

*BOLETIM DOS
PROCURADORES E
DAS PROCURADORAS
DA REPÚBLICA*

Vol. 4, nº 4 outubro/dezembro de 2023





anpr

Associação Nacional
dos Procuradores
da República

EXPEDIENTE

BOLETIM DOS PROCURADORES E DAS PROCURADORAS DA REPÚBLICA

DIRETORIA BIÊNIO 2023-2025

Ubiratan Cazetta

Presidente

Luciana Loureiro Oliveira

Vice-Presidente

Livia Nascimento Tinoco

Diretora Secretária

André de Carvalho Ramos

Diretor Cultural

Bruno Nominato de Oliveira

Diretor de Assuntos Institucionais

Delson Lyra da Fonseca

Diretor de Aposentados

Igor da Silva Spindola

Diretor de Assuntos Corporativos

Nara Soares Dantas Kruschewsky

Diretora de Comunicação Social

Oswaldo Barbosa Silva

Diretor Financeiro

Peterson de Paula Pereira

Diretor de Assuntos Legislativos

Raquