocência *representa uma notável conquista histórica* dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder (BRASIL, 2016).

Sustentou que a consagração constitucional da presunção de inocência é direito fundamental de qualquer pessoa e há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nesse sentido, rebateu o argumento do direito comparado, entendendo se mostrar inadequado a invocação da prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), manteve posição anterior no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no artigo 5º, inciso LVII, da nossa CR (BRASIL, 2016).

Repisando parte do voto do Ministro Marco Aurélio, lembrou que, em se tratando de dinheiro e de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores.

Além disso, ressaltou que, com o entendimento adotado pelo Ministro Relator, a quantidade de prisões saltaria para além do suportável e, diante disso, acompanhou os argumentos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Embora tendo votado com o Ministro Relator, não houve transcrição do voto do Ministro Dias Toffoli.

O julgamento finalizou, portanto, com a maioria (sete votos pela denegação da ordem, entendendo pela possibilidade jurídica da execução provisória da pena, e quatro votos pela concessão da ordem, recusando tal interpretação).

O STF, em 17 de fevereiro de 2016, resgatou o entendimento em vigor até 2009, fazendo clara distinção entre presunção de inocência ou não culpabilidade e o direito a recursos extremos, com a discussão sobre a culpabilidade tendo como limite a confirmação (ou reforma) da decisão de primeira instância, justamente porque únicas aptas a revolver todo o arcabouço probatório, decidindo se houve o fato tido por criminoso, quais são suas circunstâncias e quem foi seu autor.

Os entendimentos levantados no julgamento, tanto pela concessão da ordem como pela denegação (predominante) tiveram os mais diversos fundamentos, tanto de ordem interpretativa como de ordem pragmática.

Interessante, nesse ponto, é que pragmático foi o argumento de que precisamos dar efetividade ao processo penal brasileiro, sustentando, assim, a possibilidade jurídica da execução provisória da pena, bem assim o oposto, quando se afirmar que isso causará a superlotação dos estabelecimentos penais. Parece que, entre um ou outro gume, a lâmina nos cortará!

De qualquer sorte, como pretensão inicial deste trabalho, o objetivo não é questionar o mérito da decisão no HC 126.292/SP do STF, mas sim extrair de alguns dos argumentos dos votos vencedores sua compatibilidade com a possi-

bilidade de execução provisória da pena decorrente da condenação pelo Tribunal do Júri.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

A CR, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, reconhece “a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados”, dentre outros, “a soberania dos veredictos” (BRASIL, 1988).

Quando a CR expressa a soberania dos veredictos, quis dizer, como afirmado por Tourinho Filho, que nenhum órgão jurisdicional pode se sobrepor às decisões para exercer, simultaneamente, o *judicium rescindens* e o *judicio rescisorium*, imaginando que um Júri sem soberania é um corpo sem alma, uma instituição inútil (TOURINHO FILHO, 2004, p. 268).

Aliás, Tourinho Filho vai mais longe, entendendo que sequer a acusação poderia apelar, nestes casos, quando o acusado fosse absolvido, por ser a instituição criada com a finalidade de tutelar a liberdade, condenando quando se convencesse disso (e, nesse sentido, refere-se à apelação em favor da defesa), mas absolvendo quando não estivesse convicta da culpabilidade do réu, ou por entender que as circunstâncias do fato permitissem sua absolvição (TOURINHO FILHO, 2004, p. 273).

A soberania dos veredictos alcança o julgamento dos fatos, julgado pelos jurados, e não pode ser modificado por qualquer órgão do Poder Judiciário que venha a apreciar o recurso (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 976).

A colegialidade do veredicto do Tribunal do Júri permite um controle intraorgânico contra inúmeras formas de corrupção da atividade decisória, pois depende do convencimento de seus pares, e assim a arbitrariedade de um dos membros posta em prática é, no mínimo, dificultada, pois a desonestidade, para que se perpetue, depende do conluio, necessário de ao menos mais outros três membros do colegiado, ou seja, necessário o conluio ou, no mínimo, o exame negligente da causa pelos demais jurados (pelo menos três) de forma a que a intenção de manipular o julgamento, pelo membro corrompido, possa se concretizar do ponto de vista prático, alcançando a maioria (SOKAL, 2012, p. 102). Disso surge que, não só sendo o povo a julgar, como um colegiado representativo dele, a soberania de seu veredicto.

De qualquer sorte, a soberania das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença é da essência do sistema, não se podendo cogitar se possa desautorizar a vontade popular com a possibilidade de reforma de sua decisão (VALE, 2014, p. 328).

Conceitualmente diverso daquele referente à soberania encontrada na política ou no Direito Internacional, ao júri se pretendeu dar um caráter de supremacia, de independência e de plenitude no âmbito de suas atribuições (VALE, 2014, p. 328).

E no direito estrangeiro, embora com matizes um pouco diversas, encontra-se similar definição de soberania nos julgamentos levados a efeito pelos jurados, embora o Conselho de Sentença, nos mais diversos países, tenha características próprias, mas nem por isso deixa de ter o componente essencial à manutenção da justiça democrática: a participação do povo.

Em Portugal, a soberania popular passa pela tarefa do “fazer justiça”, as quais podem ir desde a ação fiscalizadora do modo de atuar nos tribunais, passando pelo conhecido “júri” e até ao funcionamento de verdadeiros tribunais populares, com a inerente criatividade jurídica (VALE, 2014, p. 330).

No sistema jurídico inglês, o Tribunal do Júri é um direito que o indivíduo possui de ser julgado pelos pares, e a afirmação política e jurídica da “soberania do júri” significa que as decisões do denominado “Tribunal Popular” não podem ser modificadas, sem seu conteúdo, por outro órgão do Poder Judiciário, só se podendo recorrer caso a decisão – do júri – seja “manifestamente contrária as provas dos autos”, mas apenas no caso de condenação, não podendo haver recurso contra a decisão de um júri, em relação a absolvição das acusações contra um determinado acusado. Outrossim, são raros os casos de provimento de recursos tais, tendo em vista a extrema restritividade de conhecimento (VALE, 2014, p. 330-331).

Nos Estados Unidos, a soberania dos veredictos somente pode ser enfrentada por um mecanismo denominado *jury nullification*, que ocorre quando um júri absolve um réu que acredita ser culpado do crime que é imputado, ignorando os fatos do caso e/ou as instruções do juiz a respeito da lei. Mas as críticas de anulação têm-se centrado em seu potencial abusivo, o que tem sido desaprovado pela Suprema Corte, embora tenha admitido não ter poder para proibir os jurados, por meio de mecanismos existentes, de anular uma decisão proferida (VALE, 2014, p. 332-333).

Na Espanha, a revisão das decisões judiciais é um fundamento político das decisões do Poder Judiciário, que, no entanto, sofre uma série de restrições no âmbito do Tribunal do Júri. Nesse sentido, é interessante observar a consideração cedida em relação ao grau de vinculação política entre o Tribunal do Júri e a soberania popular, de sorte que o veredicto não precisa considerar somente uma decisão jurisdicional, mas também uma decisão adotada por cidadãos no exercício direito de um dos poderes do Estado. No campo probatório, as duas únicas possibilidades de conhecimento de um recurso contra as decisões dos Tribunais dos Jurados, conforme a Lei Orgânica do Tribunal do Júri previsto 846 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, são o indeferimento descabido de dissolução do tribunal do Júri, por inexistência de prova, e a vulneração do princípio da presunção de inocência, com a condenação baseada em prova não razoável (VALE, 2014, p. 334-335).

No direito Francês, a regra geral, é toda decisão sobre o processo, pode sempre, salvo disposição em contrário pode ser objeto de recurso. Contudo, em face da soberania dos vereditos não existe apelação contra as decisões dos jurados ditas *Cour d'Assises* ao julgar sobre matéria criminal, e que estando integrada por jurados que encarnam a soberania popular direta, estima-se que nada pode modificar suas decisões, salvo uma suposta violação da lei. No entanto, em face do artigo 2 do protocolo 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que prevê: "toda pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal terá o direito de ter sua condenação ou sentença revista por um maior tribunal". À vista disso houve revisão de tal impedimento, permitindo a revisão por um Tribunal Superior limitada a uma contrária aplicação da lei, como um recurso para o Tribunal Supremo (VALE, 2014, p. 337-340).

Essa breve incursão no direito estrangeiro serve para demonstrar que há distinção entre a sentença dada pelo juiz monocrático e o veredicto prolatado pelos jurados, não só pelo aspecto quantitativo, decisão unipessoal versus decisão colegiada, como pelo qualitativo, decisão sujeita a ampla reforma e decisão soberana. Ainda que soberana, de qualquer sorte, e em que pese o entendimento de alguns, no sentido de sequer caber recurso para qualquer das partes, a predominância é de que é possível conciliar os princípios do duplo grau de jurisdição com a soberania dos veredictos dos jurados (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 102).

Mesmo assim, é voz corrente que a instância superior jamais poderá substituir a decisão anterior por outra, e nas poucas possibilidades de submissão a novo julgamento, só poderá fazê-lo quando não houver qualquer indício que sustente a decisão dos jurados, nem mesmo quando a interpretação da prova existente for divergente (BONFIM, 2013, p. 627).

O Código de Processo Penal – CPP, em seu artigo 593, III, “d”, expõe que “cabará apelação no prazo de 5 (cinco) dias, das decisões do Tribunal do Júri, quando”, dentre outros, “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”, e, em caso de provimento, sujeitar-se-á o réu a novo julgamento, não se admitindo, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Assim é que somente a decisão destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados aos autos, sem base em qualquer elemento de convicção, é que pode ser anulada para que a outro julgamento possa o acusado ser submetido, tanto na hipótese de condenação quanto na hipótese de absolvição (apesar de alguns doutrinadores entenderem de modo diverso) (BONFIM, 2013, p. 830).

Portanto, é certo que, quando os jurados emitem juízo de valor acerca de determinada matéria (de fato) que lhes foi exposta, sua decisão, desclassificando, condenando ou absolvendo, não pode ser objeto de reforma. Quando muito, no mérito, pode ser anulada, na restrita situação de ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, equiparando-se ao verdadeiro *error in procedendo*. E, ainda assim, tal anulação só pode ocorrer uma única vez, ou seja, ainda que os entendimentos acerca da prova sejam diametralmente opostos, prevalecerá o entendimento dos jurados. Apenas questões processuais, sejam no aspecto legal ou constitucional, é que poderão ser revistas pela segunda instância, porque decididas monocraticamente pelo presidente do Tribunal do Júri. Mas qualquer questão decidida pelo Conselho de Sentença, que dirá a respeito da culpabilidade, terá como ponto final o seu veredicto. Aliás, essa a razão de ser o caráter soberano estabelecido pela CR.

Definido pelo STF que o princípio da presunção de inocência não é empecilho para que a sentença opere efeitos imediatos após decisão pela segunda instância e pelo argumento principal de que a culpabilidade teve sua discussão encerrada, de igual forma se raciocina com a condenação levada a efeito pelo

Tribunal do Júri, ainda que possa ser atacada pela via recursal (de uso restritíssimo, diga-se de passagem).

Os recursos contra a decisão dos Jurados não têm devolutividade ampla e o juízo rescisório é mitigado, uma vez que alcança apenas as decisões do juiz presidente, mas jamais as decisões dos jurados. Equivale a dizer: o princípio do duplo grau de jurisdição é restringido por força do princípio da soberania dos veredictos.

Diante disso, verifica-se que o papel da segunda instância nas decisões do Tribunal do Júri é o de controle sobre os atos praticados pelo juiz presidente, e de controle absolutamente restrito sobre aqueles praticados pelo Conselho de Sentença, nem mesmo se podendo falar em controle rescisório, pois não pode reformá-lo.

Com isso, conclui-se: enquanto as decisões tomadas pelo juiz de primeira instância, de forma monocrática, podem ser amplamente reformadas pelo colegiado de segunda instância (muitas vezes até monocraticamente), as do Tribunal do Júri não sofrem qualquer espécie de reforma, quando muito a anulação quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, e mesmo assim uma única vez.

Não há como negar, a segunda instância não tem como se imiscuir no mérito probatório, salvo a rara hipótese de nenhum indício ou prova existir que possa sustentar a decisão dos jurados (e somente uma vez), ou seja, a discussão sobre culpabilidade se encerra ,,,,,.

E, nos termos da decisão exarada no HC 126.292/SP do STF, o raciocínio utilizado para se pôr fim à discussão a respeito da culpabilidade transita no fato de que a condenação representa, por certo, um juízo dessa culpabilidade, superada a presunção de inocência, exaurindo-se na apelação o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado.

De se ressaltar, outrossim, o aparte realizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no voto do Ministro Gilmar Mendes, consignando que, “no caso de tribunal do júri, tendo em vista a soberania do júri, talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau, tendo em vista a gravidade do homicídio” (BRASIL, 2016). Demonstra que raciocina, de igual forma, aos veredictos do Conselho de Sentença.

De igual forma a intervenção da Ministra Cármen Lúcia, ao exemplificar o caso de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois, respondendo solto, tendo o homem já formado outra família, e a criança, que tinha oito anos de idade, e que viu isso, dezesseis anos depois, aos vinte e quatro, nem entender mais o que está acontecendo (BRASIL, 2016). Ou seja, a sequência de recursos extraordinários (*latu sensu*) parece fazer disparar ainda mais a sensação de injustiça, pois atrasa a consequência da decisão e, quando aplicada, parece fazer mais injustiça ainda.

O Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2016), embora não tenha utilizado o princípio da soberania do veredicto dos jurados para basear seu voto, referiu que o princípio opõe-se frontalmente à concepção de que as decisões condenatórias dos jurados só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra a decisão que não o recebeu na origem, por sua vez interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Isto, desconsiderando eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que são próprios.

De outro lado, o Ministro Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2016), ao entender pela possibilidade de execução da pena após julgamento de segundo grau, por não ofender o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, justificou a prisão pelo fato de a CR condicionar a culpabilidade e não a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; de a presunção de inocência ser princípio (e não regra), ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, e pelo esgotamento das instâncias ordinárias, entendo que esta lógica se ca ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

Ora, se, nos procedimentos dedicados ao Tribunal do Júri, a análise da matéria de fato se esgota com o veredicto – soberano – dos jurados, tal qual quando ocorre nas decisões de segunda instância que condenam ou mantêm a condenação originária, é mister que a prisão como efeito da condenação, encerrada a discussão a respeito da culpabilidade, dê-se por imediato.

Se a soberania dos veredictos dos jurados impede a reforma de suas decisões, e a restritividade recursal limita as hipóteses de cassação da decisão, para

que outro julgamento seja proferido, sem vinculação aos casos em que ela não encontra base alguma (e não nas hipóteses em que há alguma versão ainda que minimamente plausível), há que se reconhecer que a conclusão do Conselho de Sentença põe um ponto final da discussão sobre os fatos e sua autoria.

Traçando um paralelo com o raciocínio utilizado no HC 126.292/SP, a apelação interposta contra a decisão que condena o acusado no Tribunal do Júri, de restrito campo de devolutividade, não tem o condão de reformar o veredicto e tampouco revolver as provas em sua amplitude, tal qual ocorre nos recursos extraordinários (*latu sensu*). Sendo possível, destarte, a imediata prisão do condenado, ainda que recorra, para início do cumprimento da pena, assegurada a possibilidade de concessão de *habeas corpus* nos casos em que o recurso seja manifestamente plausível (*fumus boni juris*).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essa exposição, procurou-se traçar um paralelo entre a decisão tomada no HC 126.292/SP e os casos de condenação pelo Tribunal do Júri.

Demonstrou-se que a discussão sobre a culpabilidade tem limites dentro do sistema processual penal, dependendo da confirmação da condenação ou reforma da absolvição, na segunda instância, nos casos de procedimento comum e na maioria dos especiais, e, nos casos de procedimento do Tribunal do Júri, do veredicto soberano dos jurados.

De outro lado, trouxemos a lume os pontos de argumentação utilizados pelos Ministros do STF quando do julgamento do HC 126.292/SP. Em ambos os casos, ainda há previsão de recursos para além desse limite, mas excluída a reapreciação livre da prova até então produzida, como na maioria dos casos através dos recursos especial e extraordinário e, nos casos do Tribunal do Júri, da apelação prevista no artigo 593, inciso III, alínea “d”, do CPP.

A discussão sobre a culpabilidade, em ambos os casos, tem uma limitação processual definida e restrita ao julgamento da apelação, na maioria dos casos, e ao veredicto dos jurados.

Se, firmada a decisão acerca da prova da autoria e da materialidade, avaliadas as provas e analisados os fatos e suas circunstâncias, a discussão a seguir se limita a constatar ou não questões de ordem processual (legal ou constitucional), ou, no caso do Tribunal do Júri, a verificar se a decisão tomada foi

manifestamente contrária à prova dos autos (circunstância restritiva), cassando o julgamento anterior para que outro seja realizado. A prisão decorrente da condenação pode e deve ser decretada, para início do cumprimento da pena, em ambos os casos, as eventuais distorções podem ser corrigidas pela via de medidas cautelares ou *habeas corpus*.

Entretanto, o objetivo do presente trabalho foi demonstrar a distinção entre a sentença proferida nos autos de forma monocrática e o veredicto prolatado pelos jurados. Merecendo, portanto, igual distinção em relação aos seus efeitos quando interposto recurso contra eles, tendo em vista que, na primeira hipótese, o reexame amplo das provas é possível até julgamento da apelação com a possibilidade de igualmente ampla reforma da decisão e, na segunda hipótese, apenas a absoluta ausência de provas é que permite apenas uma nova submissão do acusado a novo julgamento, sem qualquer possibilidade de reforma.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O tribunal do júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992b. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992a. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José

da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68726. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília (DF), 28 de junho de 1991. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 nov. 1992c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília (DF), 13 de setembro de 1995. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília (DF), 5 de fevereiro de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85886, da 2ª Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma. Brasília (DF), 06 de setembro de 2005. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 maio 2016.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 11 agosto 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

FRANÇA. Senado Francês. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. atua. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SOKAL, Guilherme Jales. **O julgamento colegiado nos tribunais**: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. 2 rev. Bahia: JusPodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 9 maio 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:pt:PDF>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

VALE, Ionilton Pereira do. **O tribunal do júri no direito brasileiro e comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2014.

ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E DA SUA EFICÁCIA PARA HARMONIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

CRITICAL ANALYSIS OF ROBERT ALEXY'S THEORY OF PRINCIPLES
BALANCING AND THEIR EFFECTIVENESS FOR HARMONIZATION
OF JUDICIAL DECISIONS

Juliana Bolzan Sebe Dias

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

RESUMO: A decisão judicial pode seguir inúmeros caminhos, pois é uma atividade que envolve os valores e princípios daquele que julga. Diante da subjetividade de tal atividade, o presente artigo tem como objetivo analisar se a teoria da ponderação proposta por Robert Alexy pode ser um caminho viável para proporcionar maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. O autor apresenta recursos para que as sentenças sejam mais claras, racionais e passíveis de debate, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, se subdivide em outros três princípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Foram utilizadas fontes primárias e secundárias para estudo dessa teoria e, após a verificação de algumas críticas apontadas a ela, chegou-se à conclusão de que o princípio da proporcionalidade não é capaz de eliminar os aspectos subjetivos da decisão, porém, pode ser extremamente útil para auxiliar a construção de decisões judiciais mais racionais e claras.

PALAVRAS-CHAVE: Robert Alexy. Ponderação de princípios. Proporcionalidade. Insegurança jurídica.

ABSTRACT: The judicial decision can follow many paths, since it is an activity that involves the values and principles of the judge. In view of the subjectivity of such activity, this article aimed to analyze if the theory of weighting proposed by Robert Alexy would be a viable way to provide greater legal certainty and predictability of judicial decisions. This author presents resources to make sentences clearer, more rational and more open to debate, using the principle of proportionality, which in turn is subdivided into three other principles: adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. Primary and secondary sources were used to study this theory and, after checking some of the criticisms pointed out to it, it was concluded that the principle of proportionality is not capable of eliminating the subjective aspects of the decision, but can be extremely useful to assist in the construction of more rational and clear judicial decisions.

KEYWORDS: Robert Alexy. Weighting of Principles. Proportionality. Legal insecurity.

Enviado em: 04-05-2019

Aceito em: 27-08-2019

1 INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, constantemente há decisões judiciais conflitantes por parte do Poder Judiciário, o que gera incerteza e insegurança jurídica quanto aos resultados das sentenças. Isso ocorre principalmente em casos em que há lacunas na lei ou em que um princípio parece colidir com outro.

Esse assunto é tema de inúmeros estudos e debates, visto que aflige grande parte dos estudiosos do Direito. De certa forma, isso ocorre porque a atividade hermenêutica presente na aplicação do ordenamento jurídico envolve aspectos subjetivos do intérprete, tais como seus valores, suas convicções religiosas, suas preferências políticas, suas experiências.

Diante desse problema de imprevisibilidade das sentenças judiciais, o presente artigo buscou investigar se a teoria proposta por Robert Alexy seria um caminho viável para nortear essa atividade e provocar uma maior harmonização das decisões judiciais.

Robert Alexy é um jus-filósofo alemão que utilizou o princípio da proporcionalidade como base de sua teoria. Este se subdivide em outros três subprincípios: princípio da necessidade, princípio da adequação e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, o autor dá enfoque na importância da argumentação, que é o que traz credibilidade e padrão de racionalidade ao caminho proposto.

O método proposto por Alexy é alvo de inúmeras críticas. Seus opositores afirmam que ao justificar as razões de preferenciabilidade de um princípio em detrimento de outro, o juiz inevitavelmente atribui uma função axiológizante ao Direito. Consequentemente, o Poder Judiciário estaria usurpando a função do Poder Legislativo e trazendo uma falsa ideia de racionalidade para justificar decisões arbitrárias.

Porém, a carga axiológica conferida aos princípios faz parte de toda atividade hermenêutica e é inerente às decisões judiciais, das quais o magistrado não pode se eximir mesmo quando não há uma lei expressa definindo de antemão qual princípio deve ser escolhido em detrimento de outro.

De fato, usar o princípio da proporcionalidade não observando a lei seria um abuso de poder por parte do Judiciário. Porém, caso seja aplicado da maneira correta e nos casos realmente necessários, ele pode ser um instrumento

eficaz, não para extinguir totalmente a subjetividade nas decisões, mas para promover julgamentos mais racionais e transparentes.

As decisões conflitantes e obscuras do judiciário são um obstáculo para os próprios juízes, para a atividade advocatícia, para as partes do processo e para toda a sociedade, os quais ficam sempre inseguros quanto ao resultado do processo. Portanto, investigar um caminho que possibilite que as decisões judiciais se tornem mais claras e racionais é de extrema relevância na atualidade.

Foram utilizadas fontes primárias e secundárias para o desenvolvimento do trabalho. As fontes primárias foram os livros, artigos, palestras transcritas e demais textos documentados de Robert Alexy. As fontes secundárias são diversos livros, artigos e comentários escritos sobre a visão do autor, em especial, as críticas feitas por Jürgen Habermas.

2 O CONCEITO DE PRINCÍPIOS E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO ÀS REGRAS

Os princípios passaram a ter maior proeminência e destaque na esfera jurídica e passaram a ser considerados como normas com a visão difundida pelo pós-positivismo¹. Antes, eles eram tidos apenas como fontes subsidiárias no direito, utilizados para suprir lacunas no ordenamento jurídico. No processo de resolução de conflitos, deveriam ser utilizadas, em primeiro lugar, as normas jurídicas, em segundo, os costumes e, por último, os princípios. Já no pós-positivismo, os princípios passam a ser a base de todo sistema legal, saindo de uma posição não muito significativa para o topo do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2007, p. 92). Com isso, Paulo Bonavides afirma que houve uma constitucionalização dos princípios (BONAVIDES, 2005, p. 291).²

Barroso (2006a) afirma que as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto³.

¹ Para Barroso (2006a, p. 27-28), o pós-positivismo é uma designação genérica de um ideário difuso, que inclui a relação existente entre valores, princípios e regras, que constituem a chamada “nova hermenêutica” e a teoria dos direitos fundamentais. Essas ideias, ao mesmo tempo que resguardam certa deferência ao ordenamento jurídico, reintroduzem parâmetros de justiça e a relação existente entre o direito e a moral.

² Esse autor destaca três fases de evolução dos princípios: 1º) a fase jusnaturalista: é a fase mais antiga, em que os princípios habitavam ainda em uma esfera abstrata, com insegurança jurídica e em uma dimensão ético-valorativa, que inspirava postulados de justiça; 2º) a fase juspositivista: é o momento quando os princípios passam a integrar os Códigos, tornando-se jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, sem normatividade; 3º) a fase pós-positivista: relacionada ao momento da segunda década do século XX, em que os princípios passam a ser vistos como normas, inseridos no topo do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2005, p. 259-266).

³ No contexto positivista, cabia ao juiz apenas subsumir a norma ao caso concreto, visto que as normas eram tidas apenas no sentido de regras, previstas abstratamente antes do aparecimento da situação fática. O pós-positivismo

Ana Paula de Barcellos diz que os princípios se diferenciam das regras pelo conteúdo, pela origem e validade, pelo compromisso histórico, pela função no ordenamento, pela estrutura linguística, pelo esforço interpretativo e pela aplicação (BARCELLOS, 2002, p. 48).

Quanto ao conteúdo, os princípios se aproximam mais do ideal de justiça, equidade e moralidade, que são critérios valorativos; enquanto as regras possuem conteúdo diversificado e não necessariamente moral. Quanto à validade, a dos princípios depende do seu conteúdo; enquanto a validade das regras decorre da autorização de outras regras. Quanto ao compromisso histórico, os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes; já as regras são contingentes e seu conteúdo depende do tempo e do lugar. Quanto à função no ordenamento, os princípios têm função explicativa e justificadora em relação às regras. Quanto à estrutura linguística, os princípios são gerais e aplicados a um número indeterminado de situações; já as regras são aplicadas em situações específicas e delimitadas *a priori*. Quanto ao esforço interpretativo exigido, os princípios exigem uma atividade argumentativa mais intensa, enquanto as regras demandam apenas uma aplicabilidade. Quanto à aplicação, as regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo “tudo ou nada”, sem admitir gradações; já os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes (BARCELLOS, 2002, p. 32-48).

Luiz Flávio Gomes faz a distinção de princípios e regras quando acentua:

Regras e princípios ('conflito' versus 'colisão'): o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em 'conflito'; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver 'colisão', não conflito (GOMES, 2005).

analisou que muitas vezes não era possível encontrar a solução dos problemas a priori, mas somente com o aparecimento dos fatos e a análise desses. O Juiz passa então a ser coparticipante, junto com o legislador, no processo de produção das normas, uma vez que seu papel agora não é apenas aplicar mecanicamente as normas, mas conceder valor a elas e realizar escolhas entre as regras possíveis de serem aplicadas.

Bonavides (2005, p. 272) classifica os princípios em duas categorias: a dos princípios abertos, que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência; e a dos princípios normativos que se solidificam em regra jurídica de aplicação imediata, uma vez que não são meros *ratio legis*, mas sim *lex* propriamente dita.

Robert Alexy não nega que os princípios jurídicos possam ter, na maioria das vezes, maior generalidade do que as regras, porém, acredita que isso não é o fator principal distintivo entre eles⁴. A doutrina que defende que a diferença dos princípios em relação às regras está na sua generalidade, abstração e não aplicabilidade direta é chamada pelo autor de tese fraca (LARENZ, 2001, p. 35). Já aquela que os diferencia de forma qualitativa, é denominada de tese forte.

Para o jus-filósofo, os princípios são vistos como mandados de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, segundo as realidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 1997, p. 86). Eles podem ser aplicados em graus diferentes, por meio da ponderação, e nem sempre realizados plenamente. Já as regras são comandos definitivos, aplicadas por meio da subsunção, apenas em sua totalidade ou não⁵.

Vale ressaltar que o jurista alemão, apesar de traçar a forte relação entre princípio e valor⁶, os diferencia em vários dos seus textos, especialmente no Capítulo 3 do livro Teoria dos Direitos Fundamentais. Os primeiros representam uma ordem deontológica, aquilo que é devido; já o segundo se expressa em uma dimensão axiológica, aquilo que é melhor (ALEXY, 2008, p. 145-152). Assim, ele aduz:

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (ALEXY, 2008, p. 153).

O conflito de regras pode ocorrer de forma abstrata e se dá na dimensão de validade, sempre excluindo uma, pois não podem coexistir no ordenamento

⁴ Galuppo (1998, p. 138), afirma que os princípios são também preceitos *prima facie*, não sendo, em si, uma diretriz, mas razão, critério e justificção da diretriz.

⁵ Para Dworkin as regras são aplicadas no modo "tudo ou nada", e "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão". (DWORKIN, 2002, p. 39).

⁶ Ele enfatiza, por exemplo, que tanto os princípios quanto os valores podem colidir e podem ser sopesados. Além disso, ambos podem ser realizados de modo gradual. (ALEXY, 2008, p. 144).

jurídico regras contraditórias (ALEXY, 1997, p. 83). Havendo conflito entre as regras, sempre uma será afastada a partir da aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias, que são: o hierárquico, cronológico e o da especialidade.

Já a colisão de princípios é solucionada por meio da ponderação e só pode existir no caso concreto, pois o peso de um deles só pode existir e ser determinado se não quando posto frente a outro princípio. Sendo assim, o peso dos princípios é relativo e analisado individualmente em cada caso concreto (DWORKIN, 2002, p. 39) e o princípio restringido não deixa de ser válido no ordenamento jurídico⁷.

3 DIFERENÇA ENTRE PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Cabe aqui enfatizar que, embora muitos doutrinadores e juristas empreguem os termos proporcionalidade e ponderação como se fossem análogos, há diferença entre os significados deles.

Ávila (2005, p. 94) postula que a ponderação é mais ampla do que o princípio da proporcionalidade, e é um método que confere diferentes graus de importância a determinados valores, sem critérios de aplicação. Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade é um instrumento da ponderação, utilizado para sopesar valores, quando há colisão de princípios ou direitos fundamentais.

Alexy (2007, p. 110) defende o contrário, dizendo que o princípio da proporcionalidade é mais amplo e que a ponderação faz parte de uma das etapas da aplicação desse princípio.

Gavara de Cara (1994, p. 332) afirma que existe a ponderação abstrata e a ponderação concreta. A primeira se refere a uma comparação fictícia entre bens jurídicos, apontando qual iria se sobrepor sobre o outro, e isso poderia já estar estipulado na Constituição. Já a ponderação concreta deveria adotar o princípio da proporcionalidade, uma vez que todos os bens jurídicos têm a mesma hierarquia.

Aufere-se, portanto, que não é pacífico o entendimento a respeito da diferença entre ponderação e proporcionalidade. Como este trabalho tem enfoque

⁷ Quanto à restrição dos princípios contidos principalmente nos direitos fundamentais, existe a teoria interna e a teoria externa. A primeira, defendida por Müller (apud PEREIRA, 2007, p. 134; 141), sustenta que não é possível restringir os direitos fundamentais, que são universais, ou seja, inerente a todo ser humano. Portanto, quando há uma pseudocolisão entre eles, o que se deve fazer é delimitar o conteúdo e aplicação de cada um. Já a teoria externa, adotada por Alexy e aceita pela doutrina pátria, admite a limitação dos direitos fundamentais, a fim de compatibilizar os direitos dos indivíduos ou direitos individuais com os direitos coletivos (ALEXY, 1997, p. 268), por meio da ponderação.

nas ideias trazidas por Robert Alexy, será adotada a nomenclatura e o significado utilizado por ele.

4 TEORIA DE ALEXY PARA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Robert Alexy, ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais e sua proposta para solucionar casos difíceis, leva em consideração, sobretudo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁸. Assim, a partir de decisões concretas, ele subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito.

4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade se divide em outros três subprincípios, o princípio da adequação, o princípio da necessidade, e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros se referem às possibilidades fáticas, e analisam se a medida proposta de fato dirige ao fim almejado e se realmente é necessária. O terceiro subprincípio conecta às possibilidades jurídicas e acontece se a medida realmente for considerada necessária e exigível (ALEXY, 2002, p. 27).

Apesar de haver parâmetros de racionalidade e lógica no princípio da proporcionalidade, ele não se confunde com os cânones da hermenêutica, que estão na esfera do método da subsunção.

4.1.1 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

O princípio da adequação é a primeira etapa do princípio da proporcionalidade. Ele veda a utilização de meios que venham obstruir a realização de um princípio sem promover outro (ÁVILA, 2005, p. 120).

Assim, se uma medida é adotada para promover o princípio "a", mas sem promovê-lo, restringe o princípio "b", não há adequação. Verifica-se, portanto, nesta primeira fase, se é possível a aplicação de ambos os princípios em suas expressões máximas e promovendo um ao outro, sem que haja necessidade de restringir um deles (PEREIRA, 2007, p. 234-235). Isso é o que Robert Alexy

⁸ Alguns exemplos de citações dessas decisões podem ser encontrados nas seguintes páginas da obra Teoria dos Direitos Fundamentais: p. 7, 12, 31, 42, 45, 48, 52, 198, 198, 163, 205, 314, 39, 33, 303, 37, 132, 297, 292, 150.

chama de otimização do tipo Pareto (ALEXY, 2002, p. 28-29).

Robert Alexy exemplifica essa situação em uma decisão da Corte Constitucional alemã, que proferiu uma lei obrigando os caçadores a se submeterem a um teste de arma de fogo. Porém, a medida acabou incluindo também aqueles que caçavam sem arma de fogo, por meio de uma prática cultural local denominada falcoaria⁹. Posteriormente, essa lei foi declarada inconstitucional, pois não se enquadrava no princípio da adequação¹⁰.

4.1.2 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

O princípio da necessidade refere-se à intenção de, havendo uma ou mais medidas possíveis para efetivação de um princípio, adotar aquela que menos restringir o outro princípio (ALEXY, 2002, p. 29).

Para exemplificar, pode-se utilizar um julgado da Corte alemã que envolveu o princípio da liberdade no exercício da profissão e o princípio da proteção do consumidor. Nesse caso, estava ocorrendo a venda de bonecos que aparentavam ser de chocolate, porém, quando o consumidor abria a embalagem, descobria que, na verdade, se tratava de um produto feito de massa de arroz, podendo o caso ser enquadrado como propaganda enganosa. Foi adotada a medida de proibir a venda desse alimento, causando um considerável prejuízo à empresa. Essa decisão não satisfaz o princípio da necessidade, e o banimento não foi proporcional, uma vez que poderia ser adotada uma medida que, da mesma forma, iria satisfazer a necessidade de proteção do consumidor, sem afetar tanto o princípio da liberdade de profissão. Por exemplo, poderiam ter optado por obrigar o vendedor a colocar um aviso visível na embalagem do produto alertando que não se tratava de um produto feito de chocolate.

Utilizando-se de um exemplo no Brasil, foi ratificada, em 2006¹¹, a medida que obriga as empresas de tabaco a imprimirem, no rótulo das embalagens de cigarro, imagens de doenças provenientes de seu consumo. Essa medida passou pelo crivo do princípio da adequação, uma vez que estudos comprovam¹² que

⁹ Essa prática consiste em caçar utilizando um outro animal, o falcão, que traz a presa até o caçador.

¹⁰ São raros os casos em que uma lei é considerada inconstitucional por não haver adequação, motivo pelo qual este princípio tem pouca relevância.

¹¹ "O Brasil foi o 2º país a introduzir as imagens de advertência sanitária nas embalagens de produtos de tabaco. Essa medida está descrita no Artigo 11 da Convenção-Quadro da OMS para o Controle do Tabaco, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto no 5.658, de 02 de janeiro de 2006." Texto extraído do site da Anvisa: <http://portal.anvisa.gov.br/documents>.

¹² Segundo estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer (Inca), 56% dos 2.216 fumantes entrevistados no País acreditam que as fotos de advertência são capazes de fazer uma pessoa deixar o cigarro. Outro levantamento,

tal medida foi eficaz para atingir o fim almejado, que é diminuir o número de fumantes, protegendo a saúde dos cidadãos. Além disso, essa alternativa não interferiu de maneira drástica no princípio da liberdade de profissão, o que ocorreria caso fosse proibida a venda de cigarros, por exemplo.

Assim, o subprincípio da necessidade analisa a intensidade de afetação do princípio ou do direito fundamental, para definir qual medida é a melhor escolha (ALEXY, 2002, p. 28-29).

4.1.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Uma vez que a medida foi considerada eficaz e necessária para se atingir o fim almejado, passa-se à fase mais complexa da proporcionalidade, que é a proporcionalidade em sentido estrito. Utiliza-se nesta fase o balanceamento, ou a ponderação, que serve para excluir uma interferência intensa em um princípio de forma desnecessária (ALEXY, 1997, p. 161).

Tomados de forma isolada, os princípios são válidos em sua plenitude, em suas proposições *prima face*, porém, quando há colisão entre eles sempre haverá restrições e sacrifícios de um ou mais princípios (ALEXY, 1988, p. 8). A determinação do grau adequado da aplicabilidade de um princípio quando confrontado com outro será feito por meio da ponderação¹³, ou balanceamento.

Conforme destaca Pereira, a expressão ponderação se refere à atividade hermenêutica pela qual se realiza um sopesamento de valores, quando os bens e interesses juridicamente protegidos “se mostram inconciliáveis no caso concreto, visando determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada”. São raros os casos em que uma lei é considerada inconstitucional por não haver adequação, motivo pelo qual esse princípio tem pouca relevância (PEREIRA, 2007, p. 220).

Exemplo é o caso de pessoas que professam a religião Testemunha de Jeová, que, por convicção religiosa, não aceitam transfusão de sangue¹⁴. Caso o

feito pelo The International Tobacco Control Policy Evaluation Project (ITC), realizado em 21 países, indica que 39% dos fumantes disseram que as imagens nas embalagens impediram que eles pegassem um cigarro quando estavam prestes a fumar. Para quem fuma um maço por dia, as advertências podem ser vistas em torno de 7.000 vezes ao ano.

¹³ Apesar de o termo “ponderação” ser muito utilizado no ambiente jurídico, ele também se refere às análises gerais que buscam fundamentos de razoabilidade e equilíbrio para tomada de decisões. Nesses termos, afirma Barcellos (2005, p. 1) que “toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação”.

¹⁴ Pulido (2005, p. 230) aplica a fórmula do peso, que será explicada abaixo, para realizar a ponderação de princípios especificamente nesse caso.

médico veja a necessidade de transfusão para salvar a vida do paciente adepto a essa religião, dois direitos fundamentais entram em colisão. Por um lado, existe o direito à vida, que é indisponível. Há também o dever de responsabilidade do médico de fazer jus a seu juramento de preservar a vida¹⁵. Por outro lado, existe o direito de liberdade religiosa, também assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inc. VI.

Outro exemplo é o caso em que um órgão de imprensa deseja publicar imagens e fatos da vida de um artista, alegando usufruir do direito da liberdade de imprensa. Porém, do outro lado, a pessoa exposta argumenta seu direito de proteção à vida privada, garantia fundamentada advinda do princípio da dignidade da pessoa humana.

A ponderação envolve o reconhecimento dos princípios ou direitos que estão colidindo e a imputação de valor a cada um deles, a fim de se analisar qual terá precedência relativa em relação ao outro, naquele caso concreto. Para isso, deve-se sempre observar a Lei da Ponderação que diz que: quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro (ALEXY, 1997, p. 161).

Para estabelecer o peso dos bens conflitantes é necessário passar por três estágios. O primeiro define o grau de interferência nos princípios colidentes; o segundo estabelece a relevância do cumprimento do princípio contraposto; e o terceiro analisa se a interferência no princípio restringido justifica-se, diante da importância do princípio vencedor (BUSTAMANTE, 2006, p. 88).

Essa intensidade de interferência e o peso dos princípios só podem ser avaliados no caso concreto, quando os princípios se colidem, pois, em abstrato todos os princípios são de igual hierarquia e importância (PULIDO, 2005, p. 228).

Alexy relaciona essas três variáveis em uma fórmula aritmética utilizada para se analisar o valor correto de cada interesse, denominada "fórmula do peso", representada da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{l_i \cdot W_i \cdot R_i}{l_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

¹⁵ O médico, ao se formar, jura que fará o máximo empenho para preservar a saúde de seus pacientes, mesmo em face de crenças religiosas diferentes e que terá o máximo respeito pela vida humana. Juramento do médico, disponível em: <https://biodireitomedicina.wordpress.com/2009/01/24/o-juramento-dos-medicos-mantere-i-o-mais-alto-respeito-pela-vida-humana-desde-sua-concepcao/>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Nessa fórmula, W_i , j é o resultado, que, se for maior do que 1, significa que o primeiro princípio (P_i) irá prevalecer sobre segundo princípio (P_j), e, se for menor do que 1, o segundo princípio prevalece sobre o primeiro.

A variável i significa o primeiro princípio e j o segundo princípio; W_i e W_j , se referem ao peso abstrato de cada princípio, que só pode se tornar um peso real no caso concreto; I_j e I_i , são a intensidade das interferências nos princípios; e R_i e R_j , o grau de confiabilidade dos argumentos fáticos e normativos (PULIDO, 2005, p. 228).

Sendo assim, havendo dois princípios em colisão em um caso concreto, coloca-se cada um de um lado da balança. Junto ao primeiro princípio, colocam-se também os fatores que pesam a seu favor, dando um peso para cada um deles, e o mesmo se faz com o segundo princípio. No final, a balança penderá para o lado que estiver mais pesado.

Há alguns casos em que a ponderação pode não ser suficiente, devido às variáveis terem pesos semelhantes. Um caso complexo de se resolver e que, possivelmente, não pode ser solucionado com a fórmula do peso é a legalização ou não da maconha. Na Alemanha, a Corte consultou sociólogos, psicólogos, profissionais da saúde e pedagogos, porém, alguns diziam que não havia perigo no uso da maconha e que seu consumo era menos perigoso do que o da bebida alcoólica; outros diziam que ela era muito perigosa e abria precedentes para o uso de outras drogas mais prejudiciais. Por não haver certeza sobre a periculosidade dessa droga, considerando ambas as teorias como plausíveis, a Corte alemã decidiu transferir para o Parlamento a responsabilidade de decidir sobre o assunto.

Para se estabelecer o grau de afetação de um princípio, Alexy (2002, p. 43) estabelece uma escala triádica, com valores numéricos para cada variável, pois uma fórmula só se justifica se houver atribuição de números. A intensidade da interferência da medida no princípio, representada pela variável I_j e I_i , é, portanto, representada em uma escala com os seguintes valores: leve, valor 1; moderada, valor 2; e grave, valor 4.

As variáveis R_i e R_j , que se referem à confiabilidade dos argumentos normativos e empíricos recebem os seguintes valores: seguro, valor 1; plausível, valor $\frac{1}{2}$; e não evidentemente falso, valor $\frac{1}{4}$.

Segundo ele, a maioria dos casos pode ser resolvida com essa fórmula. Para os casos mais difíceis, os chamados *hard cases*, a variável da fórmula se dividiria em dois, *R* empírico e *R* normativo. Assim, a fórmula ficaria:

$$W_{i,j} = \frac{l_i.W_i.Re_i.Rn_i}{I_j.W_j.Re_j.Rn_j}$$

5 ARGUMENTAÇÃO

Para uma decisão judicial ser legítima, não basta que sejam realizadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; é necessário também que haja racionalidade¹⁶, demonstrada nos argumentos que justificam e esclarecem a motivação da decisão e a preferência de um princípio em prol de outro (ALEXY, 1997, p. 158-159).

A hermenêutica tradicional ocorre de forma desvinculada da argumentação jurídica, não justificando porque uma premissa metodológica foi escolhida em detrimento de outra. Com a ponderação, inserida na hermenêutica atual, a preferência de um princípio deve ser explicada pela argumentação e racionalidade.

Nesses termos, Luís Roberto Barroso aduz:

A argumentação jurídica desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado. Liga-se ela à ideia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais (BARROSO, 2009, p. 340).

Na argumentação e justificação, é possível visualizar se há racionalidade¹⁷ na decisão, ou seja, se há coerência e coesão na decisão judicial (PULIDO, 2005, p. 237).

¹⁶ Racionalidade é um termo que envolve a ideia de pretensão de universalidade, objetividade de argumentos que podem ser comprovados. (TEIXEIRA 2002, p. 7).

¹⁷ Barcellos (2005, p. 125-175) aduz que, para que haja racionalidade, a decisão judicial deve servir de parâmetro para as demais decisões que envolvem casos idênticos. Ou seja, a decisão deve ter pretensão de universalidade e potencial para ser generalizada em situações equiparáveis.

Argumentar significa racionalizar o pensamento, estruturando os argumentos e dando coerência às premissas, ou seja, demonstrar as razões pelas quais se justifica determinada decisão, visando à persuasão. Assim, a argumentação oferece o conjunto de razões, lógicas e racionais, que sustentam as decisões judiciais e demonstram a motivação da decisão, envolvendo aspectos fáticos, normativos, axiológicos, sociológicos, lógicos etc.

É evidente que a interpretação envolve sempre aspectos subjetivos, uma vez que a linguagem jurídica nem sempre é clara e precisa, às vezes dando margem a mais de uma interpretação. E é exatamente por isso que é essencial que a decisão judicial seja justificada (BARROSO, 1998, p. 356).

A argumentação traz transparência às motivações do juiz e é, portanto, essencial para que a decisão judicial seja racional, capaz de persuadir e trazer aceitabilidade das partes. Conforme anuncia Amaral (2003, p. 111), “a motivação encerra verdadeiro discurso justificativo, que visa persuadir a coletividade e obter sua adesão racional”.

Vieira (2005, p. 252) deixa claro que a argumentação, em que o juiz demonstra suas razões e motivações, permite a crítica pública dos fundamentos, possibilitando uma reavaliação do seu ato. Assim, ela serve como instrumento de controle e legitimação do poder criativo do intérprete judicial, limitando sua discricionariedade.

Para compreensão e aceitação da decisão pelos seus destinatários, a justificação do juiz deve levar em conta os valores existentes na sociedade, as consequências sociais e econômicas da decisão, a doutrina e a jurisprudência, aproximando o texto legal da realidade histórica e cultural da sociedade. Conforme enuncia Amaral:

[...] as razões elencadas pelo operador do direito não devem ser apenas de cunho formal, mas devem buscar o consenso, devem persuadir e não ser meramente uma justificativa despreocupada com a adesão, conferindo apenas aparência de legitimidade. A motivação não é mero elenco de causas ou razões, mas deve estar fundada em argumentos fortes que conduzam a adesão do auditório. Deve refletir a ética da sociedade, a necessidade de justiça e equidade e não uma ética própria, dissociada do consenso (AMARAL, 2003, p. 113).

Toda argumentação envolve um processo que tem objetivo de elevar o público ao convencimento¹⁸, mas, segundo Alexy (2005, p. 210), a argumentação jurídica, diferentemente da argumentação prática geral, tem uma vinculação ao direito vigente. Assim, a argumentação jurídica oferece argumentos que buscam justificar determinada posição em relação à interpretação do direito (ATIENZA, 2000, p. 17-18) e deve sempre estar de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Portanto, para Alexy, a argumentação jurídica, junto com a racionalização, é base justificadora das decisões dos magistrados (GALUPPO, 1998, p. 134).

6 CRÍTICAS À TEORIA DE ALEXY

Alexy foi fortemente criticado por vários filósofos do direito, principalmente em relação à terceira fase do princípio da proporcionalidade, que envolve o balanceamento.

As objeções frequentemente apontadas são as de que: a ponderação possui elevado subjetivismo e gera a quebra do princípio da separação dos Poderes Legislativo e Judiciário, prejudicando a segurança jurídica e um padrão nas decisões (STEINMETZ, 2001, p. 193-198). Além disso, as críticas se voltam para a fórmula do peso, que é considerada por muitos uma lógica matemática que não se aplica ao Direito.

Alega-se que o processo de ponderação envolve a atribuição de valores aos princípios, por parte do judiciário. Porém, ao fazer isso, o juiz agrega em sua decisão aspectos subjetivos, como suas experiências, seus princípios de vida, seus valores etc¹⁹. Esses fatores são relativos, variando conforme a pessoa que julga, o que faz com que não haja harmonia das decisões judiciais, gerando insegurança quanto aos resultados dos julgados (HABERMAS, 1998, p. 332). Além disso, ao proceder dessa forma, o judiciário, que não tem legitimidade democrática, estaria usurpando o papel do Poder Legislativo, legislando naquele caso concreto (BARCELLOS, 2005, p. 50-53).

Habermas alegou que Alexy (no prelo, p. 14) subordinou o direito à moral e que sua tese conteria traços do Direito Natural. Ele alega que a ponderação de

¹⁸ Nesses termos, Habermas (2003, p. 280-281) diz que os argumentos apresentam “razões que resgatam sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas as proposições normativas ou descritivas”.

¹⁹ Nesses termos, Pulido (2005, p. 161) afirma que: “toda aplicação do princípio da proporcionalidade resulta arbitrária e incontrolável, e toda fundamentação jurídica construída com base neste princípio não é senão um artifício retórico de camuflagem de uma decisão dotada de razões emotivas, políticas ou de outra índole, mas em todos casos alheio ao direito”.

princípios proposta por Alexy envolve uma concepção axiologizante do Direito, porque a ponderação só seria possível na preferibilidade de um princípio ao outro, o que somente seria viável se os princípios fossem considerados como valores. Segundo ele, enquanto regras e princípios são enunciados deontológicos, isto é, visam ao que é devido, os valores são enunciados teleológicos, de modo que objetivam o que é bom, melhor ou preferível, sendo condicionados a uma determinada cultura. Assim, para Habermas, a ideia de otimização presente na ponderação prejudica a estrutura deontica dos direitos fundamentais.

Nesses termos, também afirma Ávila (2005, p. 113-124):

Com efeito, o exame da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, exige a comparação entre a importância da realização de um fim e a intensidade da restrição de um direito fundamental, razão pela qual é classificado como um exame complexo, ainda mais pelo fato da análise referente ao que será considerada vantagem ou desvantagem para o resultado ponderativo depender de uma avaliação fortemente subjetiva, abrindo a possibilidade de, ao invés de combater a prática de atos arbitrários de restrição a direitos fundamentais, criar subterfúgios para a própria prática de tais atos.

Friedrich Müller (1999, p. 31) também considera a proporcionalidade uma atividade irracional e que conduz ao subjetivismo. Ele assevera que ela não satisfaz as exigências do Estado Democrático de Direito e a considera como uma atividade de valorização vaga e que conduz a “insinuações ideológicas”.

Trindade e Streck (2014) também desenvolveram fortes críticas à teoria da ponderação de Alexy:

Eis, de novo, o principal problema de Alexy. Para ele, tudo pode ser ponderado! E isto é ainda mais problemático no Brasil, onde sequer se presta atenção àquilo que Alexy chama de princípios formais, mais resistentes à ponderação. Em suma, a coerência não faz sentido para Alexy porque o seu modelo jurídico é composto por princípios jurídicos — mandados de otimização que sequer são deontológicos —, e não por questões de princípio. Entre essas duas concepções existe uma diferença que é abissal. Isto porque, quando se está diante de uma questão de princípio, o intérprete não tem a sua disposição um repositório de princípios ponderáveis. Alexy desconhece que decisão jurídica não é escolha. O intérprete (juiz) não está livre porque possui uma responsabilidade político-jurídica. É a necessidade de coerência que faz com que o jurista se lembre de que ele não está sozinho no mundo. Por isto, ele precisa conhecer (e bem) as questões de princípio de uma ordem jurídica compromissada com o Estado Democrático de Direito, por exemplo.

Oliveira e Trivisonno (2014) discordam das críticas apontadas acima afirmando que:

[...] não há nada de novo nessa crítica dos autores a Alexy. Por trás dela está a velha crítica da irracionalidade da ponderação, que já foi respondida pelo próprio Alexy. Os autores podem achar a ponderação irracional, mas precisariam, nesse caso, expor os argumentos a favor dessa tese e, para o bem da discussão, considerar a resposta já apresentada por Alexy à crítica da irracionalidade, e então refutá-la (essa resposta de Alexy pode ser encontrada em seu livro *Teoria Discursiva do Direito*, recém lançado no Brasil). A resposta de Alexy à crítica da irracionalidade da ponderação não é porém a única parte da obra alexyana que Trindade e Streck ignoram. Eles tampouco se ocupam do debate atual que ocorre no âmbito da teoria discursiva do direito de Alexy, sobre o papel dos princípios formais no processo de aplicação do direito, [...]. A teoria de Alexy pode e deve ser criticada. Quem conhece Alexy sabe de sua abertura para a crítica e disposição constante para a discussão. No entanto, **a afirmação de que a teoria do direito de Alexy é uma teoria do direito sem filosofia não alcança o nível de uma crítica minimamente razoável.** Somente quem acredita que a filosofia se resume à hermenêutica filosófica e que a filosofia do direito contemporânea se resume à Dworkin pode criticar a teoria de Alexy por ela ser uma teoria sem filosofia. Mas para quem não possui uma concepção tão estreita sobre o que é filosofia e, mais especificamente, sobre o que é a filosofia do direito, **a referida crítica é completamente sem sentido, e exatamente por isso precisa ser rejeitada.**

Alexy, no livro *Proportionality: New Frontiers, New Challenges (Comparative Constitutional Law and Policy)*, editado por Vicki C. Jackson e Mark Tushnet, também aponta quatro juristas e cientistas do Direito que criticam principalmente a fórmula do peso. O primeiro é Matthias Jestaedt (2017, p. 20), que afirma que “a doutrina da ponderação promete um grau de certeza e precisão na aplicação que seguramente não é capaz de cumprir” e que não passa de mera ilusão ou quimera metodológica. O segundo é Stavros Tsakyrakis (2017, p. 20), que diz que a fórmula é um mito matemático de precisão, e que deve ser rejeitada diante de discussões jurídicas. O terceiro é Alexander Somek (2017, p. 20), que aduz que o modelo do balanceamento não vai além de uma formulação analítica de um intuicionismo moral. Por último, ele cita Kai Möller (2012, p. 1-2; 24), que defende uma moral substantiva e critica o formalismo da teoria de Alexy, principalmente a possibilidade de enquadrar os princípios em um mandado de otimização.

Alexy afirma que todos os autores estão corretos ao alegarem que a fórmula do peso é uma fórmula pura e um método formal e que ela não conduz

a apenas uma resposta correta, porém discorda das alegações de que ela não seria um procedimento racional, pois, o enunciado de preferência deve sempre ser fundamentado racionalmente. Portanto, a discussão não é se a fórmula do peso é uma fórmula formal, pois isso todos concordam, inclusive Alexy; a questão é se ela tem condições de se conectar com uma argumentação substantiva material.

Um ponto central que esses autores ignoraram, segundo Alexy, é a possibilidade de conexão dessa fórmula com uma teoria da argumentação. O elemento das fórmulas são números, e os elementos do Direito são argumentos. Os números podem ser medidos por instrumentos como termômetros, mas não há um instrumento capaz de medir argumentos. Portanto, o desafio é que as variáveis da fórmula precisam ser substituídas por números, e essa substituição é sempre questionável. A escolha dos números sempre depende de justificação e nesta que Alexy encontra respaldo de racionalidade. Para ele, a classificação das preposições, a escolha do número que representa a intensidade da interferência (leve, moderada ou grave) ou o grau de importância de um princípio, é capaz de sustentar uma justificação racional. A classificação das preposições permitiu a conexão entre o primeiro livro *Teoria da Argumentação Jurídica*, que é sua tese de doutorado, com o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que é sua tese de habilitação como professor. Para ele, aqueles que contestam que a fórmula do peso é mero intuicionismo, negam a racionalidade da fórmula e a justificação de preposições (JACKSON; TUSHNET, 2017, p. 21-24).

Alexy (1997, p. 157) admite que a ponderação envolve certas medidas de subjetividade, não garantindo o controle das decisões judiciais de forma definitiva, uma vez que princípios e valores estão, em certa medida, sujeitos ao arbítrio do intérprete.

Porém, certo grau de subjetivismo é inerente a toda prática hermenêutica, e até mesmo na aplicação de regras, uma vez que o juiz sempre terá que analisar as situações fáticas e jurídicas do caso concreto a partir de seus pressupostos²⁰.

O princípio da proporcionalidade não diminui a segurança jurídica das de-

²⁰ Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal prevê a pena de reclusão de 6 a 20 anos para o crime de homicídio culposo. Porém, diz em seu parágrafo 1º que a pena pode ser reduzida de 1/6 a 1/3, caso o homicídio tenha sido praticado por motivo de relevante valor social ou moral. Teoricamente, isso seria uma regra penal, aplicada por meio da subsunção, ou seja, o juiz teria que simplesmente enquadrar o fato ao tipo penal e aplicar a pena. Porém, para isso, o juiz teria que avaliar se o crime teve considerável valor moral e social e não há uma previsão legal com exemplos taxativos do que seria isso. Logo, o magistrado, a partir de seus valores e concepções pessoais, tem o arbítrio de determinar se aquele fato se enquadra nessa exceção de diminuição da pena ou não, o que não é uma ação de plena objetividade. Assim, até mesmo o processo de subsunção, para aplicação de regras, pode envolver ponderações subjetivas.

cisões, antes vem auxiliar para que ela aconteça na maior medida possível, uma vez que busca trazer maior racionalidade a um processo que inerentemente envolve aspectos subjetivos, que é a decisão judicial.

Nesse contexto, Barcellos (2005, p. 159) aponta que “a ponderação é um instrumento poderoso capaz de fornecer ao intérprete a solução de casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento”.

Os elementos argumentativos que são necessários para legitimar a decisão ponderativa trazem mais objetividade e transparência ao discurso judicial, diminuindo a chance de princípios e direitos fundamentais serem restringidos de forma desnecessária ou desequilibrada, sem argumentação plausível (PEREIRA, 2007, p. 273).

A clareza conceitual, é um dos principais aspectos que conduzem à racionalidade, que todo o critério jurídico deve possuir para ser utilizado na interpretação (PULIDO, 2005, p. 177). Assim, mesmo que envolva aspectos subjetivos inerente a toda interpretação, o princípio da proporcionalidade, que envolve etapas pontuais e sucessivas, traz clareza e lógica para se realizar a valoração de bens conflitantes.

Os críticos da teoria da ponderação argumentam que há ausência de racionalidade, devido ao fato de não ser possível a criação prévia de uma tabela estabelecendo os pesos axiológicos de cada princípio, e a hierarquia entre eles.

De fato, na teoria de Alexy os pesos dos princípios são relativos e só podem ser estabelecidos no caso concreto, na colisão entre eles, caso contrário a jurisprudência seria mecânica e não levaria em consideração as peculiaridades de cada situação e os argumentos elaborados para aplicação da proporcionalidade (PULIDO, 2005, p. 183). Porém, isto não torna o balanceamento proposto por ele uma atividade irracional, antes isso proporciona um maior grau de objetividade a uma atividade que intrinsecamente envolve ponderações subjetivas.

Quanto à crítica da não observância do princípio da separação de poderes, de fato pode acontecer situações em que, na ausência ou insuficiência de uma regra jurídica, o poder Judiciário crie uma lei para um caso concreto. Mas é impossível que regras jurídicas prevejam todas as situações fáticas e estabeleçam regras para todas elas, e, nesses casos, o juiz deve suprir a lacuna da lei. Essa atividade está presente em certas decisões judiciais, mas a ponderação não cria essa situação, apenas a regula, para evitar ou diminuir ao máximo o “decisionismo” judicial. O juiz não seria a pessoa mais adequada para fazer a ponderação

e suprir a lacuna de uma lei, visto que sua função não é legitimada por um voto democrático, porém, na ausência ou silêncio do poder Legislativo, o juiz deve decidir e se vê sem outra alternativa.

Deve-se observar, porém, que, havendo uma regra válida que regule a situação, não cabe ao juiz não cumpri-la alegando estar observando um princípio. As regras cumprem uma função muito importante no ordenamento jurídico, que é de segurança jurídica e previsibilidade, por isso as regras devem ser cumpridas. Além disso, quando o Poder Legislativo elabora uma regra, ele mesmo executa previamente a tarefa de ponderação de princípios e valores da sociedade, feito em conjunto por pessoas eleitas democraticamente pelo povo.

De fato, existem abusos no uso da Teoria de Ponderação de Princípios, motivo pelo qual muitas vezes também ela é mal interpretada. Por isso, é importante ressaltar que ela se aplica para colisão entre princípios, e não entre princípios e regras.

Neste viés, Barcellos (2005, p. 163) afirma que, de forma geral, as regras devem prevalecer sobre os princípios e as normas que realizam diretamente os direitos fundamentais devem se sobrepôr às normas que se relacionam a tais direitos de maneira indireta.

Sendo assim, o juiz não pode justificar o descumprimento de uma regra baseando-se em um princípio constitucional, exceto se esta for incompatível com a Constituição, ou com razoabilidade, em casos extraordinários. Assim, a regra não pode deixar de ser satisfeita simplesmente porque o magistrado não concorda com os efeitos decorrentes da sua aplicação, estando o fato concreto perfeitamente enquadrado no fato previsto na elaboração da norma (ÁVILA, 2009, p. 9-10).

Conforme Ávila (2009, p. 10) esclarece, as decisões que não respeitam o princípio da separação dos poderes, o subjetivismo e a insegurança jurídica não são fruto da ponderação em si. O que gera essas consequências é uma má aplicação da ponderação, que utiliza dos princípios constitucionais como fundamento de decisões abusivas, não levando em conta as regras já existentes. Mas “uma ponderação, orientada por critérios objetivos previstos e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de poderes, não leva inevitavelmente a esses problemas” (ÁVILA, 2009, p. 10).

Uma ponderação realizada de maneira equilibrada deve observar certas diretrizes. Primeiro, deve se verificar se existe alguma regra imediatamente aplicável. Nesse caso, não será necessário fazer uso da ponderação de princípios, uma vez que já houve uma ponderação prévia por parte do poder legislativo ao elaborar a norma.

Segundo, não havendo uma regra legal que regule a situação concreta, ou havendo uma regra legal, mas sendo ela incompatível com o ordenamento jurídico, o aplicador deve efetuar a ponderação dos princípios levando em conta as etapas já expostas nesse artigo, analisando a adequação, a necessidade, o balanceamento e a justificação da decisão. Esta deve conter a razão de preferência de um princípio frente ao outro, os critérios utilizados para definir o peso dos princípios, os argumentos empíricos e normativos e sua relevância na efetivação da ponderação (ÁVILA, 2009, p. 10-11).

7 CONCLUSÃO

Não se pode negar que há abusos e má aplicação da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy, para justificar práticas arbitrárias por parte do poder judiciário. É fato também que a arte de interpretar envolve pressupostos subjetivos daquele que a realiza e a ponderação não é um método que conduz a soluções inequívocas ou apenas a uma resposta correta, conforme o próprio autor estudado aduz (ALEXY, 2012, p. 334).

Por isso, é essencial que o juiz observe as regras válidas no ordenamento jurídico e que deixe claro, por meio da argumentação, a justificação e o caminho que o levou a tal decisão.

A teoria da ponderação de princípios de Alexy é de extrema relevância exatamente para orientar o magistrado nessa justificação e argumentação. Mesmo que ela não seja capaz de acabar com a subjetividade do intérprete, visto que isso seria uma tarefa impossível, ela é útil para conferir racionalidade e transparência às decisões judiciais e viabilizar maior controle das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida no Rio de Janeiro,

na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 22, n. 66, p. 13-64, set./dez. 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

AMARAL, Alexandre da Silva. A ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 8, p. 95-117, 2003.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto "Neoconstitucionalismo", entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência", **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação , racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: IBDC, v. 14, n. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte. v. 1. n. 2. 2º sem. 1998.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: conceitos e distinções. **Jusnavigandi**, Teresina/PI, ano 9, n. 851, nov. 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez

Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Proportionality**: new frontiers, new challenges (comparative constitutional law and policy). Cambridge University Press, 2017.

JESTAEDT, Matthias. The doctrine of balancing – strenghts & weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012, 163 p.

KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason**. The jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

MOLLER, Kai. **The Global Modal of Constitucional Rights**. Oxford Universty Press, 2012

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de trindade e streck à teoria de Alexy. **Blog Os Constitucionalistas**. Belo Horizonte, 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>. Acesso em: mar. 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Crise moderna e racionalidade argumentativa no

direito: o modelo de Aulis Aarnio. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 154, abr./ jun., p. 213-227, 2002.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Revista Consultor Jurídico**, 5 abr. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia#author>>. Acesso em: mar. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OS REFUGIADOS E A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

REFUGEES AND THE NEW MIGRATION LAW

Eduarda Azevedo de Oliveira

*Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados
(UNIGRAN)
Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal da
Grande Dourados (UFGD)*

Fernando Machado de Souza

*Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)
Professor do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN)*

RESUMO: A regulamentação da nova Lei de Migração trouxe um tratamento mais digno e humanitário aos migrantes que vivem no Brasil, englobando também uma proteção maior aos indivíduos em risco humanitário, como os refugiados. A questão dos refugiados é uma discussão atual e de extrema importância frente a uma crise de refugiados que o mundo vem passando. A nova legislação brasileira se mostrou indo na direção oposta do que se tem sido feito por outros países, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, uma vez que é uma resposta mais humana a esse dilema. Além disso, a nova lei está em consonância com compromissos humanitários internacionais assumidos pelo Brasil. Por isso, o presente trabalho irá retratar a proteção dada aos refugiados pela nova Lei de Migração, e, através de um estudo de caso dos migrantes venezuelanos no Brasil, verificar o grau de eficácia desta lei.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Migração. Refugiados. Proteção. Venezuelanos.

ABSTRACT: The regulation of the new Migration Law has brought a more dignified and humane treatment to migrants living in Brazil, including greater protection for individuals at humanitarian risk, such as refugees. The issue of refugees is a current and extremely important discussion in the face of a world-wide refugee crisis. The new Brazilian legislation has turned out in the opposite direction from what has been done by other countries, especially in the United States and Europe, since it is a more humane response to the refugee dilemma. In addition, the new law is in line with international humanitarian commitments assumed by Brazil. Therefore, the present work will portray the protection given to refugees by the new Migration Law, and, through a study of case of Venezuelan refugees in Brazil, verify the effectiveness of this law.

KEYWORDS: Migration Law. Refugees. Protection. Venezuelan.

Enviado em: 30-04-2019

Aceito em: 27-08-2019

1 INTRODUÇÃO

A nova Lei de Migração de maio de 2017 (Lei n. 13.445/2017) tem como objetivo definir as diretrizes da política migratória brasileira, a qual torna mais fácil o ingresso e permanência do estrangeiro em solo nacional e amplia o rol de proteção aos indivíduos em situação de risco humanitário, como refugiados e apátridas. Os refugiados são pessoas que necessitam de uma proteção especial devido à situação de vulnerabilidade em que se encontravam no seu país de origem.

Sendo assim, o objetivo geral do presente artigo é analisar a proteção que os refugiados passaram a receber com a promulgação da nova Lei de Migração, identificando as melhorias trazidos por esta lei no tratamento e acolhimento destas pessoas. Por sua vez, como objetivos específicos, busca-se relatar a crise de refugiados que o mundo tem vivenciado nos últimos anos, com enfoque na crise dos refugiados venezuelanos no Brasil, e ainda, verificar se os seus direitos humanos estão sendo verdadeiramente cumpridos na prática.

O artigo foi desenvolvido com base em revisões bibliográficas de doutrinas clássicas do Direito Internacional Público, de artigos acadêmicos, da nova Lei de Migração e outras legislações brasileiras. Além disso, utilizou-se de outras legislações/tratados internacionais e compromissos humanitários assumidos pelo Brasil para nortear a interpretação da Lei de Migração e verificar a proteção dos direitos humanos dos refugiados. Por fim, também foram utilizados dados e informações do Comitê Nacional para Refugiados (Conare), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e da Polícia Federal.

Além disso, o estudo foi desenvolvido em quatro tópicos, sendo o primeiro uma breve contextualização histórica sobre a proteção dada aos refugiados ao longo dos anos, seguido do seu conceito e certas considerações, como o procedimento para solicitação de refúgio e alguns dados referentes ao número de refugiados no Brasil e no mundo. Posteriormente, foi feita uma análise da proteção que os refugiados passaram a receber com a Nova Lei de Migração e, por fim, um estudo referente à situação dos refugiados venezuelanos que se encontram em território nacional.

Para conferir efetividade à proteção da pessoa humana, criou-se uma série de métodos de controles internacionais, regionais e nacionais que foram se

aperfeiçoando de acordo com a evolução temporal. Tais mecanismos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Relativa ao Status dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Status de Refugiado (1967), a Declaração de Cartagena (1984), a Lei n. 9.474/97 (Estatuto dos Refugiados), a Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano (2010), a Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional dos Refugiados (2012), as Resoluções do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), e mais recentemente, a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração) retratam a evolução do processo de criação e da ampliação do escopo do direito em relação ao ser humano, mais especificamente aos refugiados, objeto do presente estudo.

Assim, apesar dos vários instrumentos normativos de proteção da pessoa humana em situação de mobilidade, a atual Crise Migratória Mundial, considerada a maior desde a 2ª Guerra Mundial, tem demandado um esforço coletivo da comunidade internacional com vistas à luta incisiva contra a grave e a generalizada violação de direitos humanos. Como será retratado a seguir, a situação dos refugiados venezuelanos que se encontram em território brasileiro não é digna, visto que, mesmo com todo o aparato jurídico, suas condições de vida são precárias. Por isso, se faz de extrema importância o estudo dos refugiados e da Lei de Migração, uma lei inovadora e moderna que protege os refugiados pela lente dos direitos humanos (CRISPIM; VINCENZI, 2018, p. 298).

Vale ressaltar que, apesar dos venezuelanos não serem reconhecidos oficialmente e legalmente como refugiados, exceto por algumas poucas pessoas que demonstraram fundado temor de perseguição por opinião política, o presente artigo adotará tal terminologia para melhor fluidez do trabalho, tendo em vista que o Brasil caminha, eventualmente, para o reconhecimento dos venezuelanos com base no inciso III, do art. 1, da Lei 9.474/97, uma definição ampliada trazida pela Declaração de Cartagena.

Em junho de 2019, o Conare decidiu que há, na Venezuela, a existência de grave e generalizada violação de direitos humanos, baseada no artigo supracitado. Essa decisão vai facilitar o processo de determinação da condição de refugiado de nacionais venezuelanos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O tema dos refugiados ganhou destaque no contexto internacional sobretudo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando mais de 40 milhões de pessoas se deslocaram no interior da Europa por ocasião da guerra. No mesmo momento, a questão dos direitos humanos passou a ser debatida pela comunidade internacional diante das atrocidades cometidas por regimes totalitários. Isso levou à constituição do regime internacional de direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), com a Declaração Universal de 1948, que previa o direito de procurar e gozar asilo a toda pessoa vítima de perseguição. Poucos anos depois, se fez acompanhar pelo regime internacional para refugiados. (ACNUR, 2000).

Na esfera institucional, em 1951, criou-se uma agência especializada para proteger o refugiado e encontrar soluções para sua condição: o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Ainda foi celebrada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (MOREIRA, 2010, p. 112). Assim, o regime internacional para refugiados se estruturou a partir do princípio da não-devolução presente no artigo 33 da Convenção de 1951 segundo o qual “nenhum dos Estados Partes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” (ACNUR, 1996, p. 59).

Por sua vez, no contexto da América Latina, nos anos 1970 e 1980, devido à experiência regional de conflitos armados por motivos políticos, os países sentiram a necessidade de adotar um novo conceito de refugiado que fosse mais próximo da realidade vivenciada por eles. Então, a Declaração de Cartagena de 1984 ampliou a definição do regime internacional da ONU, ao incluir no conceito de refugiados as pessoas que deixaram seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas em decorrência da violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública (ACNUR, 1984).

No plano interno brasileiro, o país se mostrou bem engajado quanto ao tema dos refugiados depois da Segunda Guerra. A virada das décadas de 1950/1960

foi um momento crucial para a proteção de refugiados no Brasil. O evento que ganhou mais destaque foi a ratificação da Convenção de 1951, cuja decisão fora motivada, em grande parte, pela organização do Ano Mundial dos Refugiados (AMR), uma iniciativa da sociedade civil do Reino Unido, que maistarde obteve o apoio da ONU, com o objetivo de chamar a atenção das pessoas para a questão dos refugiados (ANDRADE, 2017, p. 45). Neste sentido, Julia Bertino Moreira¹ relata sobre a participação do Brasil em prol do tema dos refugiados neste período.

Contudo, a ditadura militar de 1964 a 1985 alterou radicalmente a política brasileira para refugiados, sendo marcada pelo retrocesso em relação ao período anterior, uma vez que, nesse período, a migração internacional era regulada por normas legais implementadas pelo Regime Militar. Estas viam o imigrante como uma ameaça à “estabilidade e à coesão social” do país, predominando, portanto, o enfoque da segurança nacional, que deveria manter de fora das nossas fronteiras aqueles que “pretendiam vir causar desordem em nosso território” (OLIVEIRA, 2017, p. 171).

Nos anos 80, o Brasil aprovou o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), que ainda era bem restritivo em relação aos direitos dos refugiados e regulamentava a situação do imigrante no país a partir de considerações de “segurança nacional, organização institucional, interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil e defesa do trabalhador nacional”. Contudo, deu um passo à frente ao estabelecer uma esfera institucional própria para esta questão: o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), vinculado ao Ministério do Trabalho, com participação de representantes dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, da Agricultura e da Saúde, com a função de orientar, coordenar e fiscalizar as atividades de imigração (BRASIL, 1980).

Além disso, a nova Constituição Federal democrática de 1988 incorporou a prevalência dos direitos humanos, a concessão de asilo político e a integração regional como princípios norteadores das relações internacionais. O período da redemocratização inaugurou uma nova fase na política brasileira para refugiados, em que recuperou o engajamento com o tema, assim como sua tradição humanitária, que iniciou no pós-guerra, mas havia se distanciado durante a

¹ No pós-guerra, o Brasil teve uma atuação ativa em prol do tema dos refugiados. Participou da Conferência internacional em que se discutiu o texto preparatório da Convenção de 1951 e a assinou no ano seguinte à sua elaboração (embora adotando a reserva geográfica). Também foi eleito membro do Comitê Consultivo do ACNUR, dentre quinze Estados que haviam manifestado interesse e devoção à causa, ao acolher contingente significativo de refugiados. De fato, o Brasil recebeu cerca de 40 mil europeus em 1954 (MOREIRA, 2010, p. 115).

ditadura militar. Ademais, em 1989, o país retirou a reserva geográfica² da Convenção dos Refugiados de 1951, passando a reconhecer refugiados de quaisquer origens e não mais apenas europeus. Avançou também ao aderir ao regime regional para refugiados, aplicando a definição empregada na Declaração de Cartagena de 1984 (MOREIRA, 2010, p. 117).

Em seguida, em 1997 foi aprovada a Lei n. 9.474 que incorporou os motivos clássicos de refúgio da Convenção de 1951 e os motivos ampliados da Declaração de Cartagena, de 1984, principalmente sobre a violação dos direitos humanos, se inserindo nos marcos dos regimes internacional e regional para refugiados. Esta lei foi uma grande inovação para o ordenamento jurídico brasileiro e para a América Latina, pois foi o primeiro país da região a elaborar uma legislação nacional específica sobre o tema, além de trazer uma definição abrangente de refugiado e de conceder o refúgio aos demais membros da família do refugiado, como uma forma de garantir o direito de reunião familiar. A legislação também adotou o princípio da não-devolução, impedindo que o refugiado seja devolvido para outro país em que haja risco de perseguição e afastando a punição pela entrada irregular no país e ainda, além da impossibilidade de extradição do refugiado com fundamento nos motivos do refúgio.

Por fim, o Brasil aprovou a Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017) para modernizar o arcabouço jurídico brasileiro, uma vez que o Estatuto do Estrangeiro datava do regime militar, se mostrava muito atrasado frente às questões atuais e era inspirado num regime de exceção, cuja base se assentava na doutrina da segurança nacional e que vigorava mesmo depois da aprovação da Constituição de 1988. Havia uma grande necessidade de atualizar a legislação migratória para se adequar aos princípios constitucionais. A nova lei revogou o Estatuto e trouxe uma proteção mais humanitária aos migrantes, englobando também os refugiados, pois, se tratando da proteção de direitos humanos das pessoas migrantes, observa-se que a garantia normativa de direitos dos solicitantes de refúgio e de refugiados demandam efetividade plena, uma vez que seus direitos se encontram sob fragilidade extrema devido às sérias ameaças e as graves violações (CRISPIM; VINCENZI, 2018, p. 295).

² De acordo com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, os refugiados eram definidos em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. Assim, dava uma brecha aos Estados de interpretar a expressão "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951" (chamada de "reserva temporal"), que poderia ser interpretada como os que tiveram lugar apenas na Europa (conhecida como "reserva geográfica") ou em qualquer lugar do mundo. O que aconteceu foi que o tratamento da questão dos refugiados se tornou restrito aos povos do continente europeu.

3 O CONCEITO DE REFUGIADOS E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

De acordo com Annoni e Valdes (2013, p. 85), refugiado é o indivíduo que busca o refúgio em virtude de perseguição, ou temor de perseguição, por motivo de raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política. Pode-se dizer também que os refugiados são vítimas de uma migração forçada para resguardar a vida, a segurança ou a liberdade frente a uma situação de perseguição, de conflito armado e de violações massivas de direitos humanos. Dessa forma, os principais motivos para os fluxos de refugiados são as violações de direitos humanos, conflitos armados e repressão.

Os cinco motivos de reconhecimento supramencionados relacionam-se a direitos civis e políticos assegurados na esfera internacional e que, no caso dos refugiados, não estão sendo respeitados. Tais hipóteses para o reconhecimento do status de refugiado estão previstas em diplomas internacionais universais que estabelecem os padrões mínimos a serem respeitados pelos Estados. Contudo, a efetiva proteção dessas pessoas acontece no âmbito interno de cada país, os quais possuem a faculdade de aumentar esse rol, como foi o caso da legislação brasileira, por exemplo, que acrescentou alguns pontos no reconhecimento dos refugiados (JUBILUT, 2007, p. 45).

Dessa forma, o Estatuto do Refugiado (Lei n. 9.474/97) em seu artigo primeiro³ diz que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que sofre alguma espécie de perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Ainda, é aquela pessoa que sofre graves violações de direitos humanos e, por isso, não pode ou não quer permanecer no seu país de origem.

Um elemento de extrema importância deste estatuto é o seu caráter declaratório e não constitutivo. Isto quer dizer que a expressão “será reconhecido” significa que o Estado receptor não confere o status de refugiado e não o torna refugiado, apenas o reconhece como tal. Uma vez preenchidas as condições da definição de refugiado, a pessoa já se torna um refugiado por si só. Vale desta-

³ Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

^I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

^{II} - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

^{III} - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

car que, este reconhecimento ocorre antes mesmo do migrante entrar no país receptor, não dependendo de um reconhecimento formal. Assim, o estrangeiro não será punido caso entre irregularmente no país (CARNEIRO, 2017, p. 96).

A proteção dos refugiados é um sistema complexo, que inclui a recepção, o registro, o procedimento de determinação de status, a assistência e integração local e os mecanismos de repatriação, a naturalização ou o reassentamento. No entanto, o momento mais significativo desse processo é o reconhecimento da condição de refugiado, em que o Estado receptor estabelece o vínculo jurídico e assume as obrigações internacionais para com a pessoa do refugiado, à qual confere sua proteção (CARNEIRO, 2017, p. 95).

De acordo com o procedimento explicitado pelo ACNUR (2014), para fazer a solicitação de refúgio no Brasil, é preciso estar presente no território nacional. Em qualquer momento após a sua chegada no país, o estrangeiro que se considera vítima de perseguição em seu Estado de origem deve procurar uma Delegacia da Polícia Federal ou uma autoridade migratória na fronteira e solicitar expressamente o refúgio para adquirir a proteção do governo brasileiro. Assim, o estrangeiro que solicita refúgio no Brasil tem a garantia de que não poderá ser deportado para fronteira de território onde sua vida ou liberdade estejam ameaçadas.

Seguindo as normas elencadas na Convenção de 1951, a lei brasileira prevê que não há necessidade de o estrangeiro portar passaporte ou qualquer outro documento de identificação, bem como não é necessário visto emitido pelas entidades consulares no exterior. O próprio artigo 7º da Lei n. 9.474/97 prevê que “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes”.

Para registrar a solicitação de refúgio basta preencher um termo de solicitação em qualquer posto da Polícia Federal e informar um endereço onde possa ser encontrado, um telefone e e-mail para contato. Após esse registro, o solicitante irá receber um protocolo provisório, válido até a decisão final do CONARE sobre o seu pedido de refúgio. Este protocolo serve como um documento de identidade a ser usado dentro do território brasileiro e serve também de prova da situação migratória regular, de que está protegido e não pode ser devolvido para país onde a vida esteja em risco. Ademais, com este protocolo o estrangeiro terá direito a obter uma carteira de trabalho e um CPF e assim, acessar todos os serviços públicos disponíveis no Brasil.

Depois de reunir todas as informações necessárias trazidas pelo solicitante de refúgio, o pedido será analisado pelos membros do CONARE, que decidirão se o estrangeiro deverá ou não ser reconhecido como refugiado. Após essa decisão, o solicitante será comunicado nos postos da Polícia Federal e tem o direito de receber uma cópia integral desta, para saber os fundamentos que levaram àquela conclusão.

Por seu lado, o solicitante de refúgio que teve a sua condição de refugiado reconhecida pelo Brasil tem o direito de permanecer no território nacional como refugiado e obter o Registro Nacional Migratório (RNM), documento de identidade dos estrangeiros no Brasil. Além disso, o refugiado terá direito a uma Carteira de Trabalho definitiva e adquire os mesmos direitos de qualquer outro estrangeiro em situação regular em território nacional. Por outro lado, se não for reconhecida sua situação de refugiado, o estrangeiro pode fazer um recurso no prazo de 15 dias para o Ministro da Justiça, fundamentando as razões pelas quais a decisão do CONARE deve ser modificada. Se o Ministro da Justiça julgar procedente o recurso, a situação de refugiado é reconhecida, porém, caso a decisão continue negativa, o solicitante será submetido à lei migratória vigente no Brasil.

Por sua vez, o mundo está passando por uma forte crise humanitária, em que, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), há os maiores níveis de deslocamentos forçados já registrados. Até junho de 2018, cerca de 68,5 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a sair de casa, entre elas estão quase 25,4 milhões de refugiados, sendo que, mais da metade são menores de 18 anos. Além disso, por dia, mais de 44 mil pessoas são pressionadas a abandonarem seu lar por conta de conflitos e perseguições e ainda, existem 3,1 milhões de solicitantes de refúgio espalhados no mundo.

Por fim, de acordo com dados fornecidos pela Polícia Federal, no total, 33.866 pessoas solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017. Os venezuelanos representam mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações. Na sequência estão os cubanos (2.373), os haitianos (2.362) e os angolanos (2.036). Além disso, somando-se os refugiados reconhecidos no Brasil, que são 10.264, mais os que entraram com pedido de refúgio e aguardam decisão (85.746) e os estrangeiros que receberam outro tipo

de proteção, o número chegou a quase 150 mil em 2017, representando uma alta de 118% em relação ao ano anterior.

4 A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Diante desse cenário de crise e de necessidade de se modernizar em face de um assunto tão atual e importante, o Brasil instituiu a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, denominada Lei de Migração, a qual traz uma proteção mais humanitária aos migrantes, englobando também os refugiados. Neste sentido, em um discurso realizado pelo Presidente Michel Temer⁴ na Assembleia Geral da ONU em 2017, o mesmo afirmou que o Brasil é detentor de uma das leis de refugiados mais modernas do mundo.

A nova Lei de Migração veio com o intuito de modernizar o ordenamento jurídico brasileiro, visto que a migração internacional no Brasil era regida por normas implementadas no regime militar e que tratavam os estrangeiros como uma ameaça à segurança nacional. Por isso, a Lei n. 13.445/2017 revogou o Estatuto do Estrangeiro que se mostrava completamente atrasada frente à sociedade atual e incompatível com a Constituição Federal. Além disso, a lei tem como objetivos redefinir as diretrizes da política migratória brasileira, a qual torna mais fácil o ingresso e permanência do estrangeiro em solo nacional e amplia o rol de proteção aos indivíduos em situação de risco humanitário, como refugiados e apátridas, garantindo, ainda, os direitos das pessoas migrantes, tanto dos migrantes que por aqui aportam quanto para os brasileiros que vivem no exterior.

A Lei n. 13.445/2017⁵ garante aos migrantes que vivem no Brasil um tratamento mais digno e os transformam em cidadãos de pleno direito, como são de fato, pois estes contribuem para a construção do país. Ademais, estabelece direitos e deveres para turistas e migrantes no território brasileiro, e os reconhece como um sujeito de direitos, independentemente da sua nacionalidade,

⁴ “Temos hoje, meus senhores, uma das leis de refugiados mais modernas do mundo. Acabamos de modernizar também nossa lei de migração, pautados pelo princípio da acolhida humanitária. Temos concedido vistos humanitários a cidadãos haitianos e sírios. E temos recebido milhares de migrantes e refugiados da Venezuela” BRASIL (2017b).

⁵ A nova Lei de Migração é elogiada por organismos internacionais e, em conjunto com a Lei de Refúgio de 1997 e a lei sobre tráfico de pessoas de 2016, coloca o Brasil em uma posição de vanguarda, tanto na proteção dos direitos do migrante. De fato, a nova legislação vai na contramão do que tem sido feito por outros países, especialmente Estados Unidos e Europa. Mas essa é, na verdade, uma das virtudes da Lei de Migração, por ser uma resposta humanitária e humana a um mundo que caminha para criminalizar o outro, criminalizar um fenômeno social que molda sociedades no planeta desde os primórdios das civilizações. Além disso, a nova lei está de acordo com compromissos humanitários firmados pelo Brasil no meio internacional (NOVO, 2018).

promovendo o combate à xenofobia e à não discriminação como princípios da política migratória brasileira. Ela também moderniza o sistema de recepção e registro dos migrantes, além de incluir artigos específicos para casos de apátridas e refugiados.

Entre os pontos de extrema relevância compreendido na nova lei estão os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, dispostos no art. 3º, dos quais podem-se citar: a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos; o repúdio e a prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; a promoção de entrada regular e de regularização documental; a acolhida humanitária; a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; a promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei (OLIVEIRA, 2017, p. 175).

Dessa forma, percebe-se que os princípios expressos na lei estão em consonância com os direitos humanos e com a Constituição Federal de 1988, dando um tratamento mais digno às pessoas que vem de fora e ingressam no território brasileiro. Esses princípios protegem também os refugiados que aqui se encontram, uma vez que a lei é utilizada em relação a essas pessoas, sem prejudicar a aplicação de outras normas nacionais e internacionais específicas sobre refugiados.

O artigo 4º⁶ da referida lei é voltado a estabelecer garantias individuais aos migrantes, assegurando direitos e liberdades que estão em consonância com o artigo 5º da Constituição Federal. Pode-se dizer também que esses direitos são

⁶ O artigo 4º, voltado a estabelecer garantias aos migrante, assegura: direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; direito à liberdade de circulação em território nacional; direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos; direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável; direito de reunião para fins pacíficos; direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos; acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória (OLIVEIRA, 2017, 175).

as garantias mínimas para a efetivação da dignidade da pessoa humana, a fim de que o migrante possa ter uma vida digna e sem discriminação em razão da sua nacionalidade.

Além disso, o art. 14, I, c, prevê a concessão de vistos temporários que tenha por finalidade o acolhimento humanitário, o qual poderá ser concedido, de acordo com o § 3º, “ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário”. Assim, essas pessoas que se encontram em tais condições solicitam esse visto e se mantêm no país de forma regular.

Por sua vez, o art. 30, II, e, da Lei n. 13.445/2017 diz que a residência no país poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que seja beneficiário de refúgio. Ademais, o §4º do art. 31 se refere ao solicitante de refúgio, o qual fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido, além de que a lei prevê a reunião familiar, ou seja, também serão concedidos visto ou autorização de residência ao cônjuge, filho, ascendente, descendente e irmão do beneficiário de autorização de residência para preservar a união familiar.

Outro ponto que merece destaque previsto na nova lei é a proibição de aplicação da medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio. Isto quer dizer que o art. 49, §4º garante que o refugiado não será alvo da medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade nem de medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa. Além disso, o beneficiário de refúgio não poderá ser extraditado e a Lei de Migração deverá ser aplicada juntamente com a lei n. 9.474/97 nas situações que envolvem refugiados e solicitantes de refúgio.

Outro ponto positivo previsto na nova Lei de Migração é em relação ao acesso ao trabalho, que é um direito garantido pela Constituição Federal e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo não apenas uma forma de conquistar seus bens materiais, mas também uma forma de garantir sua liberdade e de viver com dignidade. A recente lei de 2017, além de deixar expresso

o acesso igualitário e livre do migrante ao direito ao trabalho⁷ como um princípio e diretriz da política migratória brasileira, aplica uma maneira mais humanitária na concessão de vistos (JUBILUT; LOPES; SILVA, 2018, p. 131).

Não obstante, no caso de trabalho autônomo, o refugiado tem a possibilidade de abrir uma MEI (Microempresa Individual) junto à Receita Federal apresentando a declaração de isento do imposto de renda. Assim, é possível perceber que a nova lei traz uma certa facilitação em contratar refugiados. Primeiro porque as empresas brasileiras têm mais subsídio com a nova lei para contratar migrantes e refugiados e também pelo fato desta facilitar a regularização dessas pessoas e evitar a deportação imediata. Por fim, a chegada de profissionais com a qualificação necessária para a realização de determinados trabalhos também é simplificada pela lei, viabilizando o crescimento das empresas e a absorção de novos conhecimentos.

No Brasil, apesar de todo esse avanço normativo, verifica-se que mesmo em situações nas quais o refugiado já conseguiu obter a CTPS e o CPF, é grande a recusa das empresas em empregar pessoas que ainda não possuem o Registro Nacional de Estrangeiro (RNE) (JUBILUT; LOPES; SILVA, 2018, p. 139). Dessa forma, como se pode perceber, não existem grandes dificuldades legais e burocráticas para o refugiado exercer uma atividade profissional no Brasil. Contudo, dificuldades com a língua portuguesa, preconceito, intolerância, falta de informação, dificuldade em validar o diploma, crise econômica e escassez de vagas são os principais motivos que obstam o acesso ao mercado de trabalho brasileiro por parte dos refugiados (CORRÊA; FRIEDRICH, 2018, p. 161).

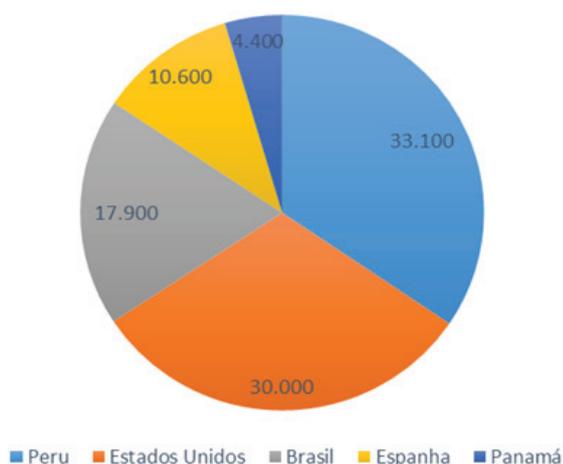
5 OS VENEZUELANOS NO BRASIL

A crise econômica e política na Venezuela acontece desde 2014, ano que explodiu as manifestações de estudantes e opositores contra o governo de Nicolás Maduro. Contudo, atualmente, a situação encontra-se tão grave que o país é considerado como o detentor da “maior inflação do mundo”, de acordo com o FMI. Há a escassez de produtos básicos e de energia, que foi agravada com a queda do preço do petróleo, maior fonte de renda do país.

⁷ No Brasil, os solicitantes de refúgio, refugiados e imigrantes com visto humanitário têm direito à Carteira de Trabalho (CTPS) e com ela podem trabalhar legalmente no país, com os mesmos direitos de qualquer outro trabalhador brasileiro. A partir da nova lei de migração, Lei n. 13.445/2017, os imigrantes também poderão exercer cargo, emprego e função pública, conforme definido em edital, com exceção dos concursos reservados a brasileiros natos (CORRÊA; FRIEDRICH, 2018, p. 160).

Nos últimos anos, com o intuito de fugirem dessa crise humanitária e devido à situação política e econômica que assola a Venezuela, mais de 2,3 milhões de venezuelanos (cerca de 7% da população) se deslocaram para os países vizinhos, segundo dados da Organização Internacional de Migração (OIM). Entre os principais destinos estão o Brasil, a Colômbia, Costa Rica, o México, Peru, a Espanha e os Estados Unidos. De acordo com os números fornecidos pelos governos desses países, mais de 111 mil venezuelanos apresentaram novos pedidos de asilo em 2017. O Peru registrou mais pedidos (33.100), seguido pelos Estados Unidos (30.000), Brasil (17.900), Espanha (10.600) e Panamá (4.400), conforme mostra o gráfico abaixo.

Gráfico 1: Principais destinos dos venezuelanos.



Fonte: elaborado pela autora.

Conforme um relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁸, a migração forçada de venezuelanos poderá ultrapassar 5 milhões de pessoas até o final de 2019. O relatório também prevê que, se a situação não mudar na Venezuela, até o ano 2020, entre 7,5 e 8,2 milhões de venezuelanos poderão fazer parte da migração forçada. Trata-se da segunda maior crise de imigrantes e refugiados do mundo, depois da questão que envolveu os sírios.

De acordo com dados fornecidos pela Polícia Federal, no ano de 2017 o Brasil recebeu mais de 33 mil solicitações de refúgio, sendo que 17.900 são

⁸ O secretário-geral da OEA, Luis Almagro afirmou que: "Os venezuelanos são a segunda população com mais refugiados do mundo, perdendo apenas para a Síria, que está em guerra há sete anos. As previsões indicam que até o final de 2019 o êxodo chegará a 5,4 milhões de pessoas".

apenas de venezuelanos, o que representa mais da metade das solicitações. Além disso, nos últimos 7 anos o Brasil recebeu mais de 126 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado, e a Venezuela representa 33% desses pedidos. Em 2016, o número de solicitações de refugiados venezuelanos era de 3.375, tendo aumento para 17.900 no ano seguinte. Conforme relatório recente elaborado pela ACNUR, em fevereiro de 2018 o número de venezuelanos solicitando refúgio chegou a 24.818.

O estado de Roraima⁹ é a porta de entrada de muitos imigrantes pela facilidade da travessia entre a cidade brasileira Pacaraima e a venezuelana Santa Elena de Uairén. A grande quantidade de venezuelanos fez com que, no final de 2017, Roraima decretasse estado de emergência, deixando em alerta as Secretarias de Saúde, Trabalho e Bem-Estar Social, Justiça e Cidadania e de Comunicação para auxiliar os imigrantes.

A crise migratória também atingiu Manaus (AM), que em maio de 2017, decretou situação de emergência social devido ao intenso processo de imigração de indígenas venezuelanos. De acordo com a Prefeitura de Manaus, eles estavam acampados em área pública, submetidos à situação de risco pessoal e social, em especial crianças, adolescentes e idosos. O prefeito da cidade, então, por meio de um decreto assinado, determinou que os contratos de aquisição de bens e serviços necessários para atender essa população indígena ficam dispensados de licitação.

Em 2018, a prefeitura de Boa Vista estima que cerca de 40.000 venezuelanos já tenham entrado na cidade, o que representa mais de 10% dos cerca de 330.000 habitantes da capital. Os abrigos estão lotados e milhares de imigrantes vivem na rua e em situação degradante. Diante dessa crise que assola Roraima, o Governo Federal promulgou o Decreto n. 9.285/2018 e editou a Medida Provisória n. 820/2018 na tentativa de amenizar a violação dos direitos humanos dos imigrantes venezuelanos e o colapso do estado de Roraima (MENDONÇA, 2018).

Essas medidas visam reconhecer a situação de vulnerabilidade decorrente do intenso fluxo migratório e adotar medidas de assistência emergencial. Além disso, também buscam ampliar as políticas de mobilidade, distribuição no ter-

⁹ Além de todas as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes venezuelanos no trajeto e na entrada no Brasil, as cidades brasileiras de destino destes imigrantes não possuem estrutura apta a recebê-los. As principais cidades de destino desses imigrantes são as cidades de Pacaraima e Boa Vista, no Estado de Roraima. As cidades de Pacaraima e Boa Vista possuem, aproximadamente, 16.000 e 300.000 habitantes, respectivamente. Portanto, não possuem estrutura para internalizar adequadamente mais de 30.000 imigrantes venezuelanos. Os principais setores afetados pela imigração venezuelana são os da saúde e da educação (SOUZA; SILVEIRA, 2018, p. 122)

ritório nacional e apoio à interiorização dos imigrantes venezuelanos, visto que o estado de Roraima não possui condições de acolher a o grande número de venezuelanos que entram no seu território (MENDONÇA, 2018). Para isso, se faz necessário um devido estudo de interiorização para distribuir os refugiados em outros estados que possam oferecer oportunidades de trabalho e melhores condições de vida.

A situação dos venezuelanos que se encontram em Roraima é extremamente precária, tanto que algumas famílias venezuelanas vivem em banheiros públicos da cidade compartilhados com cerca de 50 pessoas, sendo submetidos a situações extremamente degradantes e desumanas. Além disso, muitos refugiados vivem em um ginásio poliesportivo da capital Boa Vista com a ajuda de uma ONG, que recebem tratamento médico, alimentação e auxílio. A demanda por assistência médica dos venezuelanos também está dificultando cada vez mais o atendimento às necessidades de todos os usuários do sistema público de saúde do estado, tanto brasileiros quanto venezuelanos. O mesmo ocorre em relação às vagas nas escolas, sobrecarregando o sistema educacional, e violando também o direito ao acesso à saúde e à educação (COSTA, 2017).

Em março de 2018, o ministro interino do Ministério dos Direitos Humanos, Gustavo do Vale Rocha, visitou a praça Simón Bolívar na capital Boa Vista, local onde moram mais de mil venezuelanos, oportunidade em que disse: “infelizmente não há dignidade que se faz necessária para as pessoas viverem”. Muitos dos abrigos improvisados estão superlotados, e por isso, um grande número de venezuelanos, sem dinheiro, acampam em praças e até às margens de rodovias, morando em barracas de camping e estruturas improvisadas com lonas, madeiras e até papelões (CHAVES, 2018).

Em fevereiro de 2019, o Presidente da Venezuela, Nicolás Maduro, determinou o fechamento da fronteira com o Brasil por tempo indeterminado, como uma forma de impedir o envio de ajuda humanitária ao país vindo dos Estados Unidos e dos Estados vizinhos, a pedido do autoproclamado presidente interino, Juan Guaidó. Maduro vê a oferta dessa ajuda como uma interferência externa na política da Venezuela, capaz de minar o seu poder.

Esta medida acarretou em protestos e conflitos na fronteira Brasil-Venezuela. Os venezuelanos, inconformados com a atitude de Maduro, se reuniram e iniciaram protestos, em que tentavam buscar a ajuda humanitária barrada na

fronteira. O Exército venezuelano respondeu com violência durante os vários dias de protestos, tendo inclusive lançado bombas de gás lacrimogêneo e desferido tiros, resultando em diversos mortos e feridos.

Mesmo com a fronteira fechada, os venezuelanos que necessitam atravessá-la enfrentam rotas clandestinas, sendo que boa parte deles são crianças que estudam nas escolas brasileiras, devido à precariedade do ensino que assola o país de origem. Finalmente, a fronteira foi reaberta em maio de 2019, após quase três meses estando bloqueada.

Assim, a título de comparação, 1,8 milhão de migrantes entraram em toda a União Europeia em quatro anos, sendo que somente na Venezuela, 2,3 milhões de venezuelanos deixaram o país e se deslocaram para os países vizinhos. Dessa forma, percebe-se a importância da nova Lei de Migração no ordenamento jurídico brasileiro para proteger os direitos dos migrantes em vulnerabilidade, uma vez que o Brasil tem recebido um grande número de refugiados nos últimos anos. Tendo em vista a crise humanitária que assola a Venezuela, a tendência é este número aumentar cada vez mais, sendo necessário que o país tenha um suporte jurídico adequado para garantir os direitos desses indivíduos.

6 CONCLUSÃO

A Lei de Migração é um legado humanitário, uma vez que menciona sete vezes o princípio da não discriminação, além de outros princípios já apontados, como o da acolhida humanitária e o da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos. Segundo a Organização das Nações Unidas, o mundo está passando pela maior crise humanitária desde a 2ª Guerra Mundial (NOVO, 2017). Além disso, vivencia-se uma crise em que milhares de refugiados já perderam suas vidas fugindo de conflitos, na busca por melhores condições de vida e de trabalho.

Desde o início da formação de um marco internacional de proteção aos refugiados, o Brasil tem desempenhado certa liderança na área. Em 1960 foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados. Em seguida, em 1997, passou a ser o primeiro país do Cone Sul a sancionar uma lei nacional de refúgio, a Lei 9.474/97. Ademais, juntamente com a Venezuela, o Brasil foi um dos primeiros países a fazer parte do Comitê

Executivo do ACNUR, que é formado por Estados que demonstram maior compromisso com os refugiados.

Sendo assim, o presente artigo buscou retratar a proteção que os refugiados passaram a receber com o advento da Lei nº 13.445/2017, fazendo uma breve contextualização histórica, além de trazer o seu conceito, o procedimento de solicitação de refúgio e alguns dados importantes referentes ao número de refugiados. Não obstante, foi feito um estudo sobre a situação dos refugiados venezuelanos que se encontram no território nacional, a fim de verificar a efetividade da referida lei em garantir seus direitos.

Mediante uma breve análise da nova Lei de Migração, percebeu-se que esta traz um tratamento mais digno aos migrantes e refugiados que vivem no Brasil, transformando-os em cidadãos de pleno direito e dando-lhes melhores oportunidades de vida. A Lei n. 13.445/2017 representa um grande avanço para o direito brasileiro e para os direitos humanos em geral, servindo de exemplo para outros países do mundo.

Contudo, apesar do Brasil ser detentor de um arcabouço jurídico muito completo, com leis nacionais modernas e diversos instrumentos de proteção internacional, o país não possui condições materiais de garantir uma vida digna aos refugiados que aqui se encontram. Além disso, ainda há um forte preconceito quando o assunto são os refugiados, uma vez que boa parte da população os veem como pessoas que vem para causar desordem ou até mesmo que estão tirando as oportunidades e tomando o lugar dos próprios brasileiros.

Esse é o resultado da falta de políticas integradoras para inserir os venezuelanos aos sistemas públicos tanto de saúde como de educação, a falta de oportunidades de trabalho e a falta de parceria entre as esferas federais, estaduais e municipais. Não há uma solução exata para a questão, mas é preciso a adoção de políticas públicas capazes de conseguir inseri-los na sociedade, com uma maior comunicação e parceria entre os entes da Federação, juntamente com a cooperação com organismos internacionais, afinal, este é um assunto que atinge o mundo inteiro.

Assim, pode-se dizer que, apesar do ordenamento jurídico brasileiro ser moderno e reconhecido internacionalmente pela proteção dada aos migrantes em geral, ainda há muito o que se fazer para que de fato os direitos humanos sejam respeitados. Como já explicitado, os venezuelanos vivem numa situação

extremamente degradante e, por isso, necessitam de uma atenção especial do governo brasileiro para tentar melhorar a qualidade de vida dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **A situação dos refugiados no mundo**: cinquenta anos de ação humanitária. Almada: Triunfadora Artes Gráficas, 2000.

ACNUR. **Cartilha para solicitantes de refúgio no Brasil**: procedimentos, decisão dos casos, direitos e deveres, informações e contatos úteis. [2014]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha_para_solicitantes_de_refugio_no_Brasil.pdf?view=1. Acesso em: 22 nov. 2018.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Cartagena das Índias, 1984.

ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios a aplicar para determinar o estatuto de refugiado**. Lisboa: ACNUR, 1996.

ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 22 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 22 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 02 de dez. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Discurso do Presidente da República, Michel Temer, na Abertura do Debate Geral da 72ª Sessão da Assembleia Geral da ONU – Nova York**. 19 de set. 2017b. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/>

presidente-da-republica-federativa-do-brasil-discursos/17460-discurso-do-presidente-da-republica-michel-temer-na-abertura-do-debate-geral-da-72-sessao-da-assembleia-geral-da-onu-nova-york-19-de-setembro-de-2017. Acesso em: 05 de set. 2018.

CHAVES, Alan. **Venezuelanos vivem sem dignidade em praça de Boa Vista, avalia ministro dos Direitos Humanos. G1, 06 mar.** 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/venezuelanos-vivem-sem-dignidade-em-praca-de-boa-vista-avalia-ministro-dos-direitos-humanos.ghtml>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

COSTA, Emily. **Roraima decreta situação de emergência diante de intensa imigração de venezuelanos. G1, 07 dez.** 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/roraima-decreta-situacao-de-emergencia-diante-de-intensa-imigracao-de-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

MACHADO, Fernando. **Direito Internacional Público e Privado.** Bauru: Spessotto, 2017.

MENDONÇA, Heloísa. **Com 40.000 venezuelanos em Roraima, Brasil acorda para sua 'crise de refugiados'. El País, São Paulo, 18 fev.** 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518736071_492585.html. Acesso em: 22 de nov. 2018.

MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 53, n. 1, p. 111-129, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/358/35815326006.pdf> /. Acesso em: 20 de nov. 2018.

NOVO, Benigno Núñez. Direito dos refugiados e a nova lei de migração. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 21 mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590473&seo=1>>. Acesso em: 05 de set. 2018.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Rev. bras. estud. popul.**, São Paulo , v. 34, n. 1, p. 171-179, abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171. Acesso em: 05 de set. 2018.

SOUZA, Ayrton Ribeiro de; SILVEIRA, Marina de Campos Pinheiro da. O fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil (2014-2018). **Cadernos Prolam/USP**, São Paulo, v. 17, n. 32, p.114-132, 28 ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/144270/146449>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

O ACESSO À JUSTIÇA PLENO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE POR INTERMÉDIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A TUTELA COLETIVA COMO ALTERNATIVA PARA A REDUÇÃO DO COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS

ACCESS TO FULL JUSTICE OF CHILD AND TEENAGER THROUGH THE PUBLIC MINISTRY: THE COLLECTIVE TUTLE AS AN ALTERNATIVE TO REDUCE THE COMMITMENT OF INFRINGEMENT

Marco Antonio Laner Cardoso

*Especialista em Direitos Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente, da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)
Advogado*

José Guilherme Surdi

*Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Assistente de Procuradoria de Justiça, na 7ª Procuradoria de Justiça Criminal, na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina (PGJ/MPSC)*

RESUMO: O presente artigo objetiva verificar como o acesso à justiça de crianças e adolescentes, por meio da tutela coletiva de direitos transindividuais propiciada pelo Ministério Público brasileiro, pode ser capaz de reduzir os parâmetros atuais de atos infracionais no Brasil. Para tanto, parte-se da seguinte problemática: de que forma a instituição, através dos instrumentos extrajudiciais e judiciais de que dispõe no processo coletivo, viabiliza o acesso à justiça de crianças e adolescentes? A concretização da tutela coletiva dos direitos de crianças e adolescentes pode interferir nos índices de cometimento de atos infracionais no Brasil? Com emprego do método dedutivo, verificou-se, a partir da técnica de consulta bibliográfica, a evolução histórica da ideia de acesso à justiça, atentando para as formas de sua concretização, bem como os expedientes próprios do Ministério Público para tal desiderato. A seguir, buscou-se retratar o desenvolvimento histórico, cultural e jurídico da responsabilização da criança e do adolescente por atos análogos a crimes no país, amparando-se, também, em pesquisa bibliográfica. Ademais, expôs-se estatísticas oficiais sobre os índices atuais de atos infracionais, com o fito de retratar o contexto social de sua prática, evidenciando o perfil do conflito do adolescente com a lei no Brasil. Por fim, verificou-se os instrumentos procedimentais, dos quais dispõe o Ministério Público, para efetivar o acesso à justiça pleno da criança e do adolescente, e de que maneira a tutela coletiva pode significar fator de modificação dos parâmetros de atos infracionais.

PALAVRAS-CHAVE: Diretos da criança e do adolescente. Tutela coletiva. Ato infracional.

ABSTRACT: This paper aims to verify how the access of justice to child and adolescents, thru the collective procedural law by the Brazilian Public Ministry (Public Prosecutor's Office), may be able to reduce the current parameters of law infringement by child and adolescents in Brazil. How does the institution, through the extrajudicial and judicial procedures available in the collective procedural law, could make possible for children and adolescents to access justice? Can the implementation of collective protection of rights of children and adolescents interfere in the rates of their law infringement in Brazil? Firstly, it was verified the historical evolution of the idea of access to justice, the forms of its implementation, and the Public Ministry's (Public Prosecutor's Office) procedures for such purpose. Therefore, it was portrayed the historical, cultural and legal development of the liability of children and adolescents for acts considered crimes in the country. In addition, its presented official statistics on current rates of offenses, in order to portray the social context of their practice, and depict the profile of the adolescent's conflicts with the law in Brazil. Finally, it was verified how the application of the collective procedural law enabled by the Brazilian Public Ministry (Pubic Prosecutor's Office) may mean a factor in modifying the parameters of unlawful behavior by children and adolescents.

KEYWORDS: Child and adolescents rights. Collective protection of rights. Law infringement by child and adolescents.

Enviado em: 30-08-2019

Aceito em: 07-11-2019

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente completou 25 anos em 2015. Apesar do tempo que está em vigor, nota-se a existência de inúmeras dificuldades para a sua efetiva implementação prática. Discussões e debates sociais acerca da gravidade dos atos infracionais do público infanto-adolescente, em geral, desconsideram o ideário original estabelecido pelo referido diploma legal e a doutrina da proteção integral nele contida. Urge, portanto, estudar como a instrumentalização da tutela dos interesses difusos e coletivos pode significar, em certos casos, alternativa às medidas repressivas ao adolescente em conflito com a lei, viabilizando que a aplicação de normas afetas ao processo coletivo do Estatuto da Criança e do Adolescente reduzam os índices de cometimento de atos infracionais.

Neste contexto, indaga-se: seria possível que, através dos instrumentos extrajudiciais e judiciais afetos ao processo coletivo, a atuação do Ministério Público, ao efetivar o acesso à justiça de crianças e adolescentes, interfira nos índices de cometimento de atos infracionais?

Para satisfazer essa problemática, através do método de pesquisa dedutivo, objetiva-se verificar, a partir de consulta bibliográfica, a abrangência da ideia de acesso à justiça, para, em seguida, atentar aos meios com os quais o Ministério Público pode, através da tutela coletiva *lato sensu*, proporcionar o acesso pleno à justiça (e não apenas ao Poder Judiciário).

Na continuidade, expõe-se a compreensão histórica e cultural do tratamento jurídico da criança e do adolescente, colacionando-se, a par da bibliografia consagrada sobre a temática, estatísticas oficiais sobre os índices atuais de atos infracionais no Brasil.

Por fim, objetiva-se verificar os instrumentos procedimentais, dos quais dispõe o Ministério Público, para efetivar o acesso à justiça pleno da criança e do adolescente, e de que maneira tal forma de atuação pode se consubstanciar em meio para o interesse institucional e social de reduzir os índices de atos infracionais cometido pela população infantoadolescente.

Destaca-se, desde já, que este breve estudo valer-se-á da expressão “tutela coletiva” em sentido *lato*, sem verticalizar a respeito da classificação adequada dos mecanismos de tutela coletiva, tão bem tratada na obra do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki (2007, p. 34), em virtude da limitação de espaço.

2 DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE SUBSTANCIAL: ASPECTOS HISTÓRICOS E PROCESSUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA

A expressão *acesso à justiça* não tem uma definição unívoca que abarque os seus múltiplos significados, pois o conceito é dinâmico, havendo se transformado ao passo que se alteravam os sistemas socioeconômicos, judiciais e processuais ao longo da história. Ainda assim, a expressão se presta para estabelecer duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro, o sistema deve ser indiscriminadamente acessível para todos; e, segundo, precisa gerar resultados que, além de individuais, sejam socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Sob a ótica do acesso à justiça enquanto possibilidade de apreciação pelo Judiciário, a expressão designa um modo que possa satisfazer qualquer litigante, da forma como lhe aprouver, em situações que não poderiam estar livres da avaliação de um juiz (DINAMARCO, 1996, p. 283). Contudo, o acesso não se restringe ao ingresso no processo e aos meios que este oferece. Watanabe assevera que “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988, p. 128).

Convém lembrar que os ideais iluministas dos séculos XVIII e XIX fizeram com que os padrões socioeconômicos da época aderissem ao modelo do *laissez-faire* (em tradução livre, “deixar fazer”), grande símbolo do liberalismo econômico defendido por Adam Smith, que propagava a ideia de que o mercado deveria funcionar livre da influência do Estado. O *laissez-faire*, simplificada e, estabelece como função do Estado somente a proteção da propriedade e a garantia da segurança dos indivíduos, devendo-se permitir o desenvolvimento das relações socioeconômicas sem a ingerência estatal (MARMELESTEIN, 2008, p. 43). Atenta-se, assim, que o acesso à justiça, no sistema do *laissez-faire*, era destinado exclusivamente aos que poderiam arcar com o custo e a delonga processual, uma vez que o papel do Estado era resguardar apenas o acesso à Corte de Justiça (ANNONI, 2004, p. 113), concepção proveniente de um mito de neutralidade baseado nos dogmas de igualdade perante a lei da Revolução Francesa (MARINONI, 1996, p. 22).

Conforme as sociedades baseadas na lógica do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos sofreu transforma-

ções radicais, e as sociedades modernas passaram a abandonar a visão individualista dos direitos de cada pessoa (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10). Por conseguinte, como barreira a ser superada para a aquisição de um acesso indiscriminado à justiça, tem-se a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa, questão fundamental e particularmente séria aos despossuídos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22-23). A capacidade pessoal de entender um direito exigível se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, bem como com o meio e o *status* social, valendo anotar que a maioria das pessoas comuns (particularmente as de menor poder aquisitivo) não conseguem compreender a complexidade dos tipos de processos por falta de conhecimento jurídico básico (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22-23). Os vulneráveis conseguem perceber a lesão a um direito seu, embora não possam traduzi-lo como de natureza jurídica (SANTOS, 1986, p. 26).

Portanto, fica claro que o acesso à justiça adquiriu particular importância ao longo das últimas décadas, passando a ser reconhecido como o preceito que torna possível a materialização de todos os direitos fundamentais (ANNONI, 2004, p. 114). Ainda que haja um abismo entre a regra jurídica e a realidade fática, a garantia de acesso pode ser proporcionada ao se ter como referência os valores supremos da ordem constitucional (SARLET, 2001, p. 378), devendo o operador do direito estar imbuído da defesa aos direitos fundamentais, fazendo da concretização destes uma tarefa essencial (BONAVIDES, 1998, p. 558).

3 O ACESSO À JUSTIÇA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

As causas de intervenção do Ministério Público no processo coletivo se encontram amplamente previstas na ordem constitucional e podem ser sistematizadas, em essência, de modo tripartido, na defesa de direito indisponível ligado à pessoa determinada, de direito indisponível vinculado à relação jurídica específica, e de interesse submetido a debate jurisdicional cujo desenlace gere repercussão ou possua abrangência que influa na coletividade em geral (MAZZILLI, 2013, p. 46-47).

Nesse sentido, sublinha-se, no amplo rol de atribuições institucionais do órgão de execução, segundo o art. 129, III, da Constituição Federal, a instauração de inquérito civil e o aforamento de ação civil pública, instrumentos es-

senciais de atuação do representante ministerial “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988).

A ponderação acerca de direitos difusos e coletivos consiste, de modo essencial, em visitação à tutela dos chamados “novos direitos”, que, segundo Norberto Bobbio, são resultantes de efetiva “multiplicação” de direitos de natureza comuns aos interesses sociais (BOBBIO, 1992, p. 68).

A valer, a Constituição da República e os demais diplomas ordinários de regência¹ delegaram ao membro do Ministério Público, no cerne de sua missão originária, a defesa das pessoas necessitadas, tecnicamente entendidas como indivíduos ou grupo de pessoas que ostentem, de forma intrínseca, caráter necessitado ou condição de patente inferioridade, quer na vida em sociedade, quer na relação técnico processual, motivações pelas quais atraem a inexorável proteção do Estado (MAZZILLI, 2013, p. 54).

Nesse vértice, registra-se, no art. 127 da Constituição, que a atuação com viés protetivo do órgão ministerial decorre da natural indisponibilidade dos interesses da criança e do adolescente (BRASIL, 1988), que atrai, por si, a intervenção do órgão de execução, com o afã de defender direitos e interesses coletivos correspondentes (BRASIL, 2014a). A propósito, outro não é o entendimento da hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014b).²

A atuação ministerial nos procedimentos preparatório e/ou inquéritos civis deve ser regida, inicialmente, por meio de medidas extraprocessuais, como a expedição de recomendação ou a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo quando exsurgir da apuração levada a cabo pelo órgão de execução a possibilidade concreta de regularização das circunstâncias do caso concreto ou da situação noticiada por meio de ações de natureza administrativa, haja vista que o acesso ao sistema de Justiça deve ser racionalizado. Nesse sentido, é a reflexão ofertada por Farias (s.d.), quando sustenta que:

[...] pela intelecção das normas de nosso Ordenamento, igualmente, infere-se a ampla possibilidade de atuação extrajudicial do *Parquet*, podendo diretamente conhecer e resolver questões referentes à criança e o adolescente (como, verbi gratia, aplicar a remissão - ECA, Arts. 126-128 e 180, II), somente levando à Justiça aqueles cuja atividade jurisdicional seja impreterível e fundamental, com o escopo de assegurar às crianças e adolescentes os seus direitos.

¹ Especificamente o Código de Processo Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei n. 8.625/93.

² Destaque-se o seguinte trecho: “não há dúvida de que a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, sobretudo no que concerne à sua subsistência e integridade, insere-se nas atribuições centrais do Ministério Público, como órgão que recebeu a incumbência constitucional de defesa dos interesses individuais indisponíveis”.

No caso de infecundidade de medidas administrativas eventualmente manejadas pelo órgão de execução, afigura-se indispensável a instrumentalização de ação civil pública, expediente técnico-processual específico para assegurar os mais diversos interesses indisponíveis, tendo em conta seu intrínseco caráter de tutela de natureza coletiva.

A ação civil pública em favor da população infantoadolescente possui como norte a satisfação eficaz e o atendimento pleno, por meio do Poder Judiciário, de necessidades e direitos tangíveis através de políticas públicas estatais (SANTA CATARINA, 2010, p. 274). O representante ministerial deve buscar a efetivação de garantias manifestamente violadas, quando observada flagrante carência de atuação do poder público no atendimento às necessidades decorrentes da implementação da política de proteção integral, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Nas palavras de Margarita Bosch Garcia, a ação civil pública:

[...] é o espaço estruturador de uma organização social que busca garantir de modo universal os serviços públicos básicos ao conjunto da população e de modo prioritário às crianças e aos adolescentes (GARCIA, 1999, p. 96).

Logo, entende-se que o acesso à Justiça de crianças e adolescentes, nos casos tecnicamente impreteríveis e juridicamente fundamentais, deve ser sistematicamente operado por meio do ajuizamento de ação civil pública, de modo a se assegurar a consecução de políticas públicas estatais que visem, conforme o art. 227, em concordância com as diretrizes constitucionais, à garantia, com inexorável prioridade, de acesso aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (BRASIL, 1988).

4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITOS E A RESPOSTA ESTATAL AOS ATOS INFRACIONAIS

Historicamente, a primeira concepção a prevalecer sobre o adolescente em conflito com a lei foi a penal. Após proclamada a Independência do Brasil, por volta de 1830, o Código Criminal do Império considerava imputável os maiores de 14 anos, abrangendo à faixa etária dos 7 aos 14, submissão a instituições correccionais de acordo com o discernimento casuístico do agente, cuja aferição era dada pelo Juiz. O critério adotado nesse período, portanto, era o biopsicológico (MENESES, 2008, p. 53).

Foi apenas na passagem para o século XX que o Estado passou a considerar políticas assistencialistas, de forma interventiva e positiva para atingir a igualdade substancial, ao passo que a infância se tornou assunto premente de cuidado e receio. Assim, ao mesmo tempo em que se colocou em pauta o tratamento a se despender à criança e ao adolescente, emergiram dúvidas no tocante aos conceitos morais e pedagógicos para tratá-los. A partir deste momento, redefine-se o paradigma da repressão, por intermédio das ciências sociais, de saúde, educacionais, em prol da reeducação (RIZZINI, 1995, p. 32).

Uma das primeiras tentativas no ordenamento jurídico brasileiro de resolver as problemáticas da infância sob o ponto de vista jurídico foi o Código de Menores de 1927. Meneses aponta se tratar do período da visão tutelar (MENESES, 2008, p. 55). Entre outras medidas, o referido diploma legal instituiu um juízo privativo de menores, elevou a idade de responsabilidade penal até os 14 anos, e propôs a criação de grupo de assistentes sociais para a assistência e proteção do público alvo (VERONESE, 1999, p. 28-29). Além disso, Veronese lembra que, à época, encontrou-se uma série de problemas atrelados a falta de recursos e autonomia para a implantação de novas medidas, com reclamações contumazes dos chamados “juízos de menores” (VERONESE, 1999, p. 31).

Em 1942, durante o período histórico conhecido como Estado Novo, foi criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), no qual criança e “menor” tiveram tratamentos diferenciados, com a criação de instituições como internatos. Contudo, note-se, tal estruturação não foi sinônimo de melhora na reeducação dos infratores, muito pelo contrário, o SAM tornou-se conhecido pelos castigos físicos, maus-tratos e abusos sexuais (MENESES, 2008, p. 55).

Com o descrédito do Serviço de Assistência a Menores, como forma populista de atender aos reclames públicos, criou-se a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), em 1964, proposta governamental para reajustar as políticas de atendimento, juizados de menores e polícia (VERONESE, 1999, p. 32-33). Importa destacar que a FUNABEM consistiu no embrião das Fundações Estaduais (FEBEM), conduzidas pela política de segurança nacional (MENESES, 2008, p. 56).

Nesse panorama, surge o Código de Menores de 1979, que estabeleceu o novo termo “menor em situação irregular”, referindo-se ao menor de 18 anos de idade em abandono, maus-tratos e dificuldades econômicas (VERONESE, 1999,

p. 35). Mantém-se nesse compêndio legal a indeterminação das penas e sua intrínseca subjetividade, guardando-se como solução única ao adolescente vulnerável a repressão ou institucionalização (MENESES, 2008, p. 57).

Assim, o retrospecto histórico aponta dificuldade cultural (tanto do plano jurídico, como da sociedade como um todo) em tratar a infância como objeto de tutela específica de direitos, questão que tão somente ganhou novos contornos com a Constituição Federal de 1988, e o desenvolvimento, no seu teor, dos direitos fundamentais. Por conseguinte, o Constituinte incutiu no artigo 227 o embrião da chamada Doutrina da Proteção Integral, com demandas como a assistência integral à saúde, os direitos trabalhistas, a defesa técnica por profissional habilitado e programas de prevenção ao envolvimento com drogas para a criança e o adolescente. Inobstante, orfandade e adoção ganharam regulações constitucionais, no art. 227, além do repúdio de qualquer forma de violência ao seu público-alvo (BRASIL, 1988).

No entanto, em que pese a progressiva evolução de um sistema normativo que pudesse tratar a criança e o adolescente em suas vicissitudes, atualmente se percebe, no corpo social, certa manutenção de medidas de enfrentamento à prática de atos infracionais que não se compatibilizam com o jaez do ECA. Veronese (1999, p. 182) critica:

Ao constatar o tipo de ação/abordagem dos policiais pelas ruas e delegacias, o descaso do próprio cidadão comum para com a criança e com o adolescente, a ideia advogada por muitos da diminuição do limite da imputabilidade penal de 18 para 16 ou mesmo para 14 anos, podem ser encaradas como formas adotadas pelo corpo social em individualisticamente defender a sua vida e, sobretudo, o seu patrimônio. Esquece-se que foi justamente um modelo de sociedade pautado num esquema econômico centralizador, que gerou este quadro de miserabilidade social, no qual a criança e o adolescente, como também, os idosos, são os que mais sofrem.

Nesse prisma, o tratamento social dos atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes na prática, quando se encerra apenas nas práticas de viés repressivo, materialmente se divorciando do ideal técnico e principiológico ambicionado pelo estatuto infantoadolescente, não parece surtir efeitos robustos na redução dos patamares da violência atribuída aos socioeducandos (AMARAL E SILVA, s.d., p. 16). Registra-se, a título de paralelo, conforme apurado no ano de 2018 pela Coordenação Geral do Sistema Nacional de Atendimento

Socioeducativo, da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério dos Direitos Humanos (BRASIL, 2016, p. 15), que, no ano de 2016, foram cometidos no Brasil, segundo dados oficiais consolidados pelo governo central, 27.799 atos infracionais equiparados a delitos.

No ano de 2012, com lastro em inventário da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (BRASIL, 2012, p. 1), observa-se que foi registrada a prática de 21.744 atos infracionais no Brasil, ou seja, em interregno de cerca de 4 anos as condutas ilícitas de crianças e adolescentes equiparadas a crimes, processadas pelo sistema de Justiça, sofreram aumento de aproximadamente 28%.

Ademais, frisa-se que em 2016 cerca de 50% dos atos cometidos se tratavam de crimes patrimoniais análogos a furto e roubo, e que 22% correspondiam a atos equivalentes ao tráfico de drogas. Pontua-se, também, que 15% das condutas indicadas se referiam a crimes de gravidade extrema, notadamente 13% de homicídios consumados/tentados, além de 2% de latrocínios tentados/consumados.

Importa assinalar o caráter simbólico da natureza das três condutas nas quais se consubstanciam os atos infracionais de maior incidência: o furto e o roubo (sem estar incluso aqui, adverte-se, o latrocínio, que, nos dados do governo federal, foi considerado ato infracional autônomo a título de cômputo estatístico) e o tráfico ilícito de entorpecentes. Isso porque se trata de crimes dotados de ligação com fatores socioeconômicos (MENDONÇA; LOUREIRO; SACHSIDA, 2003), diferentemente, por exemplo, dos crimes sexuais (CORREIA, 2013).

Tal contextualização histórica e cultural acerca da prática de atos análogos a crimes por crianças e adolescentes, e a ponderação acerca de sua saliente progressão numérica, fornecessem substratos para a compreensão do fenômeno social dos adolescentes em conflito com a lei (SOARES, s.d.).

5 O ACESSO PLENO À ORDEM JURÍDICA JUSTA POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR INTERMÉDIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A TUTELA COLETIVA COMO ALTERNATIVA PARA A REDUÇÃO DO COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS.

Ressalta-se que, embora o cruzamento de dados verificados no decênio 2002-2012 evidencie aumento no quadro global de atos infracionais, uma análi-

se ponderada do resultado do mapeamento indicou que houve redução porcentual simbólica de ilícitos graves perpetrados contra pessoas (homicídio, latrocínio, estupro e lesão corporal), com concomitante aumento no número de atos infracionais análogos aos delitos prescritos na Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas) (BRASIL, 2015, p. 36).

A contextualização sociológica e a conjugação técnica dos elementos informativos indicaram que os “adolescentes autores de atos infracionais necessitam mais de uma Rede de Proteção do que de um sistema que os responsabilize” (BRASIL, 2011, p. 23) – sem olvidar que, atualmente, por corolário legal, com a notificação das autoridades competentes acerca da eventual ocorrência de condutas ilícitas, os tutelados já são inevitavelmente processados pelo sistema de Justiça por atos infracionais (isto é, condutas equivalentes a tipos penais).

Assim sendo, compreende-se que o Ministério Público possui papel inexorável, não só na responsabilização judicial desse extrato social, mas também como integrante privilegiado dessa indigitada rede de proteção em construção, indispensável a um sem número de crianças e adolescentes, especialmente aquelas submetidas à lastimável situação de hipossuficiência econômica e vulnerabilidade social.

5.1 ATUAÇÃO JUDICIAL

No que tange à atuação judicial, a intervenção do órgão ministerial pode se contrapor à omissão do Poder Executivo na satisfação adequada e regular dos direitos metaindividuais do público infantoadolescente, essencialmente quando o ente político não levar a cabo a necessária implementação de diretrizes constitucionais e legais de regência (BARROS, 2012). Com relação à garantia do direito à vida e à saúde, anota-se que, como o ente estatal deve se pautar por políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, o órgão ministerial pode atuar tanto na fiscalização do cumprimento das obrigações específicas por Estados e Municípios, quanto na eventual persecução judicial pela concretização de prestação administrativa não satisfeita. Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente é textual ao assegurar a todas as crianças e aos adolescentes o atendimento integral à saúde, por meio de ações e serviços que promovam, de modo global e sistêmico, promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1990).

A propósito, grifa-se a importância do ajuizamento de ações civis públicas com o condão de, por exemplo, garantir o fornecimento de medicamento necessitado por infante ou adolescente quando há negativa do sistema público de saúde³, ou, ainda, de tratamento clínico e internação hospitalar não disponibilizado por Estados e Municípios a adolescentes com diagnóstico de dependência química (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

A garantia do direito à vida e à saúde, portanto, encontra-se umbilicalmente ligada à prevenção de atos infracionais (GARRIDO, 2007) e ao enfrentamento de perniciosa realidade social que acaba por engolfar muitos dos assistidos, sobretudo porque a negativa pública de acesso aos serviços de saúde é elemento-chave para impedir que a estrutura social se torne excludente (DEUS, 2013).

De outro norte, em relação à possibilidade de tutela processual coletiva no tocante à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, tem-se que a atuação ministerial é igualmente imprescindível e de importância ímpar. Os referidos direitos, prescritos no art. 53 do ECA, regulamentam disciplina constitucional prevista nos artigos 205 e 216 da Carta Magna, que tratam da Educação e da Cultura, respectivamente, em aspecto amplo.

Nesse vértice, anota-se que a ausência de acesso à educação, às atividades culturais e esportivas, às experiências de entretenimento e ao universo lúdico por crianças e adolescentes, é circunstância grave que acaba por induzir de modo reflexo a sujeição de tal público ao império da criminalidade (ARRUDA, 2010, p. 183). O fenômeno da prática sistemática de atos infracionais se encontra vinculado a inúmeros fatores, especialmente de caráter social e econômico, como, a título de exemplo, à negativa de inserção na educação formal, sem olvidar a diversidade de negligências do poder público em efetivar todo o conjunto de direitos acessórios (cultura, esporte e lazer) igualmente indispensáveis a uma

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.098.600/MG. Relator Min. Luiz Fux, j. 25/3/2009. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CRIANÇA PORTADORA DE ESQUIZOFRENIA HEFRÊNICA. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DA LEI N.º 8.069/90. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.[...] 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.[...] 5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129). 6. In casu, trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando a condenação do réu ao fornecimento de medicamento (olanzapina), de forma contínua, em favor de paciente hipossuficiente, portadora de esquizofrenia hefrênica. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. [...] 10. Recurso especial provido.

formação cidadã, de natureza socialmente inclusiva e com essência emancipatória (SANTOS; YSAYAMA, 2015, p. 67).

Feitos tais apontamentos, reforça-se que a ação civil pública se trata do instrumento de estilo do representante ministerial para compelir o Poder Executivo a atuar positivamente quando observado flagrante descumprimento das prestações legais previstas no Capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente. O ajuizamento de ação civil pública com o afã, por exemplo, de assegurar tanto a disponibilização de vaga em creche para infantes, quanto para garantir transporte público a adolescentes até a unidade escolar, levam em consideração que “a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988”⁴.

Ademais, é pacífico o entendimento no meio acadêmico especializado que educação, arte e cultura são instrumentos de eficácia cirúrgica para a redução dos índices de cometimento de atos infracionais, particularmente porque podem impedir, mitigar e auxiliar, de modo circunstancial, direto ou subsidiário, a incursão definitiva ou substancial do infante e/ou adolescente no universo delitivo. Nesse sentido, a pesquisadora Tânia Callegaro (2013) pondera que:

Essas medidas públicas podem impedir que o jovem entre no mundo do crime e podem reinserir na sociedade aqueles que enveredaram para violência [...] a leitura, a literatura, as artes e outras linguagens simbólicas possibilitam que o jovem possa ler, criar, inventar e discutir, sem lição de moral ou outras ações repressoras. É da natureza do jovem buscar respostas, se expressar, interagir com o mundo que será dele no futuro. Independentemente da sua origem social, os jovens têm desejos de integração, de afirmação e de poder, tem determinados comportamentos, práticas e visão de mundo. O jovem de baixa renda, das periferias e dos guetos de pobreza, faz parte de um mundo cultural específico, construído na falta da presença do Estado, em um contexto de negação, agressão e violência, é preciso oferecer outras influências culturais, para que ele conheça outros princípios e valores, além daquele que o cerca.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Agravo em Recurso Especial n. 562.699/MG. Relatora Mina. Assusete Magalhães, j. 9/3/2015. Trecho em destaque: [...] 2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde. 3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. 4. Cabe ao Parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada.[...]

Nesse norte, é imprescindível salientar as lições de Antonio Fernando Amaral e Silva que, ao registrar que a repressão em detrimento de crianças e adolescentes deve ser reservada aos casos extremos, divide a prevenção dos atos infracionais em três categorias, quais sejam, a **primária**, relacionada a medidas garantidoras dos direitos fundamentais e de políticas sociais básicas; a **secundária**, referente a programas de apoio e auxílio ao adolescente e à família; e a **terciária**, ligadas às medidas socioeducativas, destinadas a readaptação do adolescente infrator por meio do sistema de justiça (AMARAL E SILVA, s.d., p. 13-16).

Logo, o órgão ministerial, focando principalmente a prevenção primária, não pode se furtar, se a contingência material assim o determinar, ao acionamento de tutela processual de natureza coletiva, mormente pelo aforamento de competente ação civil pública ou de outro instrumento processual cabível, com o desiderato de compelir o poder público a executar, com urgência e eficácia, políticas públicas concatenadas e integradas, com o condão de satisfazer os direitos negligenciados de crianças e adolescentes.

5.2 ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Verificada a atuação ministerial processual coletiva a fim da redução do cometimento de atos infracionais, convém salientar a atuação extrajudicial do Parquet, sobretudo quando o ideário de acesso à justiça da criança e do adolescente vai muito além do simples acesso ao judiciário.

Inicialmente, cumpre destacar a importância das recomendações do Ministério Público, previstas no artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, no art. 6º, XX, da Lei Complementar n. 75/1993, no art. 80 da Lei n. 8.625/93, e na Resolução 164, do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2017). Tal expediente, como instrumento de formalização de uma atuação dialógica, visa à melhoria dos serviços públicos pertinentes aos interesses infantojuvenis, preocupando-se com a eficiência e a celeridade, ao investir em meios distintos de medidas judiciais que possam importar em prestações jurisdicionais a destem-

⁵ Em destaque: Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] § 5º Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público: a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência; b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados; c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (BRASIL, 1990).

po. Concedem-se, assim, prazos e obrigações ao cumprimento dos coobrigados, que, desatendidas, podem amparar a proposição de futura ação civil pública.

Possibilita-se ao Promotor de Justiça, com as recomendações, atuação de interferência no plano simbólico, conformada com o viés político do qual a ingerência ministerial deve ser dotada quanto à sugestão na condução das políticas públicas em um Estado Democrático (MAZZILLI, 1999, p. 338). O diálogo institucional tem condão de evitar famigerados equívocos em ações de aporte social da administração pública, quando elas devem estar centradas na difusão da cidadania para os adolescentes. O aprimoramento das atividades estatais contribui para a mitigação da marginalização social decorrente da ineficiência do Estado em cumprir com as imposições constitucionais, propiciando políticas públicas mais eficientes na definição de valores pelo adolescente que estejam desatrelados à violência, como se pode exemplificar pelo auxílio ministerial à implementação de medidas que concretizem o direito à educação.

Outra importante possibilidade ao Ministério Público da Infância e Juventude para a redução das práticas de atos infracionais, no âmbito extrajudicial, é a fiscalização das entidades de atendimento de programas voltados às crianças e aos adolescentes, cuja atribuição encontra arrimo nos artigos 95 e 201, XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Realizadas em conjunto com o Poder Judiciário e os Conselhos Tutelares, as inspeções periódicas objetivam o regulamento das obrigações das entidades, que não dispensa, evidentemente, eventual medida judicial intentando a readequação.

É imprescindível destacar a oportunidade de o Promotor de Justiça, com as visitas aos estabelecimentos, ser um efetivo agente de mudanças sociais, porquanto, mais do que em qualquer etapa do procedimento de responsabilização especial estatutária, o cumprimento das medidas socioeducativas confere sentido a todo o sistema edificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se pode conceber qualquer possibilidade de prevenção e contenção de atos infracionais se a medida socioeducativa não se encontra nos parâmetros da Lei n. 12.594/12 e, mais do que isso, se a resposta estatal não obtém respaldo no comportamento adequado dos agentes socioeducativos, que lidam diretamente com os socioeducandos.

Nesse prisma, Veronese (1999, p. 179) assevera que a exclusão da infância e da adolescência do processo social foi marginalização desumana justamente

por envolver aqueles que nem sequer têm possibilidade de determinar um projeto de vida próprio. É imperiosa uma atuação ministerial enérgica, justamente na fiscalização do atendimento socioeducativo, para que a medida socioeducativa tenha, de fato, o condão de permitir ao infrator a redefinição de seus valores, conduzindo-o a “uma criatividade que lhe possibilite o desenvolvimento pleno” (MENESES, 2008, p. 66-67).

Portanto, a inspeção extrajudicial, *in loco*, abre caminho para uma intervenção ministerial que não remanesce adstrita à função reativa, tímida, restrita aos limites de um gabinete, conforme a preciosa lição da Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

Cada vez mais esta atribuição ministerial tem-se tornado de relevância social. O número crescente de entidades que surgem a cada ano, as clandestinidades do atendimento, a ausência de suporte do poder público para as entidades carentes, a visão equivocada das entidades quanto às suas finalidades e a ausência de padronização dos encaminhamentos e atendimentos são algumas das barreiras enfrentadas pelo Ministério Público da Infância e Juventude (MACIEL, 2014, p. 391).

Por conseguinte, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 71, estabelecendo o funcionamento e *modus operandi* de promotores de justiça na ocasião de tais inspeções nos estabelecimentos de acolhimento, prevendo, entre outras providências, a fixação de prazos para as reavaliações das entidades (BRASIL, 2011).

De outro turno, outra manifestação a ser cotejada da atuação extrajudicial do Ministério Público da Infância e Juventude, trata-se do compromisso de ajustamento de conduta, atualmente regulamento em nível nacional pela Resolução 179, do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2017). No mesmo sentido do que se afirmou acerca das recomendações, o compromisso de ajustamento de conduta é importantíssimo instrumento de acesso à justiça, e não apenas ao Judiciário. Se no sistema processual civil tradicional (art. 269), as partes podem transacionar seus direitos com fins de extinção do processo com resolução de mérito (BRASIL, 1973), na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, alguns dos colegitimados da ação civil pública, ainda que não sejam os titulares únicos dos direitos lesados, podem transigir a forma de proteção, na prática, dos interesses no caso concreto. O compromisso de ajustamento, contudo, somente pode ser tomado pelos órgãos públicos legi-

timados, ou seja, as pessoas jurídicas de direito público interno e seus órgãos (BRASIL, 1985).⁶

Cumpra sublinhar, inclusive, a relação existente entre o expediente do termo de ajustamento de conduta e o diploma estatutário infantoadolescente, notadamente porque a previsão legal originária de tal instrumental proveio, inicialmente, do Estatuto da Criança e do Adolescente, só depois foi referida e/ou replicada pelo legislador na Lei da Ação Civil Pública e nos Estatutos do Consumidor e do Idoso (MAZZILLI, 2010, p. 413).

Verifica-se o papel do compromisso de ajustamento de conduta, como instrumento extraprocessual de redução da prática de atos infracionais, a partir da possibilidade de composição de título executivo extrajudicial em que, tanto o Ministério Público quanto o compromissário, participam de forma ativa na sugestão dos problemas dos interesses infantojuvenis, naquilo que tange às políticas públicas ou mesmo a respeito da execução da medida socioeducativa (MAZZILLI, 2010, p. 423). Dessa feita, a função do compromisso de ajustamento de conduta complementa e efetiva as consequências dos outros instrumentos extraprocessuais disponíveis ao promotor de justiça, uma vez que auxilia a reprogramação e adequação das políticas públicas no que se refere ao gozo de direitos fundamentais que efetivamente conduzam o adolescente infrator a encontrar as suas potencialidades e reconstruir valores desatrelados à violência.

Destaca-se, ainda, que tanto no bojo das ações civis públicas ou dos instrumentos extrajudiciais, quanto autonomamente, o Ministério Público pode promover audiências públicas que propiciem contato efetivo entre comunidade e instituição. Em decorrência dessa atuação, o Ministério Público de Santa Catarina tem sido pioneiro em campanhas institucionais, fundamentais para a alteração de paradigmas de tratamento repressivo ou violento cultuados até hoje pela população brasileira, como se pode exemplificar pela campanha “*Bullying, isso não é brincadeira!*”, destinada a “constituir uma alternativa de prevenção integral ao problema” de manifestação de violência segregatória de crianças e adolescentes, uns contra os outros (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2019).

Demonstrada a funcionalidade da atuação extrajudicial do Ministério Público, deve-se atentar ao fato de que a ação dos órgãos institucionais deve levar

⁶ Em destaque: Art. 5º, § 6º: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

em conta as determinantes do conflito dos adolescentes com a lei. É preciso cuidado para que o sistema jurídico não propague uma ideia ilusória de eficácia e segurança, perpetuando medidas que não têm eficácia em reduzir efetivamente os parâmetros de cometimento de crimes e condutas a eles análogas (ANDRADE, 1999, p. 31), da maneira como a sociedade anseia.

Nesse sentir, o propósito do presente artigo não foi de realizar críticas específicas à devida responsabilização do adolescente por atos infracionais, mas verificar se as perspectivas de atuação processual e extraprocessual, no âmbito do processo coletivo pertinente à criança e ao adolescente, podem se mostrar relevantes e conformes aos comandos debelados na Constituição da República, no que tange à redução da prática de atos infracionais. Portanto, a tutela dos direitos difusos e coletivos sobre crianças e adolescentes, pelo Ministério Público, mostra-se imprescindível nesse contexto, pois oportuniza a construção e aprimoramento da rede de cuidados desenhada pelas normas de proteção das crianças e adolescentes, possibilitando a redefinição de valores do seu público-alvo desatrelados a violência.

6 CONCLUSÃO

A linha condutora das reflexões do presente artigo partiu, em essência, de concepção polivalente de respeito à cidadania plena de crianças e adolescentes, plano ideal ambicionado tanto pelos dispositivos de regência, insertos na Constituição da República, quanto pelos comandos regulamentadores posteriormente incluídos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O cotejo sincrético de elementos informativos de natureza acadêmica e de entendimentos jurisprudenciais conformes, a propósito, reforçou a percepção técnica acerca da elevada missão da tutela processual de natureza coletiva pelo representante ministerial na defesa intransigente dos interesses indisponíveis infantoadolescentes. Além disso, a literatura especializada apontou, de forma majoritária, que o enfrentamento do fenômeno contemporâneo do adolescente em conflito com a lei perpassa, necessariamente, pela elaboração e efetivação das mais diversas políticas públicas estatais (saúde, educação, cultura e lazer, por exemplo), cujo contexto de indesejável inércia estatal atrai inexoravelmente a atuação do representante do Ministério Público, por meio da articulação extra-

judicial ou da obtenção de comandos judiciais para o saneamento de inércias do Poder Executivo.

Os problemas sociais multifacetários no Brasil exigem a dinamização da atuação das instituições republicanas, limitando-se, contudo, qualquer medida, aos anseios constitucionais, em respeito ao ideário de uma constituição dirigente⁷. A proteção dos interesses difusos e coletivos de crianças e adolescentes exige, portanto, criatividade do operador ministerial, que, cômico das determinantes do conflito dos adolescentes com a lei, pode ser certamente capaz de aportar as novas alternativas que materializem a Doutrina da Proteção Integral, reduzindo o cometimento de atos infracionais por intermédio dos instrumentos da tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **A criança e o adolescente em Conflito com a Lei**. s.d. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adolescente_em_conflito_com_a_Lei/Doutrina_adolescente/A%20Crian%C3%A7a%20e%20o%20Adolescente%20em%20Conflito%20com%20a%20Lei%20-%20Desem.doc. Acesso em: 12 fev. 2019.

ANDRADE, Vera. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Organizado por Rogério Dutra dos Santos; colaboradores Vera Regina Pereira Andrade [et al.]. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do Estado. Curitiba: Juruá, 2004.

ARRUDA, Sande Nascimento de. Delinquência Juvenil: breve abordagem sócio-jurídica sobre a proposta reducionista e o jovem infrator. **Revista Internacional Direito e Cidadania**, n. 7, 2010. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/00000192-15-sande.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BARROS, Guilherme Freire de Melo Barros. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Editora JusPodivm, Salvador, Bahia, 2012.

⁷ Sobre uma Teoria da Constituição Dirigente, Lenio Streck se refere a “construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014. p. 141).

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. 5. reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Brasília, DF, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 71 de 15 de julho de 2011 (alterada pela Resolução 96/2013)**. Brasília, DF., 2011. Disponível em: http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/2013/Resolu__ao_n___71__alterada_pela_Res_96_2013_.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 164, de 28 de março de 2017**. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro. Brasília, DF, 28 de mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-164.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF, 26 de jul. 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-179.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 04/ dez. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Levantamento anual SINASE.** 2016. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2016Final.pdf . Acesso em: 29 ago. 2019. p. 15.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – Levantamento Nacional.** 2011. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – Levantamento Nacional.** 2012. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/22511/Porque_n_o_redu_o.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.098.600/MG.** Relator Min. Luiz Fux, 25 de março de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200500832921&dt_publicacao=13/11/2006 . Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial n. 1.265.821/BA.** Relator Min. Luis Felipe Salomão, 14 de maio de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=-201101638731&dt_publicacao=04/09/2014. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. **Agravo em Recurso Especial n. 562.699/MG**. Relatora Mina. Assusete Magalhães, 9 de março de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201402020308&dt_publicacao=09/03/2015. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial n. 1.327.471/MT**. Relator Min. Luis Felipe Salomão, 14 de maio de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=-201101762880&dt_publicacao=04/09/2014. Acesso em: 12 fev. 2019.

CALLEGARO, Tânia. **Educação, Cultura e arte: armas para enfrentar a violência juvenil**. FESPSP . 05 maio 2013. Disponível em: < https://www.fespsp.com.br/noticia/educacao_cultura_e_arte_armas_para_enfrentar_a_violencia_juvenil2 >. Acesso em: 04 dez. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORREIA, Renata Stéphanie Cavalcante Correia. Um olhar criminológico sobre a delinquência sexual. **Âmbito Jurídico**. 01 jul. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13393&revista_caderno=3. Acesso em: 12 fev. 2019.

DEUS, Andreia Saraiva de. Aspectos Jurídicos e Sociais da Criminalidade Juvenil: uma análise de estatísticas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 16, n. 32, 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p142>. Acesso em: 12 fev. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Ministério Público do Estado do Paraná. A atuação do MP na defesa e proteção da Infância e Juventude. **Revista Igualdade**. Paraná, n. XVIII. s.d. Disponível em http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_2_1_2.php. Acesso em: 12 fev. 2019.

GARCIA, Margarita Bosch. Um sistema de Garantia de Direitos: fundamentação. In: CABRAL, Edson Araújo (org). **Sistema de garantia de direitos: um caminho para a proteção integral**. Recife. Cendhec, 1999. p. 96

GARRIDO, Adriana Cristina Oliver. **Fatores Sociais de Criminalidade**. Faculdade Atenas, Paracatu - MG, n. 1, nov. 2007. Disponível em: http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/FATORES_SOCIAIS_DE_CRIMINALIDADE_.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **A defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes pelo promotor de justiça da infância e da juventude, pós-Constituição Federal de 1988**. Temas atuais do Ministério Público. Organizadores: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; e ROSENVALD, Nelson. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso de; LOUREIRO, Paulo Roberto Amorim; SACHSIDA, Adolfo. Criminalidade e Desigualdade Social no Brasil. **Texto para discussão**. n. 967. Rio de Janeiro, jun. 2003. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4199&-catid=311. Acesso em: 12 fev. 2019.

MENESES, Elcio Resmini. **Medidas socioeducativas**: uma reflexão jurídico-pedagógica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão. **Apelação Cível n. 70064082514**, Sétima Câmara Cível. Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 29 de abril de 2015. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=-70064082514&codEmenta=7706337&temIntTeor=true . Acesso em: 12 fev. 2019.

RIZZINI, Irene. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. Centro de Apoio Operacional da infância e Juventude. **Manual do Promotor de Justiça da Infância e Juventude** - Florianópolis: MPSC, 2010. v. 2 - (Suporte Técnico-Jurídico). p. 274.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. **Campanha Institucional “Programa de Combate ao Bullying”**. Florianópolis, [2010]. Disponível em: <http://www.mp.sc.br/campanhas/bullying>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-44, nov. 1986. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF. Acesso em: 3 set. 2014.

SANTOS, Samuel; ISAYAMA, Hélder Ferreira. O lazer na política de prevenção social à criminalidade de Minas Gerais: O programa Fica Vivo. **Revista Brasileira de Ciência e Movimento**, v. 22, n. 1, p. 58-69, 2013. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RBCM/article/viewFile/4411/3068>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Enid Rocha Andrade; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários. **Nota Técnica IPEA**, Brasília, DF. n. 20, jun. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20. Acesso em: 12 fev. 2019. p. 36

SOARES, Janine Borges. A construção da responsabilidade penal do adolescente no Brasil: uma breve reflexão histórica. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 51, s.d. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id186.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS AMBIENTAIS

PUBLIC POLICY JUDICIALIZATION, JUDICIAL ACTIVISM AND
ENVIRONMENTAL RIGHTS IMPLEMENTATION

Heloísa Husadel Telles

*Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
e pela Widener University
Analista Judiciário da Justiça Federal de Santa Catarina*

RESUMO: O presente trabalho busca estudar a atuação jurisdicional na implementação de direitos constitucionalmente garantidos, especialmente aqueles relacionados à sustentabilidade e ao meio ambiente, no contexto do Estado Democrático de Direito. O estudo revela a importância de um desempenho mais efetivo do juiz para a realização de garantias constitucionais refletidas em princípios. De acordo com art. 225, CF 88 é dever de todos proteger o meio ambiente, a fim de garantir indistintamente equilíbrio e uma qualidade de vida saudável. Nesta etapa, diante da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo na busca de políticas públicas que cumpram as diretrizes constitucionais no sentido de promover a proteção do meio ambiente, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais requisitado para realizar essa tarefa complexa, para contribuir para o alcance das metas de sustentabilidade propostas pelo Estado. O trabalho passa pela análise do fenômeno da judicialização de políticas públicas, sendo entendido como a ferramenta para a implementação dos direitos fundamentais, entre eles os direitos ambientais. Nesse ponto, necessário se faz o cotejo com outro modo de atuação do Poder Judiciário: o ativismo judicial - expressão surgida nos Estados Unidos para denominar a atuação mais intensa da Suprema Corte, a partir da presidência de Earl Warren (1954-1969). Também verifica a complexidade da ação do juiz em relação ao atual sistema jurídico, permeado por normas gerais, com um conteúdo aberto e fluido, como o princípio da sustentabilidade, que mostra que ele pode ser entendido como um princípio geral e sistêmico para orientar as decisões. Entende-se, afinal, que o papel do juiz deve ser mais politizado, a fim de ajudar a alcançar os objetivos de um estado que está comprometido com a implementação da sustentabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Sustentabilidade. Judicialização de Políticas Públicas.

ABSTRACT: The present work seeks to study the jurisdictional activity in the implementation of constitutionally guaranteed rights, especially those related to sustainability and the environment, in the context of the Democratic State of Law. The study reveals the importance of a more effective performance of the judge for the realization of constitutional guarantees reflected in principles. According to art. 225, CF 88 it is the duty of everyone to protect the environment in order to ensure balance and a healthy quality of life to all indistinctly. In this step, in view of the inefficiency of the Legislative and Executive Powers in the pursuit of public policies that comply with constitutional directives in the sense of promoting environmental protection, the Judiciary has been increasingly required to carry out this complex task, to contribute to the achievement sustainability goals proposed by the State. The work goes through the analysis of the phenomenon of the judicialization of public policies, being understood as the tool for the implementation of fundamental rights, among them environmental rights. At this point, it is necessary to compare with another mode of action of the Judiciary: judicial activism - an expression that emerged in the United States to name the most intense action of the Supreme Court, after the presidency of Earl Warren (1954-1969). It also checks the complexity of the judge's action in relation to the current legal system, permeated by general norms, with an open and fluid content, such as the principle of sustainability, which shows that it can be understood as a general and systemic principle in order to guide the decisions. It is understood, after all, that the role of the judge should be more politicized, in order to help achieve the goals of a state that is committed to implementing sustainability.

KEYWORDS: Judicial Activism. Sustainability. Public policies judicialization.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado constitucional de direitos pode ser observada a partir do final da Segunda Guerra Mundial, período que até então vigorava um modelo institucional orientado para um Estado legislativo de direito.

O presente estudo é dividido em três partes. A primeira aborda a expansão do Poder Judiciário, nesse cenário de mudança de paradigma institucional no mundo como um todo. Serão analisados os conceitos dos fenômenos da jurisdição constitucional, da judicialização e do ativismo judicial, apontando algumas críticas à expansão do Judiciário e identificando a sua importância mas também limites da jurisdição constitucional na democracias contemporâneas.

Na segunda parte segue o estudo a fim de identificar o papel do juiz no Estado Democrático de Direito. O atual mundo globalizado, diante de uma crise ambiental que se manifesta nas mudanças climáticas, poluição do ar e da água, devastação de florestas, crescimento desordenado das cidades, são alguns exemplos dos mais variados problemas contemporâneos que afetam a qualidade de vida dos cidadãos, interferindo diretamente na lei fundamental para uma qualidade de vida saudável.

O Brasil é reconhecido como um dos países com uma legislação diversificada e avançada de proteção e promoção ambiental. No entanto, o que é visto na prática é a ineficiência do Poder Público na implementação dos objetivos de proteção ambiental delineados pela CF 88 para garantir o equilíbrio e a qualidade de vida saudável para as gerações presentes e futuras. Faltam estrutura, órgãos, supervisão, educação, enquanto a degradação avança trazendo problemas de saúde, sociais e ambientais.

Nesta perspectiva, o Judiciário tem o potencial de modificar o pensamento jurídico por meio de questões sensíveis e, assim, modificar a vida da sociedade como um todo, afirmando princípios e valores necessários para o desenvolvimento do mundo moderno.

No entanto, embora o tema da sustentabilidade esteja sendo entendido como um princípio para informar todo um sistema, sua implementação não é eficaz.

Nesse cenário, o Judiciário se tornou protagonista cada vez mais importante na defesa e preservação do meio ambiente. O juiz foi obrigado a atuar de

forma mais efetiva na implementação dos objetivos escolhidos pelo Estado, incluindo os direitos fundamentais relacionados à preservação do meio ambiente, a fim de garantir o equilíbrio ecológico para as gerações presentes e futuras.

O presente estudo busca demonstrar que o desempenho efetivo do Poder Judiciário, por meio de suas decisões, é necessário para a implementação do princípio da sustentabilidade, no modelo proposto pela CF 88. Com esse objetivo em mente, o estudo inicialmente será realizado pela análise dos diversos modos de atuação judicial.

Com efeito, o Poder Judiciário tem sido provocado a se manifestar sobre os mais diversos temas. Parece que, com a inclusão na CF 88 de outras regras gerais de conteúdo aberto, o juiz é obrigado a tomar uma decisão mais coerente com o modelo principiológico proposto pelo Estado.

Desse ponto de vista, pode-se ver que o direito moderno não é mais compatível com um modelo positivista, exigindo do juiz uma participação mais ativa na construção de uma sociedade que passa a enxergar outros valores e ideais para a formação de uma sociedade.

Argumenta-se que a atividade judicial serve como um instrumento para extrair a máxima eficácia dos objetivos listados no texto constitucional, dando preferência a soluções mais adequadas ao caso específico.

A terceira parte dedica-se ao estudo da sustentabilidade. Assim entendida como a procura pelo equilíbrio entre as várias áreas de desenvolvimento: econômico, social e político. Nesse passo, deseja-se um Estado Democrático de Direito mais atuante na busca por este equilíbrio, inclusive através do Judiciário, que deve interpretar os princípios que dão contornos à sustentabilidade, buscando dar densidade e concretude real através das demandas propostas.

A busca pela sustentabilidade reflete uma preocupação premente com as presentes e futuras gerações, no sentido de que está diretamente relacionada com a forma de desenvolvimento da sociedade e os impactos que são produzidos da interação com o ambiente.

Não se pode mais pensar a sustentabilidade como opção, mas sim único caminho a trilhar no intuito de manter um capital natural capaz de abrigar futuras gerações e assim permitir o contínuo desenvolvimento humano.

O presente artigo consiste em uma análise conceitual dos fenômenos do ativismo judicial e judicialização de políticas públicas presentes na legislação,

doutrina e casos julgados sobre o tema, o que possibilitou a construção deste trabalho, promovendo um estudo crítico, instigando um maior aprofundamento sobre o tema levantado.

A relevância do tema consiste na influência que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização podem exercer sobre diversas áreas como saúde, política, meio ambiente, educação. De outro lado, o ativismo e judicialização podem ser considerados novas formas de expressão do Poder Judiciário e, sendo assim, devem ser analisadas com ponderações a fim de avaliar seus impactos na estrutura do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo pretende demonstrar que o tema desperta muita discussão, especialmente em torno da distinção dos conceitos dos termos, tendo em vista estar o ativismo e/ou a judicialização de políticas públicas cada vez mais presente no cotidiano do estudo e da prática jurídica.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método Cartesiano e, o relatório dos resultados é composto na base lógico indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL

Observa-se que o surgimento do Estado constitucional de direito teve a sua consolidação após a Segunda Guerra Mundial na Europa, onde até então identifica-se a vigência de um Estado legislativo de direito. Conforme observa Barroso (2010, p. 7), a Constituição neste modelo não era aplicada diretamente, dependendo as suas normas de um movimento do legislador ou do executivo, refletindo na maior parte das vezes um documento essencialmente político. Com a lei ocupando papel central dando suporte ao protagonismo do parlamento, praticamente não havia controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Com o fim da Segunda Guerra, surge o estado constitucional de direito, quando se percebe um aprofundamento democrático cada vez mais crescente, onde a Constituição não mais apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos mas também impõe limites ao seu conteúdo e estabelece deveres de atuação do Estado. Sob esta nova perspectiva, a Constituição exerce o papel

central e o judiciário ganha destaque por desempenhar, através de uma corte suprema, o intérprete final e vinculante das normas constitucionais.

Nesse passo o período pós Guerra fez surgir a necessidade de se repensar o tipo de constitucionalismo existente. As Constituições, especialmente as Europeias, não eram mais suficientes para responder adequadamente as questões, cujos textos refletiam e dependiam da atuação do Legislativo ou Executivo.

Não se pode negar que essa nova forma de se pensar a Constituição, colocando-a no centro do debate jurídico, trouxe significativos avanços para o direito. No entanto, destinou ao Poder Judiciário o trabalho de interpretação e aplicação do novo modelo, sendo a discricionariedade a principal característica que identifica a atuação jurisdicional constitucional.

No dizeres de Barroso (2010b, p. 8), “a expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”. Segundo o autor, a jurisdição constitucional tem duas formas de atuação. Uma diz respeito à aplicação direta das normas da Constituição aos casos que ela contempla. A outra consiste na atuação do intérprete quando a utiliza para conferir validade a uma norma infraconstitucional ou para atribuir-lhe o melhor sentido dentre outros possíveis.

Em resumo, podemos entender jurisdição constitucional como sendo a atuação de juízes e tribunais na interpretação direta da Constituição, quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público e também a atuação indireta, quando no exercício da interpretação conforme a Constituição.

A judicialização, segundo Barroso (2010b, p. 8), «significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Trata-se de uma transferência de poder do Poder Legislativo e Executivo, esferas tradicionalmente políticas, para o Poder Judiciário.

No sistema jurisdicional do Brasil, o modelo adotado é o do positivismo jurídico desenvolvido por Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Hart, em que a decisão judicial é produzida por meio da subsunção dos fatos a normas pré-estabelecidas e, na ausência de regras claras, o juiz desenvolve solução ao caso com discricionariedade.

No entanto, com a evolução da sociedade, este modelo passou a enfrentar críticas, que pretendem demonstrar as falhas de seus pilares teóricos, com

o objetivo de superação paradigmática por uma outra teoria do Direito. São as correntes pós-positivistas e estas admitem a influência da moral na construção da norma, a existência de outros padrões de julgamento para a decisão judicial, a análise de validade da norma não apenas por aspectos formais mas também de conteúdo, que a subsunção não reflete efetivamente a atividade de interpretação da jurisdição, que não se desenvolve apenas por aplicação da regra previamente existente ao caso concreto e que é preciso reduzir o espaço para a discricionariedade a fim de que se amplie a previsão de uma decisão adequada, promovendo maior segurança jurídica (ZANON JUNIOR, 2016, p. 125-189).

Como pode se observar, essas lacunas apresentadas pelo positivismo, sentidas nas searas acadêmica e forense, fazem surgir uma crise paradigmática, o que acabou por contribuir para a atual expansão da atuação do judiciário e o discurso jurídico, trazendo mudanças também no pensamento jurídico e na prática do direito atuais.

Barroso aponta algumas causas que possam justificar o fenômeno. O reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas; a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos são algumas delas. Aponta uma terceira que seria no sentido de aduzir uma referência pelos atores políticos que o Judiciário decida certas questões polêmicas, que envolvam divergências morais na sociedade.

No Brasil, sublinha o autor, a expansão da judicialização se deve, principalmente, em razão de abrangente e minuciosa constitucionalização de direitos e o sistema de controle de constitucionalidade praticado, que admite o ajuizamento de ações diretas perante a corte suprema, bem como permite que todo juiz possa declarar a invalidade de lei ou ato normativo em um caso concreto.

Nesse passo, a judicialização é um fato que não pode ser afastado, pois decorre de um modelo institucional adotado politicamente. Sendo assim, a atuação de juízes e tribunais que, adequadamente provocados pela via processual, não é uma opção, mas sim um dever. Contudo, o modo em que o exercício dessa atribuição se mostrar é que dirá se é ativismo judicial ou concretização de direitos eleitos constitucionalmente.

A atividade do juiz de contribuir para a consecução dos objetivos e princípios estabelecidos na ordem constitucional, no sentido de construir uma sociedade mais justa e sustentável, tornou-se fundamental.

Este modo de pensar visa contrapor o paradigma do positivismo jurídico da subsunção estrita do caso concreto às normas legais. Dessa forma, passamos a entender a manifestação legal como uma manifestação social que deve servir como ferramenta para a efetivação dos princípios e valores buscados pelo Estado.

Nas palavras de Poli (2013, p. 212) [...] «tem-se denominado ativismo judicial a participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, mais especialmente de metas ambientais e de sustentabilidade, por meio da atuação que, de certa forma, demonstra uma maior interferência no espaço dos demais Poderes.”

Por sua vez, Barroso (2010b, p. 11) ressalta que [...] «a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Nessa etapa, o ativismo judicial tem sido relacionado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na realização dos direitos constitucionais, avançando inclusive na esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

De fato, os fenômenos do ativismo e da judicialização causam uma ruptura dos paradigmas constitucionais no intuito de concretizar os direitos fundamentais. No entanto, não significa que a atuação do Poder Judiciário não possa trazer riscos à teoria da separação de poderes (COPATTI, *apud* ANDRADE; BRASIL, 2018, p. 3283).

A teoria da separação de poderes foi concebida por Montesquieu, com o objetivo de assegurar a liberdade e garantia dos cidadãos, em face do absolutismo das monarquias existentes à época, e foi incorporada pelas constituições de diversos países ao longo da história (JACOB, 2015, p. 106).

A teoria serviu de base para a concepção e adaptação dos Estados, que enxergaram na distribuição de funções entre diferentes órgãos especializados uma maior eficiência na sua atuação.

Além disso, a divisão de atribuição de tarefas e desconcentração de poder, servem de meio de defesa da liberdade dos indivíduos, uma vez que quanto mais pessoas ou órgãos estiverem exercendo o poder, menor a chance do surgimento de um governante tirano (JACOB, 2015, p. 107).

No entanto, a Constituição Brasileira de 1988, previu extenso rol de direitos e garantias fundamentais e a sua efetivação passou a ser exigida cada vez mais, por meio da atuação do Estado.

Segundo Barroso (2010b, p. 11), “a judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Uma atuação oposta ao ativismo é o autocontrole judicial. Consiste em um procedimento no qual o Judiciário busca reduzir a sua intervenção nas funções dos outros Poderes. Na autocontenção, os juízes buscam evitar a aplicação direta da Constituição a situações que utilizem critérios rígidos para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e, deixam de interferir na definição de políticas públicas (BARROSO, 2010).

Percebe-se que esta foi a linha de ação do Judiciário até a promulgação da CF 88.

O autocontrole parece implicar a ideia de que, limitando o desempenho dos juízes, restringe a aplicação imediata e direta da Constituição, pois, silenciando a lei na solução do caso concreto, a manifestação do legislador deve ser aguardada.

No entanto, com a inclusão de padrões abertos e gerais tanto no CF 88 quanto em outros estatutos, como o Código Civil de 2002, parece que o próprio legislativo favorece o ativismo judicial.

Essa assertiva é possível, uma vez que tal norma apresenta características de generalidade e abstração, o que permite ao intérprete construir uma decisão baseada em princípios pertinentes à solução do caso concreto.

Segundo Poli (2013, p. 213), “em princípio, o ativismo judicial busca extrair o potencial máximo das diretrizes do texto constitucional, favorecendo a busca de soluções para o caso concreto que estejam em consonância com os princípios a serem implementados pelo Estado Democrático de Direito.”

Desta forma, o desempenho do juiz ganha amplitude, permitindo dar a solução mais adequada para cada caso concreto, promovendo um princípio de diálogo de todo um sistema, que já não se satisfaz com a aplicação fria do texto exclusivamente jurídico.

Os juízes submetem-se aos princípios éticos e solidários da Constituição, pois as cláusulas gerais, quando inseridas na lei, refletem esses ideais.

Diferentemente de outras normas, as cláusulas gerais introduzem a idéia de que o juiz, ao buscar resolver o caso, seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro, orientado pela busca da implementação dos objetivos do Estado. É certo que a decisão a ser emitida não estará em conformidade com uma solução predeterminada.

Podemos concluir que, com a inclusão de normas gerais no ordenamento jurídico, a lei não se origina apenas na produção vinda do legislador. Mas é um resultado das experiências, fatos e costumes de uma sociedade. Assim, pensar que o direito é feito apenas da aplicação da conduta tipicamente prescrita é encontrar brevemente sua obsolescência.

Poli (2013, p. 215) sugere que “esta noção de incompletude do sistema revela que não se deve esperar que o poder legislativo resolva todas as situações concretas enfrentadas pela sociedade. Pelo contrário, talvez seja hora de admitir que o Judiciário tem um papel decisivo na implementação de um Estado comprometido com os objetivos constitucionais”.

Podemos complementar o pensamento com a afirmação de Barroso (2010, p. 19), no sentido de que nos dias atuais, não se pode mais aderir à crença de que as normas jurídicas trazem um sentido único, objetivo e válido para todas as situações. Não se pode mais imaginar uma atuação do juiz como mero intérprete da norma, sem desempenhar nenhuma reflexão criativa na sua concretização.

Por outro lado, esse pensamento revela que, a cada decisão do caso concreto, o juiz está próximo dos problemas sociais, tornando-se mais apto a concretizar os valores constitucionais mais adequados aos interesses das partes.

3 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A mudança paradigmática, tão necessária às ciências, incluindo a jurídica, ao nosso sentimento, foi inicialmente percebida com a própria mudança dos objetivos e propósitos do estado contemporâneo.

O liberalismo econômico foi marcado por um sistema legal que consagrava os direitos individuais e a acumulação de bens, garantidos pelas leis civis,

que tinham a proteção da propriedade e dos assuntos legais. Com as mudanças políticas e sociais, a interação do homem com o meio ambiente também trouxe mudanças significativas no pensamento do Estado sobre seus propósitos.

Nesta etapa, o princípio da segurança jurídica é o que sustenta a ideia de que a atividade judicial deve refletir as disposições do sistema jurídico, não permitindo decisões que não se baseiam estritamente na lei. A ação do juiz foi limitada a questões individuais, espelhando o pensamento que encorajou a liberdade individual no começo do mundo moderno.

No entanto, sob a base deste modelo, a disposição jurisdicional estava se distanciando e as novas demandas começaram a refletir as deficiências desse sistema na solução e adequada satisfação das novas ansiedades sociais. Informada pelo ideal positivista, a atuação do juiz, reproduzindo fielmente as regras positivas, provocou uma distorção entre a realidade e a decisão produzida.

Assim que a inadequação desse modelo foi sentida, surgiu a dúvida de que todas as respostas seriam encontradas estritamente na lei. A ciência do direito passa a ser entendida então, como a ciência da construção hermenêutica, distanciando-se do paradigma positivista.

Refletindo essa ideia, Poli (2013, p. 216) acrescenta que:

O Estado Democrático de Direito requer um abandono da postura distante do Poder Judiciário, reclamando uma postura ativa e participativa na concretização das políticas sociais e dos objetivos da República. A atuação do juiz passa a ser fundamental na sedimentação de uma pauta de princípios e valores que se orientam para a construção de um Estado voltado a metas de implementação de crescimento sustentável.

O desempenho mais eficaz do juiz é essencial para a realização dos valores e princípios do Estado Democrático, «conciliando, neste caso, os direitos individuais e os fins do Estado», proclamando a solidariedade, bem como permanecendo firme o desenvolvimento de políticas públicas.

Nessa perspectiva, entende-se que a atuação do Judiciário é totalmente lícita e eficaz, na medida em que pode promover o equilíbrio entre o desenvolvimento das relações privadas e os objetivos da sustentabilidade.

No entanto, é preciso reconhecer que, apesar dos argumentos favoráveis à atuação mais efetiva do Poder Judiciário no enfrentamento de questões que envolvam políticas públicas e sociais, existem outros pensamentos críticos que

entendem esta interferência na esfera de atuação de outros poderes, podem trazer riscos ao princípio democrático, tendo em vista que membros do Poder Judiciário não são representantes eleitos pelo povo (JACOB, 2015, p. 114).

Streck (2016, p. 1) afirma que, no Brasil, há diferenças entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas. Na sua visão crítica, o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. Enxerga o autor no comportamento ativista a criação de uma linguagem privada em detrimento da linguagem pública.

Outra preocupação externada em forma de posicionamento crítico está relacionada ao risco de atuação política do Poder Judiciário. Há quem afirme que é preciso ter cuidado para que o comportamento ativista não elimine o processo político de debate comunitário, mediante o qual encontra soluções melhores da perspectiva da legitimidade (APPIO, 2018, p. 51).

Obviamente, não é sem limites que as soluções serão dadas a casos concretos. As fronteiras são delineadas pela rede de direitos fundamentais, de modo a não contradizer francamente também um sistema. Poli (2013, p. 217) diz que, absorvendo o ensinamento de Capelletti, «a atividade do magistrado deve ser cautelosa e responsável, sob pena de desencadear um governo de juízes, ou de implementar juízes legislativos”.

O entendimento é que a interpretação de acordo com os princípios estabelecidos pela norma não é discricionária, mas um pressuposto da decisão que conferirá legitimidade à solução proposta.

Os problemas que estão ocorrendo, em escala global, nos tempos atuais, estão exigindo soluções mais adequadas e rápidas. É necessário construir uma perspectiva de adequação da lei para se ajustar aos conflitos emergentes desses novos tempos. Já não basta simplesmente pacificar o conflito, dentro de um sistema hermético que busca garantir direitos e deveres. É necessário perceber a necessidade de fomentar o pensamento sociocultural, onde busca garantir, promover e regular os valores já conquistados para as gerações presentes e futuras.

4 SUSTENTABILIDADE

A consciência social da necessidade de conservação e proteção ambiental decorre do atual modelo de desenvolvimento adotado pela Constituição e pela sociedade.

A relevância das questões ambientais hoje é tal que não poderia deixar o estado e a lei indiferentes. Como resultado, a sustentabilidade ambiental aparece como um objetivo para a implementação do Estado Democrático de Direito, informando todo o sistema, legalidade, sociabilidade, ética e democracia.

No entanto, o tema é bastante amplo, não restrito à esfera ambiental. Pelo contrário, permeia toda a atividade humana.

Na definição de Poli (2013, p. 218), encontramos “a sustentabilidade pode ser entendida como a busca do equilíbrio em qualquer esfera de desenvolvimento, seja econômica, política ou social”. Nesse mesmo sentido asseveram Cunha, Silva e Gomes (2017, p. 226) que devemos entender a sustentabilidade como um princípio geral e sistêmico, porquanto permeia todos os campos, ou quase todos, do direito.

Poli (2013, p. 218) argumentou que a sustentabilidade era impulsionada pelo desenvolvimento de teorias e sistemas econômicos, bem como do capitalismo, ao fomentar a acumulação e a circulação da riqueza, promovendo uma maior ocupação territorial.

Com o crescimento populacional, surgiu um novo padrão de consumo, exigindo o uso e uso de recursos naturais em níveis elevados, conseqüentemente com impactos proporcionais ao meio ambiente.

Assim, com o desenvolvimento de técnicas agrícolas e a domesticação de animais, o homem fixou-se à terra, que aproveitou o ambiente natural sem qualquer preocupação com sua finitude ou degradação. O passo seguinte foi a mecanização da agricultura e tecnologia, permitindo o uso generalizado de energia, o que levou a um aumento significativo da produtividade, levando o homem a aproveitar espaços cada vez maiores.

No entanto, ao lado do desenvolvimento e da globalização emergiu uma nova sociedade, que passou a redimensionar sua interação com o meio ambiente diante de dificuldades e demandas inexistentes.

A ideia de um ambiente saudável como um direito humano teve seu aumento implícito na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e na Declaração de Estocolmo de 1972, expressamente. Este, talvez, foi o momento em que despertou para as necessidades de um planeta já mostrava sinais de esgotamento pelo uso excessivo de seus recursos naturais.

Diante de um quadro de degradação do ambiente natural, a desordem causada pelo homem no processo de ocupar os espaços acabou por se conceber

um novo pensamento. Observando seu comportamento humilhante, a humanidade se deparou com a ameaça de sua própria existência.

A partir deste confronto, a ideia de sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável. A partir dessa noção, começamos a procurar conciliar as necessidades atuais do homem, usando seus conhecimentos adquiridos na exploração dos recursos naturais, com as necessidades das gerações futuras. Nesse contexto, todos os atores sociais precisam estar conscientemente envolvidos para cooperar na implementação de políticas de sustentabilidade.

Sustentabilidade é uma expressão que possui múltiplos significados. Pode ser entendido através de um conceito ecológico, que visa à capacidade de atender às necessidades de um grupo social no espaço que ocupa, bem como a um conceito político em que a sociedade estabelece formas de se organizar, delimitando seu crescimento, com vistas observar as condições dos recursos naturais, os meios tecnológicos e o nível efetivo de bem-estar social.

No entanto, outros fatores são verificáveis, com conceitos e características próprias, que podem compor a ideia de sustentabilidade, o que revela sua importância no contexto socioambiental. José Henrique de Faria, citado por Poli (2013, p. 220) traz os seguintes conceitos:

O conceito de sustentabilidade teria sete aspectos principais: (i) sustentabilidade social: melhoria da qualidade de vida da população, equidade na distribuição de renda e redução das diferenças sociais, com participação e organização popular; (ii) sustentabilidade econômica: pública e privada, regularização do fluxo desses investimentos, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, balanço de balanço de pagamentos, acesso à ciência e tecnologia; (iii) sustentabilidade ecológica: o uso de recursos naturais deve minimizar os danos aos sistemas de sustentação da vida: redução de lixo tóxico e poluição, reciclagem de materiais e energia, conservação, tecnologias mais limpas e eficientes e regras para adequada proteção ambiental; (iv) sustentabilidade cultural: respeito pelos diferentes valores entre os povos e incentivo aos processos de mudança que acomodem as especificidades locais; (v) sustentabilidade espacial: equilíbrio entre rural e urbano, equilíbrio de migração, desconcentração de metrópoles, adoção de práticas agrícolas mais inteligentes e não agressivas para a saúde e o meio ambiente, manejo florestal sustentável e industrialização descentralizada; (vi) sustentabilidade política; no caso do Brasil, a evolução da democracia representativa de sistemas descentralizados e participativos, construção de espaços públicos comunitários, maior autonomia dos governos locais e descentralização da gestão de recursos; (vii) sustentabilidade ambiental: conservação geográfica, equilíbrio dos ecossistemas, erradicação da pobreza e exclusão, respeito aos direitos humanos e integração social.

Pode-se perceber, de certo modo, que os conceitos aqui apresentados refletem a crise que a humanidade está enfrentando, em vários aspectos, não apenas em relação ao meio ambiente. Muitos afirmam ser uma crise que atinge vários aspectos da vida humana, como saúde, economia, tecnologia, relações sociais, direito e política. Uma crise de tais dimensões que, talvez apenas algumas vezes na história, está forçando a humanidade a confrontar a ideia real da ameaça à sua própria extinção e à do planeta. Mas isso trouxe um aspecto positivo: forçou o homem a repensar seu papel diante do planeta, forçando-o a enfrentar e discutir a dimensão real de sua responsabilidade mais amplamente, bem como a refletir sobre aqueles que o sucederão.

Muitos já abordaram essas questões e ofereceram caminhos para a formulação de uma ética de sustentabilidade baseada no princípio da responsabilidade. Podemos concluir que a responsabilidade está intrinsecamente ligada à sustentabilidade, considerando a existência de um futuro da humanidade, estendendo a geração distante no tempo, englobando um futuro ilimitado. A responsabilidade para com as futuras gerações deve ser contínua e perene.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo estudar o fenômeno do ativismo judicial como uma atividade consciente, politizada e criativa do juiz, a fim de produzir decisões compatíveis e adequadas com os princípios e valores buscados pelo Estado.

Esta ação mais livre e politizada do juiz, é promovida pelas cláusulas gerais inseridas no sistema jurídico, que permitem refletir no caso concreto o movimento social contemporâneo. A técnica permite ao magistrado produzir uma combinação de regras preestabelecidas na lei e regras que ainda não existem.

Verificou-se que a ideia de completude do sistema jurídico de regras não atende adequadamente aos desejos sociais modernos, que demandam soluções não previstas em lei. Além disso, argumentou-se que a decisão judicial deveria revelar a adoção de práticas de implementação de princípios e valores pretendidos pela sociedade.

Nesse contexto, a sustentabilidade, em sua multiplicidade conceitual, é entendida como um princípio sistêmico para orientar decisões judiciais e legiti-

mar o desempenho criativo do juiz, considerando especialmente a responsabilidade do homem para com as gerações futuras.

Nesta etapa, é possível concluir que o ativismo judicial é uma ferramenta importante para a promoção de ações sustentáveis, conciliando autonomia com o objetivo de desenvolvimento sustentável.

Do ponto de vista dos princípios da sustentabilidade, é evidente que a sustentabilidade no sistema atual revela um conteúdo de generalidade e abstração, de modo que uma interpretação ampla e evolutiva de seu conceito tornasse proporcional. Argumenta-se que o Judiciário é um elemento fundamental na promoção da sustentabilidade, pois em cada caso concreto ele pode tomar uma decisão comprometida com a conquista dos valores e objetivos almejados pelo Estado.

Aceitar e integrar a sustentabilidade como princípio informador de todo o sistema jurídico significa aceitar que qualquer intervenção humana deve comprometer-se com a perpetuação da vida com qualidade e que as relações humanas reflitam não apenas a satisfação de desejos pessoais, mas a sociedade com tudo o que se espera para alcançar seu desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. **Revista Quesito Iuris**, vol. 11, n. 4, Rio de Janeiro, 2018. p. 3279-3297. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08 nov. 2019.

APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 05-43, fev./maio 2010a. Disponível em: <https://revis-tajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro. **Arquivo Jurídico**, v. 2, n. 1, p. 105-119, jan./jun. de 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/4521/2661>. Acesso em: 08 nov. 2019.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/388/339>. Acesso em: 05 mar.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 07 nov. 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 370 p.

O CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) À LUZ DO PRINCÍPIO DO PROTETOR- RECEBEDOR

THE RURAL ENVIRONMENTAL REGISTRY IN LIGHT OF THE
PROTECTOR-RECIPIENT PRINCIPLE

Carlos Alberto da Silva Galdino

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná e
em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí*

RESUMO: O Cadastro Ambiental Rural, com a nova Lei Florestal (Lei n. 12.651/2012a), ganhou contornos que enfraqueceram a tutela do meio ambiente natural, cuja máxima proteção deveria ser inerente ao instituto. A facilitação que o cadastro obteve em termos de inserção de dados não está diretamente atrelada à efetiva proteção da área tida como reservada. Assim, faz-se necessário o manejo de institutos de origem principiológica (v.g. o pagamento por serviços ambientais) para dar efetividade ao desiderato do constituinte originário, que objetiva ver implementada uma equidade intergeracional pela sociedade brasileira, a fim de que todos possam, em certa medida, ter um acesso equitativo aos recursos naturais disponíveis e, assim, garantir um desenvolvimento sustentável a partir de uma concepção clara da função socioambiental da propriedade rural. Para tanto, é necessário que se estude a sistemática principiológica que incide sobre os institutos em voga, a fim de bem aclarar o arcabouço normativo que regulamenta a aplicação dos instrumentos de tutela do meio ambiente natural, para então ser possível aferir que se afigura urgente o manejo de ferramentas que estimulem a proteção de cada bioma existente no território nacional por uma via inversa, ou seja, pela adoção de práticas voluntárias mediante a concessão de estímulos ao protetor, a fim de que, em um futuro próximo, seja possível vislumbrar a consolidação de uma consciência ecológica que seja suficiente para perpetuar o acesso igualitário dos recursos naturais a todas as gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente natural. Reserva legal. Cadastro Ambiental Rural. Princípio do Protetor-Recebedor.

ABSTRACT: The Rural Environmental Registry, with the new Forestry Law (Law 12651/2012a), has taken on contours that have weakened the protection of the natural environment, whose maximum protection should be inherent to this institute. The simplification of the registry in terms of data entry is not directly linked to the effective protection of areas regarded as reserved. Thus, the management of institutes which originate from principles (e.g., the payment for environmental services) is necessary in order to render effective the desideratum of the original constituent, which aims to see the implementation of intergenerational equity by the Brazilian society, so that all can, to some extent, have equitable access to available natural resources and thus ensure sustainable development based on a clear conception of the socio-environmental function of rural property. To this end, it is necessary to study the principles which affect the institutes in practice, in order to clarify the regulatory framework governing the application of instruments to protect the natural environment. It is then possible to assess that it is urgent to manage tools that encourage the protection of every biome in the national territory by a reverse route, that is, by adopting voluntary practices through the granting of incentives to the protector. In the near future, then, it will be possible to glimpse the consolidation of an ecological conscience that is sufficient to perpetuate the equal access of natural resources to all generations.

KEYWORDS: Natural environment. Legal reserve. Rural Environmental Registry. Principle Protector-Receiver.

Enviado em: 31-01-2018

Aceito em: 03-03-2018

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 (BRASIL, 1988), positivou o direito à preservação do meio ambiente, bem de natureza difusa (artigo 81, parágrafo único, inciso I, Lei n. 8.078/90), consagrando-o como essencial à sadia qualidade de vida, e incumbindo ao Poder Público e à sociedade em geral o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Por assim dizer, quis a Constituição, na verdade, repensar o mero crescimento econômico, buscando alternativas viáveis, como nas palavras de Édis Milaré, “um estilo de desenvolvimento possível” (MILARÉ, 2015, p. 62). Frente a tal assertiva, não se pode olvidar o disposto no Princípio 4 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, o qual estabelece que “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. O mesmo texto foi mantido pela Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (BRASIL, 2016).

Com efeito, não há como negar a imensa dificuldade de implementar-se efetivamente o referido Princípio na atual sociedade capitalista, onde vigoram com intensa robustez outros princípios de ordem macro e microeconômica.

Não por outro desiderato é que a perspectiva hodierna se direciona no sentido da atuação dos setores governamentais e não governamentais para a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação ambiental, sem hierarquia, permitindo maior amplitude no controle da atividade estatal, quando esta se afasta dessas diretrizes predominantes.

Nesse sentido, como instrumento apto a possibilitar a regularização ambiental de determinadas atividades, sem perder de vista a proteção do Meio Ambiente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o Cadastro Ambiental Rural (CAR), instrumento estabelecido pelo Novo Diploma Florestal, Lei n. 12.651/2012 (BRASIL, 2012a).

Contudo, sua implementação, a par de tantos outros cadastros já existentes na legislação nacional, tem dado origem a debates acerca de sua efetividade na tutela do meio ambiente natural.

Nada obstante, é cediço que instrumentos como o CAR tem como desiderato primordial garantir a efetividade da norma constitucional que visa assegurar a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CRFB/1988). E tal função, cláusula pétrea definida pelo legislador constituinte originário, só é alcançada – no que toca especificamente à propriedade rural – quando “simultaneamente, assegura a conservação dos recursos naturais”, conforme disciplina a Lei n. 4.504/1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, nos termos do art. 2º, §1º, ‘c’. Além disso, a Lei n. 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, traz, no seu artigo 9º, idêntico entendimento.

Dessa forma, objetiva-se confirmar que a previsão taxativa de princípios estruturantes em uma Lei máxima e a criação de instrumentos mediante a produção legislativa devem efetivamente coexistir de forma interligada, para que o intento do constituinte originário seja concretizado e garantida, assim, a igualdade entre as gerações, permitindo a todos o acesso equitativo aos recursos naturais.

Nesse compasso, objetiva-se explorar inicialmente como o Meio Ambiente é abordado pela CRFB/1988 e, em decorrência, como os princípios de ordem ambiental coexistem e orientam a hermenêutica do operador do Direito e a forma como é distribuída a competência material e legislativa da matéria pelo Texto Constitucional.

Ao final, procurar-se-á confirmar a hipótese levantada, a fim de ratificar o problema suscitado, explanando suas consequências e sua repercussão social, desiderato fundamental da presente discussão, pois, materializar de forma efetiva os princípios constitucionais, precipuamente o da Supremacia da Constituição e em decorrência deste, o do Desenvolvimento Sustentável, assinalado taxativamente no *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), deve ser objetivo fulcral de todos que laboram na seara do Direito Ambiental.

2 PRINCIPIOLOGIA AMBIENTAL

Os princípios, no Direito, destinam-se a facilitar o estudo e a análise de certos fundamentos estanques da Ciência Jurídica. Eles servem para balizar o procedimento do legislador, do magistrado e do operador do direito. É o valor fundamental de uma questão jurídica e pode ser modificado com o passar do tempo (SIRVISNKAS, 2008, p. 51).

Dessarte, o Direito, como ciência humana e social, pauta-se também pelos postulados da filosofia das ciências, entre os quais está a necessidade de princípios constitutivos para que a ciência possa ser considerada autônoma, ou seja, suficiente o bastante para existir por si e situar-se num contexto científico dado (MILARÉ, 2015, p. 257).

Nesse norte, no Direito Ambiental, alguns dos princípios têm apoio em declarações internacionais, conforme o magistério de Paulo Afonso Leme Machado:

Cresce a potencialidade de seus princípios tornarem-se normas costumeiras, quando não se transformarem em normas jurídicas oriundas de convenções. Uns princípios serão constitutivos do próprio Direito Ambiental e outros princípios serão instrumentais, destinando-se a viabilizar os princípios constitutivos. (MACHADO, 2013, p. 65)

Assim, deflui-se que o Direito Ambiental, apesar de ser uma ciência nova, é autônoma. Essa independência é garantida por força dos princípios diretores de Direito Ambiental cotejados no art. 225 da Constituição Federal de 1988, que, em verdade, são princípios de Política Nacional do Meio Ambiente construídos a partir de princípios de Política Global do Meio Ambiente, inicialmente formulados na Conferência de Estocolmo de 1972, conforme exposto alhures (FIORILLO, 2004, p. 24). São estas formulações gerais, adaptadas à realidade cultural e social do Brasil, que serão trabalhadas adiante.

2.1 PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, positivou o direito à preservação do meio ambiente, bem de natureza difusa (artigo 81, parágrafo único, inciso I, Lei n. 8.078/90), consagrando-o como essencial à sadia qualidade de vida, e incumbindo ao Poder Público e à sociedade em geral o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” – art. 225, *caput*, CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

Nessa tomada, o princípio que intitula este tópico é a matriz do qual se desdobram os demais Princípios de Direito Ambiental, pois não se pode pensar em punir um determinado poluidor, estabelecer limites ao uso dos recursos naturais, promover a aplicação do Direito Ambiental em todos os lugares, sem uma

perspectiva de igualdade entre as gerações no tocante ao acesso aos recursos disponibilizados pelo planeta.

Assim, a importância do Princípio em esboço, nomeado por Édis Milaré como Princípio da Solidariedade Intergeracional:

Avulta ante a constatação de que a generosidade da Terra não é inesgotável, e do fato de que já estamos consumindo cerca de 30% além da capacidade planetária de suporte e reposição. Neste sentido, a versão do Relatório Planeta Vivo 2010, da Rede WWF, mostra que estamos vivendo além de nossas possibilidades, alimentando-nos de porções que pertencem às gerações ainda não nascidas. E os custos do mau uso da natureza não devem ser debitados irresponsavelmente na conta das porvindouras gerações. Seremos questionados e cobrados pelos futuros ocupantes desta casa. (MILARÉ, 2015, p. 260).

No caso vertente, o bem ambiental *lato sensu* considerado tem titularidade indeterminada e, assim sendo, cabe à humanidade atuar em todas as esferas para viabilizar que a geração que nos sucederá (já nascida ou não) possa ter contato com os recursos que asseguraram a nossa existência e a concepção e geração das vindouras.

Nada obstante, o Princípio da Solidariedade Intergeracional, para alguns autores, deflui da chamada Ética da Alteridade, que se traduz no agir ético que devemos ter para com o outro, com o próximo:

Ao permitir essa abertura comunicacional com a dimensão ética que orienta as atividades de relacionamento da natureza, foi privilegiada a análise da ética da alteridade, que pressupõe a ênfase em valores de especial fundamentalidade para uma nova organização do direito ambiental, a responsabilidade, o cuidado e o respeito, sempre em atenção ao outro, *ethos* que permite superar o paradigma de dominação que sempre tensionou as relações entre homem e natureza e sub-repticiamente tem orientado também o discurso dos operadores do direito no tratamento jurídico do ambiente. Acredita-se que privilegiando a comunicação da ética da alteridade, especialmente com o texto jurídico constitucional, pode ser possível a construção de uma nova fundamentalidade para o discurso jurídico ambiental, revelando que da alteridade pode ser constituída a equidade, equidade que, na disciplina ambiental realizada pelo texto constitucional, assume um alargamento peculiar, espacial e temporalmente projetado. (LEITE; AYALA, 2001, p. 73).

Assim, a razoabilidade no uso dos recursos naturais disponíveis, postura essa orientada pela necessidade de se viabilizar a todos (inclusive àqueles que estão por vir) o acesso equitativo aos bens que integram o ambiente, é medi-

da que deve ser tomada em todas as esferas de atuação, com regulamentação técnica, controle e imposição de obrigações e responsabilidades, a fim de que o sistema de tutela do meio ambiente seja efetivo a partir dessa concepção que é, acima de tudo, ética.

2.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Em esquadramento às Constituições brasileiras, constata-se que, desde a Carta Imperial de 1824, sempre houve a garantia do direito à propriedade. Suas características mostraram-se, ao longo dos anos, preponderantes e robustas, assegurando ao seu titular o direito de usar, fruir e dispor de forma absoluta, exclusiva e perpétua. John Locke, pensador jusnaturalista do século XVII, expunha que o direito de propriedade possuía natureza individual e natural, estando diametralmente ligada ao trabalho do homem (LOCKE, 2002).

Nessa seara, diante da realidade fática supracolocada, e com o fim da República Velha, que veio a ocorrer após a revolução armada de 1930, a qual depôs o então Presidente eleito Júlio Prestes, e com Getúlio Vargas à frente do Governo, em 1934, foi promulgada a segunda Constituição Republicana que, inspirada na Constituição alemã de Weimar (1919), previu expressamente em seu texto normativo, no artigo 113, n. 17, que o direito de propriedade “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo.” As constituições posteriores mantiveram e solidificaram o citado instituto, em especial a Constituição vigente.

Dessa forma, embora seja garantido ao proprietário o direito de utilizar sua propriedade como lhe convenha, a hodierna ordem constitucional (1988) trouxe nova hermenêutica a tal afirmação, uma vez que este caráter absoluto encontra óbice na nova forma de tratar a propriedade. De tal modo, as arguições de objeção à execução do direito de proprietário não condizem com a atual concepção doutrinária e legislativa, que se posiciona majoritariamente no sentido da primazia da função social da propriedade. Nesse sentido, Édis Milaré esclarece que “não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. (MILARÉ, 2015, p. 274).

Esse silogismo conduziu José Eli da Veiga a concluir que socioambientalismo se escreve junto, sem hífen, compondo algo que é essencialmente indissociável (VEIGA, 2007, p. 127).

Nesse mesmo sentido, e frente ao contemporâneo entendimento acerca dos reflexos sociais que repercutem em decorrência das faculdades inerentes ao direito de propriedade, o novo Código Civil, Lei Federal n. 10.406/2002 (BRASIL, 2002), em seu art. 1.228, §1º, adotou juízo moderno, estando na atualidade afinado com os postulados constitucionais.

Em período anterior, porém no mesmo sentido supradelineado, o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001 (BRASIL, 2001), assevera, em seu art. 39, de forma clara a necessidade de a propriedade cumprir sua função social.

Já no que toca especificamente à propriedade rural, a Lei n. 4.504/1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra (BRASIL, 1964), traz no bojo do seu corpo normativo regulamentação quanto aos critérios que devem ser observados para que a propriedade atenda a função social a que se destina, delineando no art. 2º, §1º, 'c', que "A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente, assegura a conservação dos recursos naturais". A Lei n 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária (BRASIL, 1993), traz, no seu artigo 9º, idêntico entendimento. Aliás, sobre o adimplemento da função social da propriedade rural, faz-se imperioso cotejar o magistério de Edson Luiz Peters e Alessandro Panasolo:

Diante disso, a propriedade rural não pode ser mais analisada sob a ótica civilista, inclusive diante da autonomia do Direito Agrário, com normas próprias acerca desse instituto. Continuamos a conviver com a propriedade constitucionalmente assegurada como um direito fundamental, mas não mais como sagrado e inviolável, e sim como meio de produção cujo usufruto deve levar em conta os interesses da coletividade. (PETERS; PANASOLO, 2014).

Em tempo, faz-se imperioso destacar que o legislador constituinte originário estabeleceu que a propriedade rural atende a sua função social quando há o aproveitamento racional e adequado do solo, bem como quando haja utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, e que o não cumprimento da função social da propriedade urbana ou rural pode vir a implicar em desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida públi-

ca ou agrária – artigo 182, §4º, III, artigo 184, *caput*, e art. 186, I e II, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Ainda, o texto constitucional assegura a todos, na parte que toca à ordem econômica, a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes Princípios: propriedade privada, função social da propriedade e defesa do meio ambiente, conforme art. 170, II, III e VI (BRASIL, 1988).

Assim, a função socioambiental da propriedade é cumprida quando há a materialização do requisito de preservação do meio ambiente. Como a função social significa o exercício do direito em benefício de outrem, que objetiva envolver a propriedade com as complexas relações sociais e com o progresso da sociedade, nada mais justo do que adequar o uso e a destinação da propriedade às normas que visam à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de natureza difusa e essencial à sadia qualidade de vida.

2.3 PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR

O Princípio do Protetor-Recebedor é de recente criação doutrinária e, muito provavelmente, a Lei n. 12.305/2010 (BRASIL, 2010) é a primeira a incluí-lo no rol dos princípios da política ambiental, em lei federal. A denominação do postulado hermenêutico leva a uma relação entre proteção ambiental e recebimento por essa proteção, pois:

Sem dúvida, que protege o meio ambiente merece, em troca, o reconhecimento da coletividade e do Poder Público. A defesa ambiental, antes de ser legal, é uma tarefa ética. (MACHADO, 2013, p. 636).

Destarte, como é cediço, ao fazer uso dos bens que compõem o acervo da natureza, o ser humano busca satisfazer a si próprio, sem preocupar-se com as necessidades dos demais seres, nem com a perpetuação de tais recursos. Portanto, o objetivo do Princípio é:

Evitar que o 'custo-zero' dos serviços e recursos naturais acabe por conduzir o sistema de mercado à hiperexploração do meio ambiente, e se esteia na ideia fundamental de que não basta punir as condutas ambientalmente danosas para preservar com eficácia o meio ambiente, sendo mais produtivo recompensar as virtuosas. Ou seja, ao invés de coibir a geração de externalidades negativas no processo produtivo, incentivar-se-iam as positivas por meio de normas promocionais. Seria como que uma consequência do princípio do poluidor-pagador, ou melhor, do usuário-pagador: aquele que

preserva ou recupera os serviços ambientais, geralmente de modo oneroso aos próprios interesses, tornar-se-ia credor de uma retribuição por parte dos beneficiários desses mesmos serviços, sejam pessoas físicas ou jurídicas, seja o Estado ou a Sociedade como um todo. (MILARÉ, 2015, p. 272).

Com efeito, há como inferir que o Princípio em tela é corolário direto dos Princípios do Poluidor-Pagador e do Usuário-Pagador (MILARÉ, 2015, p. 271). Nada obstante, a relação proteger-receber deve objetivar incentivar a proteção sem ser injusta nos gravames ao protetor. Contudo, não pode induzir a um comportamento egoístico ou antissocial, levando a somente proteger o meio ambiente quando se recebe imediatamente uma recompensa.

Como ressaltado anteriormente, a Lei n. 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, prevê expressamente o Princípio do Protetor-Recebedor:

Art. 6º - São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:
[...];
II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor; (BRASIL, 2010).

A mesma Lei também prevê que o Princípio em voga pode ser implementado pelos Entes Federativos mediante a instituição de normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios, desde que respeitados os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, *ex vi* do art. 44 da Lei n. 12.305/2010 (BRASIL, 2010).

Nessa tomada, a despeito das balizas normativas, faz-se importante destacar que o Princípio do Protetor-Recebedor, ao buscar tutelar o meio ambiente por uma via inversa da usualmente adotada, buscar criar mecanismos para evitar que a degradação do meio ambiente e a escassez dos recursos naturais acarretem prejuízos econômicos e, até mesmo, inviabilizem alguns processos produtivos. Nesse sentido:

A lógica desse mecanismo, que se convencionou chamar de Pagamentos por Serviços Ambientais – PSA, consiste em aporte de incentivos e recursos, de origem pública e/ou privada, para aqueles que garantem a produção e a oferta do serviço e/ou produto obtido direta ou indiretamente da natureza. (MILARÉ, 2015, p. 272).

Diante desse contexto, o próprio Diploma Florestal, Lei n. 12.651/2012, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.727/2012, em seu art. 1º-A, parágrafo único, VI, traz, ainda que não expressamente, mas em conteúdo, o Princípio do Protetor-Recebedor:

Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos
Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios
VI - criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis. (BRASIL, 2012a).

Não bastasse, a Lei Florestal em vigência possui um capítulo próprio que trata do Programa de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente, conforme art. 41 e seguintes, que nada mais é do que a implementação efetiva do Princípio do Protetor-Recebedor no campo da construção legislativa. (BRASIL, 2011).

3 DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL - CONCEITO, OBJETIVOS E REGULAMENTAÇÃO

Como é cediço, e na exegese da necessidade de compatibilidade entre economia e ecologia, o novo Diploma Florestal Brasileiro, como um dos mecanismos para dar efetividade ao preceito constitucional, estabeleceu o Cadastro Ambiental Rural (CAR), base de dados pública eletrônica de alcance nacional e compulsória a todos os imóveis rurais (MACHADO, 2013, p. 914). Em estudo à estrutura do instituto em tela, Edson Luiz Peters e Alessandro Panasolo esclarecem:

O CAR, diferentemente de outros cadastros já existentes, será composto também de informações georreferenciadas. Isso significa que, além de conter os dados básicos do imóvel, como endereço e área total, também deve conter um croqui baseado numa foto aérea. O CAR consiste no georreferenciamento do perímetro do imóvel, nos remanescentes de vegetação nativa, nas áreas de preservação permanente, nas áreas de uso restrito, nas áreas consolidadas e na

reserva legal. É como uma radiografia de cada imóvel rural deste país. O CAR é um registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais. (PETERS; PANASOLO, 2014).

Concebido na esfera do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA) – que é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o CAR objetiva o controle, monitoramento e combate ao desmatamento das florestas e demais formas de flora nativa, além do planejamento ambiental e econômico dos imóveis rurais brasileiros. É sua finalidade, também, integrar as informações ambientais referentes à situação das Áreas de Preservação Permanente (APP), das áreas de Uso Restrito e das áreas consolidadas das propriedades e posses rurais do Brasil (art. 29, *caput*, da Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012).

O CAR tem dimensão jurídica especial, pois é um registro público que se assemelha aos feitos nos Cartórios de Registro de Imóveis, com caráter de publicidade e com efeitos diante de direitos de terceiros (MACHADO, 2013, p. 914).

Como textualizado alhures, o CAR encontra-se disciplinado nos artigos 29 e 30 do Diploma Florestal.

Os referidos artigos foram regulamentados pelo Decreto Federal n. 7.830, de 17 de outubro de 2012, que estabelece a forma e as condições de implementação do CAR.

Ao promover a regulamentação do CAR, o legislador deixou clara a intenção de não permitir uma confusão entre as obrigações de registros e as ambientais (LEHFELD, 2013, p. 194).

Nesse diapasão, para evitar o desvirtuamento das finalidades do cadastro, determina a lei que, não obstante a necessidade de comprovação da propriedade ou posse, o CAR não será considerado título para fins de seu reconhecimento, conforme §2º do artigo supramencionado.

Outrossim, destaca-se que o cadastro não elimina a necessidade de o proprietário ou possuidor rural prestar informações junto ao Cadastro Ambiental de Imóveis Rurais, criado pela Lei n. 10.267, de 28 de agosto de 2001, que alterou o art.1º da Lei n. 5.868, de 12 de dezembro de 1972 (LEHFELD, 2013, p. 194).

3.1 DO SISTEMA DE CADASTRO AMBIENTAL RURAL

Para instrumentalizar a integração dos dados do CAR, o Decreto Federal n. 7.830, de 17 de outubro de 2012, criou o Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SICAR), sistema eletrônico de âmbito nacional destinado ao gerenciamento de informações ambientais dos imóveis rurais, criado com a finalidade de receber e integrar as bases de dados de todos os sistemas de cadastro da federação (LEHFELD, 2013, p. 195).

Destarte, o registro das propriedades rurais no SICAR é autodeclaratório. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais acessam as páginas dos órgãos ambientais e declaram as características de suas áreas rurais, a comprovação de posse ou domínio, sua localização e, principalmente, a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das áreas de preservação permanente, das áreas de uso restrito e da Reserva Legal (MILARÉ, 2013, p. 311).

Os objetivos estão nos termos do art. 3º, incisos I a V, do referido Decreto Federal.

O SICAR é disponibilizado na rede mundial de computadores (BRASIL, 2018) e, para garantir a reunião das informações, impõe-se aos entes federativos que já dispõem de sistema de cadastramento de imóveis rurais que integrem sua base de dados ao SICAR, ao passo que aqueles que ainda não possuem esse sistema deverão utilizar módulo disponibilizado pelo Ministério do Meio Ambiente (LEHFELD, 2013, p. 195).

A instituição do SICAR fornecerá ao Estado brasileiro importante instrumento para acompanhamento e tutela dos imóveis rurais, garantindo também a realização de um planejamento estratégico para o desenvolvimento sustentável (MILARÉ, 2013, p. 315).

3.2 ADESÃO AO CADASTRO AMBIENTAL RURAL

É cediço que o conceito de Reserva Legal foi introduzido pela já revogada Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, com a redação da Lei n. 7.803, de 18 de julho de 1989 (art. 16, § 2º), a qual inseriu também a exigência de averbação ou o registro da Reserva Legal à margem da inscrição da matrícula do imóvel, sendo vedada a alteração de sua destinação nos casos de transmissão, a qualquer título, ou desmembramento da área.

Destarte, o controle das áreas de Reserva Legal era efetivado por meio da averbação no Registro de Imóveis, conforme previsão inserta no art. 16, §8º, do antigo Código Florestal (Lei n. 4.771/1965), obrigação que, posteriormente, foi confirmada pelos artigos 167, II, 22 e 168, da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973).

Com a publicação do novo Diploma Florestal (Lei n. 12.651/2012), foi criado o Cadastro Ambiental Rural, e, a partir de então, o CAR está sendo referenciado como um instrumento de registro específico para proteção do meio ambiente, o qual, como já amplamente explanado, por meio de plantas georreferenciadas, tem o intuito de mapear todas as propriedades rurais do território nacional, objetivando tornar mais eficaz a proteção de algumas áreas, inclusive de Reserva Legal.

Assim, hodiernamente, a obrigatoriedade de inscrição no CAR se aplica para todas as propriedades e posses rurais. Sua natureza é declaratória, permanente e conterà informações de cunho ambiental sobre o imóvel rural. Está previsto no §3º do art. 29 da nova Lei Florestal (PETERS; PANASOLO, 2014).

Importante destacar que o CAR, por ser um ato declaratório da área de Reserva Legal de um imóvel rural, deve respeitar condicionantes relacionadas à eleição do local onde ela será alocada, conforme disposição do art. 14 e incisos da Lei Florestal.

Nada obstante, a Lei Florestal em vigência, em que pese determine a obrigatoriedade de inscrição no CAR de todas as propriedades e posses rurais, prevê para os pequenos proprietários ou possuidores rurais que têm sua atividade voltada para a agricultura familiar um tratamento diferenciado e procedimento simplificado (PETERS; PANASOLO, 2014), conforme art. 55 da Lei n. 12.651/2012.

Quanto aos imóveis que possuem a área de Reserva Legal averbada no Registro de Imóveis, tem-se que estes estão regulares e devem se inscrever diretamente no CAR mediante apresentação de cópia da matrícula atualizada. Nesses casos, os proprietários estão desobrigados, quando da inscrição no CAR, a fornecer ao órgão ambiental competente as informações pormenorizadas relativas à Reserva Legal, desde que no momento da averbação no Registro de Imóveis tenha constado o perímetro e a localização da Reserva Legal (PETERS; PANASOLO, 2014), conforme art. 30 da Lei n. 12.651/2012.

Vale ponderar, no entanto, que, mesmo com a implantação do CAR, em 6/5/2014, segundo os expressos dizeres da IN MMA 2/2014 (art. 64), nada obsta – sendo mesmo recomendável – venha a Reserva Legal a ser averbada no Cartório do Registro de Imóveis. Não por outra razão é que, até a efetivação do registro da Reserva Legal no CAR, consentiu o legislador que o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação tenha direito à gratuidade do ato, com o claro intuito de não lhe onerar com o custo de uma obrigação que será substituída pelo sistema do Cadastro, *ex vi* do art. 18, §4º, Lei n. 12.651/2012 (MILARÉ, 2015, p. 1337).

Não há consenso na doutrina quanto à consequência, para fins de responsabilização administrativa, da ausência de registro das propriedades ou posses rurais no Cadastro Ambiental Rural. Para Curt Trennepohl, a falta de registro não caracteriza infração administrativa ou crime contra o meio ambiente (apud MILARÉ, 2013, p. 311). Divergindo, Paulo Affonso Leme Machado entende que, quando o proprietário ou possuidor deixar de averbar eventual área de Reserva Legal no CAR, incidirá na infração administrativa prevista no art. 55 do Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008 (MACHADO, 2013, p. 916).

A legislação federal concedeu aos proprietários o prazo de um ano para se adaptarem às novas exigências da lei, prazo este prorrogado pelo Governo Federal, tendo inicialmente expirado em 31 de dezembro de 2017, conforme alterações promovidas pela Lei n. 13.295, de 14 de junho de 2016, porém novamente prorrogado pelo Decreto n. 9.257/2017, cujo prazo final agora é 31 de maio de 2018.

4 O PAPEL DOS ENTES FEDERATIVOS NA IMPLEMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA RESERVA LEGAL

Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro a tutela do meio ambiente é de competência material comum de todos os entes federativos, como estabelece o art. 23, *caput*, incisos III, VI e VII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), regulamentado pela Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011.

No tocante ao CAR, o chamado federalismo cooperativo é amplamente pertinente e, dada a complexidade e extensão dos problemas que envolvem a

temática do meio ambiente, a descentralização de atribuições e a cooperação conjunta é imprescindível.

Nessa seara, o Decreto n. 7.830, de 17 de outubro de 2012, que regulamenta o Sistema de Cadastro Ambiental Rural e o Cadastro Ambiental Rural, estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, estipula como incumbência da União Federal a manutenção do SICAR. Em Santa Catarina, os imóveis rurais têm as correlatas áreas de Reserva Legal inscritas no CAR mediante o uso do SICAR, conforme art. 3º, §1º, Decreto n. 2.219/2014 (SANTA CATARINA, 2014).

Outrossim, também compete à União Federal, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente (MMA), a disponibilização de imagens destinadas ao mapeamento das propriedades e posses rurais para compor a base de dados do sistema de informações geográficas do SICAR, com vistas à implantação do CAR (art. 3º, §4º, do Decreto Federal). Compete ao MMA, ainda, atuar na coordenação e promoção do CAR (BRASIL, 2012).

No que atine aos Estados e Municípios, de acordo com o §2º do art. 6º do referido Decreto, eles receberão, preferencialmente, os requerimentos de inscrição no CAR formulados pelos proprietários, possuidores rurais ou responsáveis diretos pelo imóvel rural (BRASIL, 2012), para posterior prestação de informação à União, objetivando a formação e atualização do SICAR (LEHFELD, 2013, p. 195).

Deverão realizar vistorias de campo, sempre que julgarem necessário, para verificação das informações declaradas e acompanhamento dos compromissos assumidos (BRASIL, 2012). O mesmo desiderato vem textualizado no art. 8º do Decreto n. 2.219/2014 (SANTA CATARINA, 2014).

Destarte, com o registro de todas as propriedades rurais no Cadastro Ambiental Rural, estima-se que será possível acompanhar a recuperação das Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal por meio das imagens de satélite, a identificação dos responsáveis pelos novos desmatamentos será alcançável sem necessidade de verificação em campo, garantindo-se, assim, maior eficácia às ações de combate ao desmatamento ilegal (MILARÉ; MACHADO, 2013, p. 315).

4.1 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

O pagamento por serviços ecossistêmicos é uma alternativa que procura estruturar um mercado de forma a estabelecer uma relação entre custos e benefícios da preservação. Não é um mercado no conceito formal já que, se de um lado o custo de preservar tem seus agentes conhecidos (privados ou públicos), do outro lado os resultados benéficos são difusos por toda a comunidade (SILVEIRA; MÚNIZ, 2014, p. 17).

Os termos “serviços ecossistêmicos” e “serviços ambientais” são comumente utilizados como sinônimos, porém, alguns autores chamam de serviços ecossistêmicos aqueles que ocorrem naturalmente e serviços ambientais os serviços ecossistêmicos acrescidos daqueles promovidos pelo ser humano por meio do manejo ativo dos ecossistemas, com práticas como o plantio agrícola e manejo florestal (GODECKE; HUPFFER; CHAVES, 2014, p. 32).

Denota-se que o instituto em tela advém da concepção constitucional de desenvolvimento ecossocialista, que se contrapõe ao do capital-expansionista, em que o desenvolvimento social é medido essencialmente pelo crescimento econômico contínuo, assentado na industrialização e evolução tecnológicas virtualmente infinitas, em total descontinuidade entre a natureza e a sociedade (LEHFELD, 2013, p. 7).

Nessa exegese, o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) é uma proposta de estruturar um mercado na qual seriam negociados os ativos e serviços ambientais por aqueles que os mantêm e aqueles que deles necessitam para atender a legislação.

De acordo com Silveira e Múniz (2014, p. 17), é possível definir PSA baseado em cinco premissas:

- a) uma transação voluntária;
- b) um serviço ambiental bem definido ou uma forma de uso da terra que possa assegurar esse serviço;
- c) é comprado por pelo menos um comprador;
- d) de pelo menos um provedor; e
- e) sob a condição de que o provedor garanta a provisão desse serviço.

Embora de conceituação simples, a implementação do PSA costuma apresentar muitas dificuldades: demanda limitada, decorrente da falta de volun-

tariedade para esses pagamentos; inexistência de precondições institucionais exigidas pelas partes para a negociação, cumprimento de contratos e garantias para, por exemplo, comunidades pobres e remotas; e dificuldades de comunicação, pois quem propõe os programas de PSA costuma utilizar-se de linguagem inacessível aos povos locais (GODECKE, HUPFFER; CHAVES, 2014, p. 34).

No Diploma Florestal (Lei n. 12.651/2012), o art. 1º-A, parágrafo único, VI, propõe a criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis. Trata-se da adoção de medidas premiais em contraste com os tradicionais mecanismos de repressão. O fomento a novas práticas rurais sustentáveis e de recuperação e preservação da flora pressupõe vontade política do Poder Público. A título de exemplo, da mesma forma que se tem o ICMS ecológico, é possível cogitar a criação de leis de incentivo à proteção do meio ambiente em moldes análogos à legislação hoje existente sobre fomento à cultura (MILARÉ, 2013, p. 46).

No contexto da pesquisa em espeque, o Diploma Florestal, Lei n. 12.651/2012, é claro ao viabilizar a possibilidade de instituir-se o PSA para manter áreas de Reserva Legal, *ex vi* de seu art. 41, I, h.

Na esfera da competência legislativa dos Estados, percebe-se que o instituto em estudo foi regulamentado em várias Unidades da Federação. Cita-se, a título de exemplo, as Leis de n. 1.277/1999 e 1.426/2001 do Estado do Acre (a primeira prevê incentivos aos seringueiros que organizados em associações prestem serviços ambientais, e a segunda autoriza o Governo do Estado a regulamentar os serviços ambientais), a Lei Complementar n. 53/2007 do Estado do Amazonas (que reconhece os serviços ambientais e estabelece base jurídica para permitir o PSA em unidades de conservação) e as Leis de n. 8.960/2008 e n. 8.995/2008 do Estado do Espírito Santo (dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Recursos Hídricos e institui o programa de PSA, respectivamente). Estados como o Rio Grande do Sul (PL 3/2004), Rio de Janeiro (PL n. 1.949/2008) e São Paulo (PL 260/2010) possuem projetos de lei em trâmite para regulamentar a matéria.

No âmbito do Estado de Santa Catarina, a Lei n. 15.133, de 19 de janeiro de 2010, em seu artigo 3º e incisos, trouxe diversas definições importantes ao estudo em tela (SANTA CATARINA, 2010). Apenas para exemplificar, o Município

de São Bento do Sul, Estado de Santa Catarina, editou a Lei Municipal n. 2.677, de 24 de novembro de 2010 (institui a Política Municipal dos Serviços Ambientais, o Programa Municipal de Pagamento por Serviços Ambientais, estabelece formas de Controle e Financiamento desse Programa) que em muitos dispositivos repete o já cotejado pela Lei n. 15.133/2010 do Estado de Santa Catarina. Porém, chama a atenção o estabelecido no art. 7º, §4º, da referida Lei, que quando combinado com o Decreto Municipal n. 1.002, de 1º de julho de 2015 (Estabelece o Valor da Unidade Fiscal Municipal) e art. 3º, Decreto n. 634, de 22 de março de 2011, conduz à ilação de que é possível retribuir em aproximadamente R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por hectare protegido, em parcela anual e única.

Assim, infere-se, sem maiores imbróglios, que o PSA é um instrumento que decorre do Princípio do Protetor-Recebedor, e, como consectário imediato que é, necessita ser de fácil compreensão conceitual, exigindo implementação em padrões mais facilitados, pois sua acessível e natural assimilação dará ensejo a uma ampla abrangência, haja vista as esferas de tutela ambiental que o instituto pode alcançar.

4.2 O CADASTRO AMBIENTAL RURAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR

A política ambiental estrutura-se em duas linhas de atuação: instrumentos de comando e controle e instrumentos econômicos. Na atuação de comando e controle, existem dois mecanismos voltados para a preservação de áreas: o sistema de unidades de conservação, regido pela Lei n. 9.985/2000, e as áreas de preservação obrigatórias mantidas por propriedades particulares (reservas legais – RL, e áreas de preservação permanente – APP), previstas na Lei n. 12.651/2012 (SILVEIRA; MÚNIZ, 2014, p. 17).

Assim, conforme amplamente laborado durante a construção do presente trabalho, denota-se que o novo Diploma Florestal apresenta a possibilidade de conciliar a atividade econômica das propriedades rurais com a conservação dos recursos naturais, prevendo a adoção de instrumentos econômicos como forma de fomento à preservação e recuperação ambiental.

Dentre as vertentes delineadas pelo Legislador na Lei n. 12.651/2012, percebe-se que as áreas de Reserva Legal possuem essa característica, conforme expressa redação do conceito normativo estatuído pelo art. 3º, III:

Art. 3º - Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...];

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; (BRASIL, 2012a).

Ainda que incorra em tautologia, verifica-se que a natureza jurídica da Reserva Legal parece não ir de encontro aos requisitos de concretização do Cadastro Ambiental Rural, uma vez que o CAR é um ato declaratório que depende diretamente das ações comissivas ou omissivas do declarante em relação à área que deve, por força da Lei, ser protegida. É o que dispõe o art. 6º do Decreto n. 7.830, de 17 de outubro de 2012:

Art. 6º - A inscrição no CAR, obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, tem natureza declaratória e permanente, e conterá informações sobre o imóvel rural, conforme o disposto no art. 21.

§ 1º - As informações são de responsabilidade do declarante, que incorrerá em sanções penais e administrativas, sem prejuízo de outras previstas na legislação, quando total ou parcialmente falsas, enganosas ou omissas. (BRASIL, 2012b).

No Estado de Santa Catarina, a sistemática é idêntica à definida pela União, e, para o cumprimento da exigência da Lei n. 12.651/2012 (art. 29, §3º), basta a comprovação da propriedade, de quem é o proprietário, e a indicação pura e simples localização das áreas legalmente protegidas:

Art. 5º - A inscrição do imóvel rural no CAR será realizada por meio eletrônico, informado no Manual Operativo do CAR.

§ 1º - No ato da inscrição, o proprietário ou possuidor rural deverá prestar as seguintes informações:

I – identificação do proprietário ou possuidor rural;

II – comprovação da propriedade ou posse; e

III – identificação do imóvel por meio de mapa, plotagem ou similar, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das APPs, das áreas de uso restrito, das áreas consolidadas, as áreas de servidão administrativa e, caso existente, também da localização da reserva legal. (SANTA CATARINA, 2014).

Nesse contexto, tendo em conta que as áreas de Reserva Legal, que antes dependiam de análise de órgão ou entidade integrante do SISNAMA e ulterior averbação do registro de imóveis, agora encontram na produção legislativa sensível simplificação no adimplemento da formalidade, e, face à sistemática principiológica estabelecida inicial e principalmente pela Constituição Federal de 1988, não se pode ignorar que a adoção de medidas pragmáticas, aliada ao manejo de instrumentos já criados pela Lei, precisam ser utilizados, a fim de que a Reserva Legal, à luz das disposições do Cadastro Ambiental Rural, obtenha a real e efetiva tutela que as presentes e as futuras gerações esperam e necessitam.

Como já explanado, orienta a exegese retro externada o Princípio do Protetor-Recebedor, postulado esse que:

Seria a outra face da moeda do Princípio do Poluidor-Pagador, ao defender que as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela preservação ambiental devem ser agraciadas como benefícios de alguma natureza, pois estão colaborando com toda a coletividade para a consecução do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, haveria uma espécie de compensação pela prestação dos serviços ambientais em favor daqueles que atuam em defesa do meio ambiente, como verdadeira maneira de se promover a justiça ambiental, a exemplo da criação de uma compensação financeira em favor do proprietário rural que mantém a reserva florestal legal em sua propriedade acima do limite mínimo fixado no art. 12 do novo Código Florestal. (AMADO, 2016, p. 80).

Assim, e como não poderia deixar de ser, o CAR, como formalidade, deve ser implementado em conjunto com instrumentos que efetivamente tutelem o ecossistema presente nos limites geográficos de cada Reserva Florestal Legal declarada no país. Nesse palmilhar, cita-se o Pagamento por Serviços Ambientais, a Cota de Reserva Ambiental e a Extrafiscalidade Ambiental como medidas que podem estimular o proprietário ou possuidor rural a deliberadamente cuidar das áreas legalmente protegidas, mediante estímulo e conscientização de que tal conduta é indelével à realização de sua atividade produtiva.

Tocante ao PSA, o instituto ficou estudado no tópico precedente. Nada obstante, repise-se que o Diploma Florestal viabilizou o uso do instrumento na tutela das áreas de Reserva Legal, *ex vi* do art. 41, I, h, Lei n. 12.651/2012 (BRASIL, 2012a). Além disso, na mesma esteira cognitiva, vale ressaltar outros exemplos exaltados pela mais abalizada doutrina:

Por meio da edição do Decreto 45.113/2009, o Estado de Minas Gerais criou o Programa Bolsa-Verde, em que o Poder Público estadual paga um incentivo financeiro aos proprietários que prestam serviços ambientais, consistente em uma bolsa que variará entre R\$ 110,00 e R\$ 300,00 por hectare preservado de reserva legal ou área de preservação permanente, sendo um emblemático caso de incidência do Princípio do Protetor-Recebedor.

Outro excelente exemplo de aplicabilidade do Princípio do Protetor-Recebedor vem do Estado do Amazonas, com a criação do Programa Bolsa Floresta, pela Lei Estadual 3.135/2007, que instituiu a Política Estadual sobre Mudanças dos Climas. Conforme noticiado pelo sítio da associação O Direito por um Planeta Verde, 'é o primeiro programa brasileiro de remuneração pela prestação de serviços ambientais feito diretamente para as comunidades que residem nas florestas. O objetivo é prover uma alternativa econômica ao desmatamento, de modo a reduzir as emissões de gases de efeito estufa. O Bolsa Floresta transfere recursos diretamente para famílias residentes em algumas UC estaduais no Amazonas, faz pagamentos para associações comunitárias presentes nessas unidades e promove capacitação para atividades econômicas sustentáveis, como o extrativismo vegetal manejado e o artesanato. Em troca, essas famílias firmam o compromisso de não desmatar além da área que já desmataram, ressalvadas algumas exceções, o que é acompanhado por monitoramento via satélite'. (AMADO, 2016, p. 81).

Já no que cinge à Cota de Reserva Ambiental, mediante a comprovação no CAR de áreas além das exigíveis legalmente (APP e RL), pode ser instituída a retrocitada Cota de Reserva Ambiental – CRA, na forma de título nominativo ou representativo de área com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação. A emissão do CRA será feita por solicitação do proprietário, após inclusão do imóvel no CAR e laudo comprobatório do órgão ambiental.

Essas áreas são condicionadas aos mesmos usos permitidos para a Reserva Legal, e podem ser instituídas voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais exigidos pela legislação. O órgão ambiental, considerando a situação da área, poderá aprová-la para emitir a CRA correspondente. Cada CRA corresponderá a 1 (um) hectare com vegetação nativa, existente ou em processo de recuperação. Sobre a CRA, coteja-se dos ensinamentos de Lucas de Souza Lehfeld, Nathan Castelo Branco de Carvalho e Leonardo Isper Nassif Balbim:

O objetivo da CRA é servir como título que poderá ser negociado no mercado, para atender a compensações exigidas em lei. O raciocínio é simples: aquele que, não sendo obrigado por lei, optar por um benefício ao meio ambiente, recebe um título que lhe reconhece um "crédito ambiental"; por outro lado, o proprietário ou possuidor rural, ou mesmo o empreendedor, quando incorrem em algum "débito ambiental", por exemplo por não atenderem ao mínimo exigido de área de Reserva Legal em seus imóveis, adquirem o título daquele

para compensarem o prejuízo causado.

A cota permite com que a compensação a que se obriga o proprietário de determinada gleba de terra seja realizada pela aquisição de título obtido por medidas ambientais tomadas em outra área particular, de terceiro, que o disponibilizou em mercado negociável. (LEHFELD, 2013, p. 259).

A partir da publicação da Lei n. 12.651/2012 (BRASIL, 2012a), torna-se obrigatória a suspensão das atividades em Reserva Legal desmatada irregularmente após 22 de julho de 2008, e sua recomposição deverá ser iniciada em até dois anos, conforme previsto no Programa de Regularização Ambiental (PRA), a ser firmado junto ao órgão ambiental (art. 17, §4º).

A Lei n. 12.651/2012 (BRASIL, 2012a), entretanto, previu a possibilidade de compensar essas áreas, mediante aquisição de Cota de Reserva Ambiental (CRA) de outra propriedade (art. 66, §5º, I).

O CRA é emitido após o Cadastro Ambiental Rural (CAR) da propriedade e calculado em função das áreas conservadas além das exigências legais. Cabe ao órgão ambiental emitir o CRA, que deverá ser registrado em bolsas de mercadorias em âmbito nacional ou em um sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central (SILVEIRA; MÚNIZ, 2014, p. 19).

Esse título (CRA) poderá ser transferido, onerosa ou gratuitamente, mediante termo assinado pelo titular do CRA e pelo adquirente, uma única vez e utilizada para compensação de RL de imóvel no mesmo bioma, e deverá ser averbada na propriedade de origem e na propriedade adquirente. Cabe ao proprietário do imóvel em que se situa a área vinculada à CRA a manutenção das condições de conservação da vegetação nativa da área que deu origem ao título (SILVEIRA; MÚNIZ, 2014, p. 19).

Assim, um sistema de PSA de compensação de RL ocorre quando um produtor se beneficia de um serviço ambiental gerado por uma área de outro produtor e realiza pagamento para esse produtor manter a área em questão.

O beneficiário faz um pagamento pelo serviço demandado, visando não recompor a RL na sua área de produção. O provedor mantém áreas passíveis de atender outras propriedades, fazendo jus a um pagamento por manter essa área além das exigências legais, o que se constitui em uma fonte de renda como forma de ressarcir os custos da manutenção e pelo não uso econômico dessa área (SILVEIRA; MÚNIZ, 2014, p. 20).

Nada obstante tenha se discorrido sobre a CRA como instrumento corolário do postulado do Protetor-Recebedor, é imperioso destacar que sobre os artigos 44 e 48, §2º, Lei n. 12.51/2012, tramitam Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Partido Socialismo e Liberdade. Em face do art. 44, a ADI n. 4.937 sustenta violação ao art. 225, *caput*, e §1º, I e III, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988), porquanto a CRA levaria a um grande desmatamento em áreas de maior valor econômico, sendo possível sua compensação por títulos representativos de áreas de menor valor econômico, provocando uma especulação imobiliária e, sobretudo, atentando contra a produção sustentável por possibilitar o desmatamento de vastas áreas em um só Estado, com a compensação em outro. Tocante ao §2º do art. 48 da Lei n. 12.651/2012, a ADI n. 4.901 e a ADI n. 4.937 argumentam que a compensação de reserva legal desrespeitada por área já protegida provoca uma diminuição do bem ambiental tutelado, atentando contra o art. 225 da CRFB/1988. Ainda, as Ações sustentam que a exigência de que a compensação ocorra dentro do mesmo bioma é insuficiente, tendo em vista que biomas são dotados de destacada heterogeneidade, devendo a compensação, se for o caso, ocorrer dentro de áreas com a mesma identidade ecológica (LEHFELD, 2013, p. 268).

Ad argumentandum, e de outro vértice, o Diploma Florestal (Lei n. 12.651/2012a) estabeleceu restrições aos proprietários que não promoveram a inscrição da Reserva Legal no Cadastro Ambiental Rural, tais como a prática da aquicultura em Áreas de Preservação Permanente com até 15 (quinze) módulos fiscais (art. 4º, §6º, IV), a supressão de áreas de florestas ou de vegetação nativa (art. 12, §3º), o cômputo de Área de Preservação Permanente no cálculo do percentual de Reserva Legal do imóvel (art. 15, III) a supressão de vegetação nativa para uso alternativo do solo (art. 26), a adesão ao Programa de Regularização Ambiental (art. 59, §2º) (LEHFELD, 2013, p. 197).

Em tempo, cabe destacar que a Lei Florestal em vigência (Lei n. 12.651/2012) estabelece, em seu art. 78-A, que “após 31 de dezembro de 2017, as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no CAR.” (BRASIL, 2012a).

Já no que cinge à extrafiscalidade ambiental, é importante tecer algumas considerações preliminares, a fim de bem compreender a incidência do instru-

mento na materialização do Princípio do Protetor-Recebedor na tutela das áreas compreendidas pela Reserva Legal e, por sua vez, na eficiência real ao CAR.

Como é cediço, cabe ao Estado a intervenção na economia como agente regulador e normativo da atividade econômica, conforme redação dada pelos artigos 170, 173 e 174 da CRFB/1988, que preconiza, em escorço, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Demais disso, um dos objetivos fulcrais é a defesa do meio ambiente, conforme inciso IV do art. 170 da Constituição Federal de 1988. Para tanto, deverá a tributação ambiental instrumentalizar eficazmente a consecução do intento do legislador constituinte originário através da extrafiscalidade ambiental, mediante a concessão de *v.g.* incentivos, isenções e volatilidade de alíquotas para moldar, em certa medida, o comportamento do contribuinte para que adote comportamentos ambientalmente desejáveis.

Dessarte, um tributo possui natureza extrafiscal quando objetiva fundamentalmente intervir em uma situação social ou econômica (ALEXANDRE, 2008, p. 86). Cita-se, a título de exemplo, o Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo instituído pelo art. 182, §4º, II, CRFB/1988 (BRASIL, 1988), regulamentado pelo art. 7º da Lei n. 10.257/2001 (BRASIL, 2001), cuja finalidade é garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana mediante adimplemento às exigências e ordenações cotejadas pelo respectivo Plano Diretor.

No caso que bem se amolda à proposta de trabalho ora em desenvolvimento, a extrafiscalidade ambiental pode ser visualizada pela isenção do Imposto Territorial Rural para as propriedades que possuam a Reserva Legal regularmente declarada e protegida. Para tanto, recorta-se o art. 10, §1º, II, 'a', Lei n. 9.393/1996:

Art. 10. A apuração e o pagamento do ITR serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.
§ 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á:
[...];
II - área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas:
a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012; (BRASIL, 1996).

Conforme se depreende do dispositivo legal acima colacionado, a extrafiscalidade ambiental para as áreas de Reserva Legal pode implementar-se via isenção fiscal do ITR. Porém, é importante destacar que a jurisprudência consolidada do conspícuo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indispensável para tanto a averbação da Reserva Legal no Cartório de Registro de Imóveis competente, nos moldes do que estatui o art. 167, II, 22, Lei n. 6.015/1973. A fim de demonstrar o exposto, colhe-se excerto do acervo do STJ (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.450.992/SC.):

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ITR. RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE. ATO CONSTITUTIVO. MULTIFÁRIOS PRECEDENTES DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A isenção de ITR, garantida às áreas de reserva legal, depende, para sua eficácia, do ato de averbação na matrícula do imóvel, no Registro Imobiliário competente, porquanto tal formalidade revela natureza constitutiva, e não apenas declaratória.

II. De fato, “nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, ‘é imprescindível a averbação da área de reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, para que o contribuinte obtenha a isenção do imposto territorial rural prevista no art. 10, inc. II, alínea ‘a’, da Lei n. 9.393/96’ (AgRg no REsp 1.366.179/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 20/03/2014)” (STJ, AgRg no AREsp 684.537/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2015).

III. Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 2016).

Nessa exegese, ainda que a extrafiscalidade ambiental via isenção do ITR em face das áreas de Reserva Legal não esteja diretamente atrelada ao CAR, faz-se importante destacar que a realização do ato notarial de averbação é gratuita em relação ao Cadastro Ambiental Rural:

Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

[...];

§ 4º - O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato. (BRASIL, 2012b).

Diante de todo o exposto, percebe-se que o CAR, como ato declaratório que é, não se presta isoladamente a tutelar de forma efetiva o meio ambiente natural presente nas áreas destinadas à RL no âmbito das propriedades rurais. É imperioso inferir que os instrumentos que são consectários do Princípio do Protetor-Recebedor e que estão à disposição sejam efetivamente utilizados, a fim de que o Cadastro Ambiental Rural seja, no mundo real, um mecanismo de proteção do bem difuso e de titularidade indeterminada que se busca preservar para as presentes e futuras gerações, em nítida homenagem a uma solidariedade intergeracional.

CONCLUSÃO

O mero crescimento econômico, calcado na mutilação do mundo natural e na imprevisão de suas funestas consequências, acabou por criar um antagonismo artificial e totalmente dispensável entre o legítimo desenvolvimento socioeconômico e a preservação da qualidade ambiental. Assim, a exploração desastrada do ecossistema terrestre, de um lado, e a ampliação da consciência ecológica e dos níveis de conhecimento científico, de outro lado, produziram mudanças de natureza técnica e comportamental que, embora ainda tímidas, vêm concorrendo para superar a falsa antinomia proteção do meio ambiente vs. crescimento econômico (MILARÉ, 2015, p. 65).

Na linha do estudo em voga, a economia agrícola foi, é e será importante variável econômica que sustentará positivamente balanços contábeis nacionais, que por sua vez estimularão investimentos em áreas diversas, inclusive, de modo que não se pode ignorar a necessidade de se investir nessa atividade.

Nada obstante a essa indissociável ilação, percebe-se que tal direcionamento estratégico não pode implementar-se a qualquer custo. É preciso que balizas normativas concretas delimitem o exercício do direito de trabalho da terra, a fim de estabelecer uma justiça intergeracional de acesso equitativo aos recursos concedidos pela natureza. A ideia de desenvolvimento sustentável precisa deixar o campo ideológico e os debates acadêmicos para tornar-se, de uma vez por todas, diretriz de administração e governo, pois conscientes que estamos do caráter esgotável e finito dos bens que advém do meio ambiente.

Nesse contexto é que as áreas de Reserva Legal necessitam efetivamente ser demarcadas e tuteladas, porquanto possibilitam que a gleba rural respecti-

va continue apresentando produtividade, bem assim mantém parcela do bioma que ali se fazia presente em sua integralidade, permitindo, em certa medida, a compatibilidade entre o desenvolvimento e o crescimento.

Os instrumentos criados pelo Legislador para fazer frente ao intento do Constituinte Originário parecem adimplir o escopo da equidade entre as gerações no tocante ao acesso ao meio ambiente *lato sensu* considerado. No caso em espeque, o CAR, abstratamente, é instrumento destinado à tutela do meio ambiente natural, haja vista ser obrigatório para a regularização ambiental das propriedades rurais.

Contudo, ainda que abstratamente o CAR traduza maior tutela do meio ambiente natural, iterativamente se denota que sua implementação tem se dado apenas formalmente, limitando-se à confecção do registro no sistema de dados correlato, sem conectar-se ao corpo vivo que o cadastro deveria proteger. Nesse contexto, infere-se que o CAR está desvencilhado da principiologia de Direito Ambiental, pois ao se limitar a identificar áreas destinadas à Reserva Legal, sem se preocupar com a realidade destes espaços e a forma como foram eleitos pelos respectivos proprietários, viabiliza uma “tutela” do meio ambiente que não se coaduna com os objetivos do legislador constituinte originário.

Nessa exegese, por ser um ato declaratório do proprietário ou possuidor rural, e face às dimensões continentais do Brasil, não se pode perder de vista a necessidade inexorável de se manejar, em conjunto com as informações prestadas pelo declarante, os instrumentos que efetivam a tutela do meio ambiente natural que a Reserva Legal protege, na atualidade, via Cadastro Ambiental Rural.

A riqueza do Brasil na época atual é marcada pela diversidade biológica presente nas suas matas, rios e florestas, patrimônio esse hoje relegado ao desprezo pela promessa imediatista de compensação pecuniária pelo uso indiscriminado do solo. Em que pese a riqueza gerada pela agricultura não possa ser desprezada, especialmente pela agricultura familiar desenvolvida em todos os rincões do país, tal não pode, sob os olhos da Lei, ser realizada ao alvedrio do Gestor Público e dos órgãos e entidades incumbidos da tarefa de fiscalizar e controlar.

Assim, não se pode postergar indefinidamente a atual situação das áreas de Reserva Legal mediante sucessivas prorrogações de prazo para sua finaliza-

ção. Cediço que a complexidade técnica de implementação definitiva do CAR é enorme, por isso, medidas paralelas devem ser adotadas, a fim de que o CAR não sirva de escudo para o devaneio de inescrupulosos em áreas que a Lei exige resguardo e respeito.

Para tanto, o Princípio do Protetor-Recebedor orienta o uso dos instrumentos já criados pela Legislação extravagante, a fim de que a atividade de amearhar informações relacionadas à Reserva Legal em um cadastro único não se oponha à ação preventiva de áreas especialmente protegidas.

O Pagamento por Serviços Ambientais, as Cotas de Reserva Ambiental e a extrafiscalidade ambiental via isenção de Imposto Territorial Rural são alguns exemplos que justificam o silogismo de que o CAR, sozinho, não tutela os fragmentos de biomas inseridos em propriedades ou posses rurais.

Economia e Meio ambiente estão inteiramente relacionados em uma simbiose indissociável. Assim, estimular atividades econômicas ambientalmente corretas, ou mesmo fomentar ações dirigidas à manutenção de áreas que comportam vegetação nativa, são atitudes positivas e estratégicas que nos definirão como o país que queremos ser.

REFERÊNCIAS

ACRE. **Lei n. 1.277**, de 13 de janeiro de 1999. Dispõe sobre concessão de subvenção econômica aos produtores de borracha natural bruta do Estado do Acre e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2014/09/Lei1277.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ACRE. **Lei n. 1.426**, de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a preservação e conservação das florestas do Estado, institui o Sistema Estadual de Áreas Naturais Protegidas, cria o Conselho Florestal Estadual e o Fundo Estadual de Florestas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2014/09/Lei1426.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Código Florestal Brasileiro. **Lei n. 4.771**, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Revogado pela Lei n. 12.652, de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Código Florestal Brasileiro. **Lei n. 12.651**, de 25 de maio de 2012a. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 7.830**, de 17 de outubro de 2012b. Dispõe sobre o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural, estabelece normas de caráter geral aos Programas de Regularização Ambiental, de que trata a Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7830.htm#art23>. Acesso em: 30 jan 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 140**, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da

competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140 >. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.504**, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm >. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Legislação da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm >. Acesso em: 30 jan 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.629**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm >. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.393**, de 19 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9393.htm >. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm >. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.295**, de 14 de junho de 2016. Altera a Lei n. 12.096, de 24 de novembro de 2009, a Lei n. 12.844, de 19 de julho de 2013, a Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, e a Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13295-14-junho-2016-783231-publicacaooriginal-150540-pl.html>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.257**, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Cadastro Ambiental Rural**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/cadastro-ambiental-rural>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio +20)**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Sistema Nacional Cadastro Ambiental Rural**. Disponível em: <http://www.car.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.450.992/SC**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=isencao+itr+reserva+legal&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>. Acesso em: 30 jan. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODECKE, Marcos Vinicius; HUPFFER, Haide Maria; CHAVES, Iara Regina. O futuro dos pagamentos por serviços ambientais no Brasil a partir do novo código florestal. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, v. 31, p. 31-42, ago. 2014. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/made/article/viewFile/34896/23038>. Acesso em: 30 jan. 2018.

LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco; BALBIM, Leonardo Isper Nassif. **Código florestal**: comentado e anotado artigo por artigo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Coord.). **Novo código florestal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PETERS, Edson Luiz; PANASOLO, Alessandro. **Cadastro ambiental rural – CAR & Programa de Regularização Ambiental – PRA**: atualizada de acordo com o decreto n. 8.235/14 e instrução normativa 02/MMA/2014. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. Ebook. Disponível em: https://www.jurua.com.br/cliente_dig.asp . Acesso em: 30 jan 2018.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei n. 15.133**, de 19 de janeiro de 2010. Institui a Política Estadual de Serviços Ambientais e regulamenta o Programa Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais no Estado de Santa Catarina, instituído pela Lei n. 14.675, de 2009, e estabelece outras providências. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/PesquisaDocumentos.asp>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SANTA CATARINA. **Decreto n. 2.219**, de 3 de junho de 2014. Regulamenta o Capítulo IV-B do Título IV da Lei n. 14.675, de 13 de abril de 2009, com a redação dada pela Lei n. 16.342, de 21 de janeiro de 2014, que dispõe sobre o Cadastro Ambiental Rural (CAR). Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php/legislacao-estadual-pge>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SÃO BENTO DO SUL (Município). **Lei n. 2.677**, de 24 de novembro de 2010. Institui a Política Municipal dos Serviços Ambientais, o Programa Municipal de Pagamento por Serviços Ambientais, estabelece formas de Controle e Financiamento desse Programa, e dá outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/s/sao-bento-do-sul/lei-ordinaria/2010/267/2677/lei-ordinaria-n-2677-2010-institui-a-politica-municipal-dos-servicos-ambientais-o-programa-municipal-de-pagamento-por-servicos-ambientais-estabelece-formas-de-controle-e-financiamento-desse-programa-e-da-outras-providencias-2010-11-24.html>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SÃO BENTO DO SUL. **Decreto n. 634**, de 22 de março de 2011. Regulamenta a Lei n. 2.677, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/s/sao-bento-do-sul/decreto/2011/64/634/decreto-n-634-2011-regulamenta-a-lei-n-2677-de-24-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SILVEIRA, Gilberto Borges; MÚNIZ, Sérgio Tadeu Gonçalves. Pagamento por serviços ambientais: o caso da compensação da reserva legal. **Revista de estudos ambientais (Online)**, Blumenau, v. 16, n. 1, p. 16-26, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/rea/article/view/4230>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

TUTELA COLETIVA PROCESSUAL DO MEIO AMBIENTE E A TEORIA DO FATO CONSUMADO EM LIDES AMBIENTAIS

PROCEDURAL COLLECTIVE GUARDANSHIP OF THE ENVIRONMENT
AND THE THEORY OF CONSUMED FACT ON ENVIRONMENTAL
DEALS

Gabriela Lima Fontenelle Camara

*Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC)
Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 5ª Região
(Seção Judiciária do Estado do Ceará)*

RESUMO: No presente artigo, objetiva-se investigar a produção legislativa brasileira no que se refere aos temas que envolvem o meio ambiente e à tutela coletiva processual dos direitos difusos. Pretende-se ainda analisar o avanço da teoria do fato consumado para os domínios do Direito Ambiental, bem como avaliar a possibilidade de compatibilização do direito ao meio ambiente com o direito à moradia em áreas ambientalmente protegidas. Para tanto, utilizou-se a análise bibliográfica de obras relativas ao assunto e a pesquisa documental na modalidade jurisprudencial, a fim de se verificar o posicionamento dos Tribunais pátrios quanto ao tema. Constatou-se que houve um avanço legislativo nos últimos anos quanto à tutela coletiva ambiental e que o Ministério Público e o Poder Judiciário possuem significativa importância para a efetivação dos direitos previstos na legislação. Concluiu-se que a omissão do Poder Público propicia o aumento de ocupações irregulares em áreas públicas protegidas, o que resulta em demandas complexas, nas quais devem ser utilizadas alternativas afetas ao sistema de tutela coletiva, que possibilitem a participação dos entes públicos e da comunidade no processo e auxiliem na construção de uma solução que proteja o meio ambiente e atenda aos anseios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela coletiva. Meio ambiente. Teoria do Fato Consumado.

ABSTRACT: This article aims to investigate the Brazilian legislative production regarding the issues involving the environment and the procedural collective guardianship of diffuse rights. It is also intended to analyze the advancement of the theory of fact accompli in the domains of Environmental Law, as well as to evaluate the possibility of reconciling the right to the environment with the right to housing in environmentally protected areas.. For this, we used the bibliographical analysis of works related to the subject and the documentary research in the jurisprudential modality, in order to verify the position of the national Court regarding the theme. It has been noted that there has been a legislative advance in recent years regarding environmental collective guardianship and that the Public Prosecution Service and the Judiciary have significant importance for the realization of the rights provided for in the legislation. It is concluded that the omission of the Government propitiates the increase of irregular occupations in protected public areas, which results in complex demands, in which alternatives to the collective guardianship system should be used, allowing the participation of public entities and the community in the process and assist in the construction of a solution that protects the environment and meets the social aspirations.

KEYWORDS: Collective guardianship. Environment. Consumed Fact Theory.

Enviado em: 02-09-2019

Aceito em: 08-11-2019

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, no presente artigo, analisar a evolução legislativa brasileira no que se refere aos temas que envolvem questões ambientais e sua respectiva tutela processual, notadamente por meio da Ação Civil Pública e dos demais instrumentos previstos no âmbito do microsistema da tutela coletiva no Brasil.

Busca-se, ainda, analisar o avanço da teoria do fato consumado para os domínios do Direito Ambiental e perquirir a possibilidade de se compatibilizar o dever de preservação do meio ambiente com o direito à moradia decorrente de construções efetivadas em áreas ambientalmente protegidas.

Objetiva-se, ademais, propor alternativas processuais a serem adotadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário em litígios que abrangem essas temáticas, pois são processos de alta complexidade e que demandam o empenho de todos os entes políticos responsáveis pela construção das políticas públicas a serem efetivadas.

A pesquisa foi orientada pela análise bibliográfica de obras relativas ao estudo dos direitos fundamentais, especialmente do direito ao meio ambiente e do direito à moradia, por meio da leitura de livros, artigos, teses, dissertações e publicações periódicas atinentes ao tema. Conferiu-se, ainda, especial atenção à pesquisa documental na modalidade jurisprudencial, a fim de propiciar uma análise das decisões do Tribunais brasileiros quanto ao reconhecimento do fato consumado em matéria ambiental.

2 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DIFUSO E SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na sociedade moderna, diante da crescente escassez de diversos recursos naturais, decorrente de seu uso irresponsável ao longo dos anos, as questões relacionadas ao meio ambiente se tornaram objeto de atenção e preocupação por parte do Poder Público e da sociedade e se destacam como um importante tema de estudo e debate.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental essencial à vida em sociedade, classificando-se como direito de terceira dimensão. No contexto das dimensões dos direitos fundamentais, mostra-se relevante ressaltar o momento histórico em que se encontra inserida a proteção

aos referidos direitos. Eles emergiram depois da Segunda Guerra Mundial e, ao reverso dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão, são direitos titularizados por indivíduos indeterminados.

Tratam-se, portanto, de direitos transindividuais, conforme assinala Marmelstein (2009, p. 52):

Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

É de se destacar que o direito fundamental ao meio ambiente se encontra presente na maioria das Constituições dos Estados democráticos. A Declaração de Estocolmo, aprovada na Conferência de 1972 da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Meio Ambiente Humano, funcionou como referencial para a comunidade internacional, orientando a produção de normas e convenções sobre a temática.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu um capítulo destinado ao Meio Ambiente (Capítulo VI), fazendo constar em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dentre os princípios estruturantes do Direito Ambiental, destaca-se o princípio da função socioambiental da propriedade, cuja previsão está contida no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição de 1988, o qual dispõe que a propriedade deverá atender a sua função social. Cavalcante e Mendes (2008, p. 06) destacam que:

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a responsável pelo rompimento de paradigmas autoritários e individualistas então predominantes no país, o que se desprende pela implantação do Estado Democrático de Direito e, juntamente com ele, a consagração de valores de respeito à dignidade humana e à solidariedade. Sob essa perspectiva, em seu artigo 225, caput, reconheceu o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todo o povo brasileiro.

Constata-se, pois, que o constituinte se preocupou em tratar o direito de propriedade como um direito da sociedade e não como um direito puramente do proprietário. Vale ainda ressaltar que, no texto constitucional, a proteção ao meio ambiente é demonstrada tanto em relação à propriedade urbana quanto à propriedade rural, segundo as disposições dos artigos 182 e 186, respectivamente.

Leciona Rocha (2010, p. 119) que: “Hodiernamente, a propriedade moderna deve atender a sua função social, isto é, o exercício do direito de propriedade deve ser direcionado para o bem comum, sempre, qualquer que seja a propriedade”. No âmbito da legislação infraconstitucional, ao longo das últimas décadas, observou-se a edição de diversas leis protetivas do meio ambiente.

Nesse contexto, releva destacar a previsão do artigo 1228, §1º, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Especificamente em relação a legislação infraconstitucional ambiental, importa ressaltar a Lei 12.651/2012, o Novo Código Florestal, que traz disposições voltadas ao uso sustentável das florestas e das demais formas de vegetação nativa, e visa estabelecer conceitos, princípios e procedimentos que devem ser observados tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares.

Cada vez mais, como pode ser observado, as legislações produzidas objetivam não apenas limitar o direito de propriedade com restrições tradicionais, mas também impor ao proprietário comportamentos positivos, a fim de que a sua propriedade contribua efetivamente à preservação do meio ambiente. Resta evidenciada, pois, a preocupação do legislador em conscientizar o proprietário a exercer seu direito de propriedade visando a conservação do meio ambiente para atender o bem comum e a preservar o acervo ecológico para as gerações futuras.

3 JURISDIÇÃO CIVIL COLETIVA DO MEIO AMBIENTE: NOVOS PARÂMETROS LEGAIS

Conforme visto, a partir da percepção da crescente escassez de recursos naturais e o acontecimento de graves acidentes ambientais, a temática ecológi-

ca foi trazida para o centro do debate político e jurídico, impondo aos países a tomada de medidas destinadas à proteção ambiental e a edição de leis voltadas à imposição de penalidades às pessoas físicas e jurídicas responsáveis pelos danos ao meio ambiente.

No Brasil, observa-se que o processo civil, desde as suas origens, era voltado de forma prevalente à tutela dos direitos individuais. Tendo em vista a gradativa preocupação com a tutela dos interesses transindividuais, o sistema processual tradicional tornou-se insuficiente para a devida solução das controvérsias. Consoante destaca Viana (2006, p. 129):

Esse processo de “formatação” assim tão individualista começou a mostrar-se inapto a oferecer soluções eficientes para determinados tipos de conflitos que começaram a emergir na sociedade moderna, conflitos de âmbito meta-individual. Novos “direitos”, gradativamente, foram sendo reconhecidos pela ordem jurídica e, de consequência, novas categorias de conflito surgiram, extrapolando esferas meramente individuais, esperando por solução justa e adequada, exigindo, pois, um processo apto a tudo isto.

Dessa forma, gradualmente, foram editadas leis que passaram a tratar das demandas coletivas, destacando-se como a primeira delas a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que previu em seu artigo 1º que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

Após, foi editada a lei da Ação Civil Pública (Lei 7.437/1985), que trouxe disposições voltadas à proteção dos interesses difusos e coletivos, dentre eles o meio-ambiente, sendo considerada o marco do processo coletivo brasileiro, por ter ampliado o rol dos legitimados ativos e trazido outros dispositivos que evidenciam a efetiva preocupação do Poder Público com as novas demandas enfrentadas pela sociedade moderna.

Posteriormente, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que buscou definir os direitos abrangidos pela tutela coletiva (artigo 81), dispôs sobre o emprego da tutela específica (artigo 84) e a coisa julgada nas ações coletivas (artigo 103), complementando o microsistema processual da tutela coletiva. Sobre a temática, destaca Viana (2006, p. 133) que:

Verificamos, ao final, no combinar de diversos textos normativos, a existência de um sistema integrado voltado à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. No centro desse siste-

ma, como vetores de princípios básicos, encontram-se o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que se complementam e integram recíproca e integralmente.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 recepcionou as referidas leis, trazendo expressa disposição acerca da Ação Popular, em seu artigo 5º, LXXIII, ao prever que o cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A Ação Civil Pública, por seu turno, encontra-se positivada no artigo 129, inciso III, o qual estabelece tratar-se de função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

4 LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES ESTATAIS POR DANOS CAUSADOS AO MEIO-AMBIENTE

Consoante exposto, a Ação Civil Pública é o instrumento processual posto à disposição do Ministério Público e de outros legitimados para levar à apreciação do Poder Judiciário demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional e pela legislação infraconstitucional. A lei 7.437/1985, que entrou em vigor vinte anos após a lei que regulou a Ação Popular, ampliou o rol de legitimados ativos para a propositura da ação voltada à tutela de direitos difusos.

Assim, o artigo 5º dispõe que têm legitimidade para propor a Ação Civil Pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e a outros direitos coletivos estabelecidos.

Quanto às associações, deve-se destacar que a própria legislação prevê que o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano,

ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Importa ainda ressaltar o requisito conhecido por pertinência temática. Como destaca Thomé (2013, p. 635):

O legitimado ativo deve demonstrar que no caso concreto representa adequadamente os interessados na proteção de determinado direito transindividual, ou seja, só poderá atuar nos estritos limites de suas finalidades institucionais, sob pena de caracterização de ilegitimidade ativa.

No que diz respeito à atuação dos legitimados, observa-se que eles podem atuar tanto de forma autônoma, pois não dependem da autorização de outro colegitimado para propor a ação, quanto em litisconsórcio, o qual pode ser formado inclusive pelos Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados. Ressalte-se também que, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa, demonstrando a preocupação do legislador com a devida continuidade da ação, haja vista a relevância dos temas nela discutidos.

Nesse mesmo sentido, considerando a importância de dar andamento à demanda já ajuizada, destaca-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que a ilegitimidade ativa ou a irregularidade da representação processual não deve implicar a extinção do processo coletivo, competindo ao magistrado abrir oportunidade para o ingresso de outro colegitimado no pólo ativo da demanda (REsp 1388792/SE, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 06/05/2014).

Quanto à legitimidade passiva, embora não haja previsão expressa, a doutrina aponta que poderá compor o pólo passivo qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que seja direta ou indiretamente responsável pelo dano ao meio-ambiente, de acordo com o conceito de poluidor previsto no art. 3º, IV, da lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio-Ambiente).

Portanto, observa-se que se trata de um conceito amplo e que pretende garantir uma busca efetiva pelos reais causadores dos prejuízos ambientais. Impende ressaltar, nesse contexto, entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os responsáveis pela degradação ambiental são coobrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas, litisconsórcio facultativo (AgRg no AREsp 432409/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 25/02/2014).

Relativamente à responsabilidade dos entes estatais por danos causados ao meio-ambiente, tem-se que o Poder Público poderá figurar no pólo passivo de qualquer demanda destinada à reparação do meio-ambiente, uma vez que se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, o será ao menos de forma solidária quando se constatar omissão no dever de fiscalizar e impedir que os danos aconteçam.

Portanto, observa-se que a responsabilidade estatal pode decorrer tanto de ato comissivo, quanto de ato omissivo. A respeito da omissão do Estado no cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu reiteradas vezes no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do Estado nos casos em que a omissão for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado.

É relevante ponderar, todavia, que a responsabilidade por omissão se trata de uma responsabilidade solidária na modalidade subsidiária, uma vez que o Estado só deve reparar o prejuízo nos casos em que o causador imediato do dano não efetive a reparação. De toda forma, trata-se de uma evolução doutrinária e jurisprudencial que fortalece a proteção ao meio ambiente, já que enfatiza o dever de atenção e fiscalização por parte do Poder Público (MATIAS; MATIAS FILHO, 2017, p. 26).

Outro aspecto importante quanto à responsabilidade civil é a possibilidade de condenação do réu à obrigação de fazer ou de não fazer cumulada com a obrigação de indenizar, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 629). Interpretou-se que a conjunção contida no artigo 3º da Lei 7.347/1985 - o qual dispõe que a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - tem um sentido de adição, não representando uma alternativa excludente.

5 A OMISSÃO DO ESTADO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM LIDES AMBIENTAIS

Tratou-se anteriormente sobre a omissão do Estado no cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar e da responsabilidade decorrente da ausência de fiscalização. Nesse contexto, ganha destaque a teoria do fato consumado em matéria ambiental, que passou a ser utilizada nesta seara para justificar a consolidação de construções e ocupações em áreas ambientalmente protegidas, em

decorrência da omissão e morosidade do Estado, sobretudo quanto à ausência de fiscalização nessas áreas.

Gradativamente demandas dessa natureza chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, que começou a se pronunciar contra a utilização do fato consumado em matéria ambiental. Passou-se a ponderar que, nessa seara, o futuro deve compor a racionalidade decisória porque indivíduos que ainda não nasceram também são sujeitos de direito e fazem parte da relação jurídica ambiental e intergeracional.

Observa-se que a preocupação com as gerações futuras é inclusive um dos argumentos utilizados pelo STJ para afastar a prescrição nos casos que envolvem danos ao meio ambiente. Nesse sentido, pondera o Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial (REsp) 948921/SP, que: “O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome” (BRASIL, 2007).

Nessa toada, após diversas decisões sobre a temática, o STJ consolidou a sua posição por meio da Súmula 613, ratificando que: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”. Referida Súmula foi publicada na data de 09 de maio de 2018 e demonstra a uniformidade de entendimento do Tribunal em relação ao assunto.

Por outro lado, também no ano de 2018, o STF concluiu o julgamento a respeito da constitucionalidade do Código Florestal (Lei 12.651/2012), por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902, 4903 e 4937, e, embora não tenha sido mencionada de forma expressa a teoria do fato consumado, entende-se que a Corte Suprema, ao decidir pela constitucionalidade dos artigos 61-A a 68, aplicou-a nesse caso concreto.

Mencionados dispositivos legais autorizam e disciplinam as hipóteses em que situações consolidadas pelo tempo podem excepcionar a proteção ambiental, sendo oportuno citar, a título ilustrativo, a continuidade de atividades agrosilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais, as ocupações ao longo de cursos d’água naturais, no entorno de nascentes e olhos d’água perenes. Segundo a dispõe a lei, aqueles que aderirem ao Programa de Regularização Ambiental não ficam sujeitos a sanções referentes a infrações cometidas antes de 22 de junho de 2008.

O entendimento da Corte foi de que a regra prevista na norma teria a finalidade de incentivar a recuperação de áreas degradadas, uma vez que os proprietários continuariam sujeitos à punição em caso de descumprimento dos ajustes firmados nos termos de compromisso. Entretanto, acredita-se que esse julgamento do Supremo significou verdadeiro retrocesso em matéria ambiental, pois se entendeu que a tutela do desenvolvimento econômico teria prevalência à preservação do meio ambiente, na medida em que se considerou que a proteção dos recursos naturais para as gerações futuras não poderia ser fator impeditivo para a adoção de medidas que visem acelerar o crescimento do país.

6 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NOS CASOS QUE ENVOLVEM O DIREITO À MORADIA EM ÁREAS AMBIENTALMENTE PROTEGIDAS

Dentre os temas mais recorrentes em Ações Civis Públicas, encontra-se a discussão que envolve ocupações irregulares em áreas ambientalmente protegidas e o direito à moradia das populações que se encontram nesses locais. O direito à moradia está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 no rol dos direitos sociais, sendo considerado uma necessidade vital básica (artigo 7º). Trata-se de um direito fundamental de segunda dimensão, que são aqueles que exigem uma postura mais ativa do Estado, o qual deve buscar efetivá-los em prol da sociedade. São chamados, por essa razão, de direitos de prestação.

Melo (2010, p. 22), em obra que trata do direito à moradia no Brasil, destaca que referido direito deve ser reconhecido pela sociedade e pelo Estado como um direito que está diretamente relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Pondera que: “a ausência de políticas públicas para habitação aumentou a procura da população pobre e desprovida de recursos materiais pelo acesso à habitação, sem a capacidade de atender ao exigido pelo mercado imobiliário”.

Observa-se que a propriedade está no centro do debate sobre o acesso à moradia. A condição econômica leva milhares de pessoas a viverem em habitações precárias por não conseguirem se adequar aos valores do mercado de imóveis e, diante dessa situação e da omissão do Poder Público, surgem loteamentos irregulares em áreas ambientalmente frágeis.

Nesses casos, portanto, verifica-se a existência de tensão entre dois direitos fundamentais: o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia.

Matias (2013, p. 87) destaca, relativamente a essa espécie de conflitos, que: “A questão é complexa, sendo que devem ser ponderados os interesses em disputa, a fim de seja eleito o resultado de melhor impacto para toda a sociedade”.

Observa-se que, dentre os critérios utilizados com frequência como meio para a resolução das demandas que envolvem essa controvérsia, estão o sopeamento dos valores envolvidos no caso sob análise e o princípio da proporcionalidade, este considerado instrumento essencial para aferição da legitimidade de leis e atos que restringem direitos fundamentais.

A colisão de direitos fundamentais decorre essencialmente de sua natureza principiológica, e, como assinala Marmelstein (2018, p. 376), considerá-los como princípios significa aceitar que não há direitos de caráter absoluto, haja vista a possibilidade de restrições recíprocas. Portanto, a partir da “dimensão do peso ou importância” que possuem os princípios, deve ser avaliada a situação posta na demanda, a fim de que se decida a força relativa de cada direito no caso concreto analisado (DWORKIN, 2002, p. 42).

6.1 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS QUANTO À TEMÁTICA

Conforme salientado na Introdução do presente trabalho, conferiu-se especial atenção à pesquisa documental na modalidade jurisprudencial, a fim de propiciar uma análise das decisões dos Tribunais brasileiros quanto ao reconhecimento do fato consumado em matéria ambiental, notadamente em relação às demandas que envolvem situações de moradias em áreas de preservação. Nesse artigo, serão mencionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Federais, pretendendo-se ampliar o estudo para abranger as decisões dos Tribunais Estaduais em momento oportuno.

No âmbito do Superior de Tribunal de Justiça, é possível observar a prevalência do entendimento pela não aplicabilidade do fato consumado, até mesmo em situações de construção irregular que tenha sido realizada após prévia autorização dos órgãos competentes (AgInt nos EDcl no AREsp 359.140/MS, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 07/12/2017) (BRASIL, 2017).

No referido julgado, ponderou-se que a concessão de licenciamento ambiental, por si só, não afastaria a responsabilidade pela reparação do dano cau-

sado ao meio ambiente, mormente quando reconhecida a ilegalidade do aludido ato administrativo. Especificamente em relação a situações envolvendo residências familiares situadas em áreas de proteção ambiental, o STJ possui diversos precedentes no sentido de negar a aplicação da teoria do fato consumado, a exemplo do caso a seguir exposto:

Não prospera também a alegação de aplicação da teoria do fato consumado, em razão de os moradores já ocuparem a área, com tolerância do Estado por anos, uma vez que tratando-se de construção irregular em Área de Proteção Ambiental-APA, a situação não se consolida no tempo. Isso porque, a aceitação da teoria equivaleria a perpetuar o suposto direito de poluir, de degradar, indo de encontro ao postulado do meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à qualidade sadia de vida. (...) (AgRg no RMS 28.220/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/04/2017).

Em lides que envolvem a garantia do direito à moradia digna e a proteção ao meio ambiente evidenciam-se, de forma simultânea e inseparável, os direitos individuais homogêneos dos moradores e, de outro lado, os interesses de índole difusa, que pertencem à coletividade. Desta feita, consoante ressalta o Ministro Herman Benjamin (REsp 1013153/RS), além da proteção dos interesses individuais homogêneos dos habitantes da ocupação irregular, a retirada das casas construídas em lugares considerados ambientalmente impróprios, insalubres ou inseguros, representa benefício de natureza difusa, que visa favorecer toda a sociedade, haja vista os riscos causados pela invasão à segurança e ao bem-estar da coletividade.

Outra importante decisão proferida abrangendo essa temática consta do REsp 403190/SP, julgado em 27 de junho de 2006, cujo Relator foi o Ministro João Otávio de Noronha. O caso tratava de um loteamento irregular construído às margens do Reservatório Billings, que serve de água grande parte da cidade de São Paulo. Foi constatado que as construções existentes provocavam assoreamentos e contribuíam sobremaneira para a destruição da Mata Atlântica (BRASIL, 2006).

Nessa decisão, ponderou-se que, no conflito entre o interesse público e o particular, aquele deveria prevalecer em detrimento deste quando não fosse possível a conciliação de ambos, uma vez que a preservação ambiental, a médio e longo prazo, beneficia um número maior de pessoas do que as residentes na área de preservação.

Em relação à jurisprudência das Cortes Federais, é possível observar que ainda existe oscilação quanto à acolhida ou não do fato consumado em matéria ambiental. É importante mencionar, contudo, que o repositório pesquisado (Jurisprudência Unificada do Conselho de Justiça Federal) não é exaustivo e a presente pesquisa possui o objetivo de apresentar tendências da magistratura federal relativas ao assunto pesquisado, sem pretensão de exaurir o tema, conforme já referido anteriormente.

Na Corte Federal da Segunda Região, destaca-se o julgamento proferido no Agravo de Instrumento 015.00.00.001144-2, em 22 de abril de 2015, que deu guarida ao direito de moradia ao estabelecer que a demolição da edificação construída em área de proteção ambiental acarretaria danos ao proprietário de maior monta do que aqueles decorrentes da manutenção da construção. (BRASIL, 2015).

No ponto, Marchesan (2019, p. 349) critica a perspectiva econômica ainda utilizada como fundamento em alguns julgados, que a consideram mais importante que os danos causados aos sistemas ecológicos, destacando que essas decisões “simplesmente se prendem aos custos excessivos para reverter a situação ou aos benefícios econômicos advindos da situação danosa”, omitindo-se quanto à ilicitude da conduta.

Por outro lado, entendendo pela prevalência imediata do direito ao meio ambiente sobre o direito à moradia, menciona-se a Apelação Cível 2005.34.00.001075-4/DF, oriunda do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e julgada em 06 de agosto de 2014, na qual se decidiu que a moradia em área pública protegida, sem o consentimento da Administração, “não é direito de quem quer que seja e muito menos superior ao direito, de toda sociedade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (BRASIL, 2014).

Nesse mesmo sentido, no Tribunal Regional Federal da Terceira Região (Apelação Cível n. 2113260/SP), em julgado publicado em fevereiro de 2016, a Relatora Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo entendeu que o direito à propriedade e à moradia não poderiam prevalecer no confronto com a questão ambiental, diante da evidente ilegitimidade da ocupação efetivada em área pública. (BRASIL, 2016).

Salientam Milaré e Machado (2011, p. 379), sobre o papel do Poder Judiciário na resolução de conflitos em matéria ambiental, que:

No exercício de sua sagrada missão, o juiz não é mero aplicador do texto frio da lei, mas o protagonista da Justiça de quem se exige o mais elevado espírito público e requintada sensibilidade para perceber as mutações da sociedade contemporânea, principalmente numa questão que tão de perto diz com a qualidade de vida e o interesse das presentes e futuras gerações. Sem essa altaneira, de pouco ou nada serve o instrumental jurídico posto a serviço da comunidade.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, na Apelação Cível 200082000094417, julgada em 29/05/2012, em caso que tratou de imóveis irregulares localizados em área de preservação permanente, ponderou-se, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, que não se mostrava razoável a demolição imediata de todos os imóveis irregulares, haja vista que esta medida representaria inegável impacto social decorrente do desalojamento de diversas famílias (BRASIL, 2012b).

Nesse sentido, decidiu-se pela manutenção da sentença que determinou a apresentação de um planejamento prévio para a reinstalação dos imóveis e de seus moradores, após a realização dos estudos necessários à efetivação da medida para desocupação da área, tendo sido determinada, ainda, ao Poder Público a obrigação de evitar novas ocupações irregulares, corrigindo os problemas ambientais existentes.

Quanto às decisões da Corte Federal da Quarta Região, destaca-se o julgamento da Apelação Cível 2005.04.01.020586-8/ SC, no qual restou determinada a demolição da construção ilegítimamente levada a efeito, bem como a recomposição integral do meio ambiente degradado. Nesse caso, assim como no julgado anterior, o Tribunal condicionou a desocupação à efetiva garantia do Poder Público de designação de novo local adequado para moradia da família (BRASIL, 2009).

Inobstante essa oscilação, é possível observar uma gradativa evolução jurisprudencial no que se refere à preservação do meio ambiente, notadamente a partir da consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça em assuntos diversos que envolvem a proteção ambiental.

Releva destacar que em fevereiro de 2015 foi publicizada pelo STJ (Informativo n. 30 da Jurisprudência em Teses) tese sobre o direito adquirido dispondo que: “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou possuidor para a continuidade de práticas

vedadas pelo legislador”. Verifica-se que o tema do direito adquirido possui forte relação com o fato consumado e foi consolidado anteriormente pelo referido Tribunal Superior, representando um importante vetor de interpretação para os demais Tribunais quanto à matéria.

6.2 A PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM CASOS DE LITÍGIOS DE ALTA COMPLEXIDADE

Faz-se necessário ressaltar que, apesar da complexidade das demandas que envolvem o direito à moradia em cotejo com o direito ao meio ambiente, há doutrinadores que defendem que o conflito entre esses direitos é em verdade apenas aparente, uma vez que o direito à moradia necessariamente tem que ser exercido sem o sacrifício da natureza.

Alex Santiago, que escreve sobre a temática, pondera que nas áreas consideradas de preservação permanente não se pode edificar, não apenas em razão da proteção ao meio ambiente, mas também para a proteção das próprias pessoas. Aponta, nesse sentido, que “a opção política representa uma opção da sociedade, o que demonstra que o conflito é aparente, porque não se verifica entre direitos, e sim entre ato ilícito e direito” (SANTIAGO, 2010, p. 631).

O entendimento pela necessidade de prevalência da proteção ao meio ambiente é razoável, pois quando se afasta o direito à moradia em determinado caso concreto, o sacrifício não será definitivo, porque segue sendo possível construir em outro lugar. Por outro lado, o dano ambiental não permite volver a situação ao estado anterior, de forma que admitir a continuidade da situação danosa envolve um sacrifício de cunho definitivo.

Nos últimos anos, processos dessa natureza passaram a ser tratados como “litígios de alta complexidade”. Os litígios de alta complexidade são aqueles que envolvem muitas pessoas afetadas e o direito a políticas públicas, tais como o direito à moradia e do direito à saúde, e em que há muitos órgãos envolvidos em situação de inércia, tornando-se necessário que esses órgãos se movimentem em busca da solução dos problemas postos em discussão.

Convém ressaltar, quanto a essa temática, que foi realizado em maio do ano de 2018 um evento denominado “Demandas Estruturais e Litígios de Alta Complexidade”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), pela Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (Es-

mafe) e pela Justiça Federal do Ceará, oportunidade em que o então corregedor-geral da Justiça Federal, Ministro Raul Araújo, reforçou a importância de debater os referenciais teóricos e normativos desse tipo de processo:

Essas demandas exigem soluções pensadas, refletidas, envolvendo valores sociais que atinjam não somente as partes do litígio, mas um conjunto de pessoas que se encontram em situações idênticas ou assemelhadas. Por isso se fala em demandas estruturais ou estruturantes, pois, por meio da intervenção judicial, se oferece um instrumento hábil a fomentar o aperfeiçoamento de instituições e políticas públicas.

Desse modo, diante da complexidade e da interdisciplinaridade que envolve essas demandas, é possível que sejam utilizadas alternativas diferentes das comumente adotadas em processos individuais, a exemplo da realização de audiências públicas, valendo-se do diálogo normativo com o sistema de tutela coletiva (artigo 9º, § 1º, da Lei n.º 9868/99 e artigo 6º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99).

Busca-se, a partir dessas audiências, possibilitar a participação da população diretamente atingida, bem como mediar o debate entre os órgãos e entidades públicas envolvidas, com o escopo de que se possa chegar a uma solução mais equilibrada e consensual para situações que possuem significativo impacto ambiental e social, sendo a participação do Ministério Público nesses atos de fundamental importância.

Assim, o tratamento especial conferido a esses litígios, notadamente por meio da realização de atos processuais que contem com a participação da população envolvida e de diferentes setores da sociedade, permite que diversas alternativas e soluções possam ser discutidas, viabilizando o empenho de todos na construção das políticas públicas a serem efetivadas.

Nas audiências em casos que tratam do direito à moradia em locais protegidos, é possível que sejam abordadas questões como os diferentes tipos de ocupações presentes nas áreas, com o fito de se verificar quais são passíveis de regularização pelos órgãos competentes e quais necessariamente deverão ser retiradas dos locais afetados. Também pode-se abordar a possibilidade de pagamento de aluguel social pelo Poder Público ou a inserção em programas de habitação.

É de se observar ainda que, tratando-se de situações que envolvem a efetivação de políticas públicas, existe um limite para a atuação do Poder Judiciário,

que consiste na observância do princípio da separação dos poderes. Como ressaltam Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 1244):

A intervenção do Poder Judiciário deve, por certo, ser sempre limitada e ajustada aos parâmetros delineados pelo sistema de freios e contrapesos que rege a relação entre os três poderes republicanos, sem que esse princípio possa ser utilizado com fundamento para justificar a impossibilidade de intervenção por parte do Judiciário em na esfera de outros poderes, especialmente quando em causa a necessidade de tutela do mínimo existencial ecológico.

Posto isso, entende-se que o Poder Judiciário deve buscar a melhor solução para os conflitos, porém atuando com respeito à zona de discricionariedade do administrador, de modo que sua interferência se restrinja aos casos em que ficar demonstrado, a partir de dados objetivos e consistentes, que a atuação administrativa se encontra deficitária, pois dessa forma será legítimo o controle judicial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que nos últimos anos houve uma crescente produção legislativa no que se refere aos temas que envolvem o meio ambiente, sendo possível constatar a preocupação do legislador em conscientizar o proprietário a exercer seu direito de propriedade visando a conservação do meio ambiente para atender o bem comum e a preservar o acervo ecológico para as gerações futuras.

É certo que a omissão do Poder Público no que se refere à fiscalização de áreas ambientalmente protegidas, bem como a ausência de políticas públicas bem definidas relativamente ao direito de moradia, propiciam o aumento de ocupações irregulares em áreas públicas, o que resulta em graves problemas ambientais e sociais. De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento da não aplicação da teoria do fato consumado em matéria ambiental.

Observa-se que o ajuizamento de ações civis públicas, notadamente pelo Ministério Público, possui papel relevante no sentido de garantir o cumprimento da legislação protetiva do meio ambiente, sendo possível verificar uma gradativa evolução jurisprudencial, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem buscado estabelecer em suas decisões parâmetros que contribuam

para a efetiva proteção do meio ambiente e que possam servir de orientação aos demais aplicadores do direito.

Solucionar lides que envolvem bens ambientais não se trata de incumbência simples, haja vista a complexidade e a interdisciplinaridade das demandas, o que impulsiona uma compreensão hermenêutica que deve transcender os limites tradicionais das demandas de cunho individual.

Desta feita, nesses casos, é possível a utilização de alternativas processuais afetas ao sistema de tutela coletiva, tais como a realização de audiências públicas, que possibilitem a efetiva participação dos entes públicos, da população envolvida no conflito e de diferentes setores da sociedade, com o escopo de construir uma solução menos conflituosa para o caso.

Conclui-se que cabe aos órgãos competentes do Poder Público assumir os deveres de ação e de fiscalização a fim de dar efetividade à legislação ambiental e auxiliar na resolução dos graves problemas contemporâneos, devendo o Poder Judiciário, quando devidamente provocado, sopesar em suas decisões a necessidade de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os outros interesses envolvidos, para assim atingir os preceitos constitucionais estabelecidos e os anseios sociais almejados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF: Presidência da República. [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 403190/SP**. Relator: Min. João Otávio de Noronha: Brasília, Distrito Federal, 27 de junho de 2006. Disponível

em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=403190&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 948921/SP**. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, Distrito Federal, 23 de outubro de 2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=948921&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 359.140/MS**. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília, Distrito Federal, 07 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=359140&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação cível n. 2005.34.00.001075-4/DF**. Relator: Des. João Batista Moreira. 06 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de instrumento n. 015.00.00.001144-2**. Relator: Des. José Antônio Neiva. 22 de abril de 2015. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação cível n. 2113260/SP**. Relatora: Des. Eliana Marcelo. 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2005.04.01.020586-8/ SC**. Relatora: Des. Maria Lúcia Leiria. 15 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação cível n. 200082000094417**. Relator: Des. Francisco Wildo. 29 de maio de 2012. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 04 jun. 2019.

CAVALCANTE, Denise Lucena; MENDES, Ana Stela Vieira. Constituição, direito tributário e meio ambiente. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28, n. 2, 2008, p. 29-40. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12156> . Acesso em: 02 set. 2018.

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

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O fato consumado em matéria ambiental**. Salvador: JusPodvim, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2018.

MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Orgs.). **Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 119-136.

MATIAS, João Luis Nogueira; MATIAS FILHO, João Luis Nogueira. Novos parâmetros para a responsabilidade civil do Estado pelo dano ambiental: responsabilidade objetiva, solidária e de execução subsidiária. In: MATIAS, João Luis Nogueira. (Org.). **Os impactos da proteção ao meio ambiente no direito: novos paradigmas para o direito privado**. São Paulo: Lumen Juris, 2017, p. 7-19.

MELO, Lígia. **Direito à moradia no Brasil: política urbana e acesso por meio da regularização fundiária**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 4. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis; MACHADO. Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas essenciais direito ambiental**. v. 4. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

ROCHA, Maria Vital da. Traços da função ambiental da propriedade privada no direito. In: MATIAS, João Luis Nogueira; WACHOWICZ, Marcos. (Orgs.). **Pro-**

priedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 119-136.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais.**

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 3. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Algumas notas acerca da tutela jurisdicional coletiva. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC,** Fortaleza, v. 25, p. 129-138, jan./dez. 2006,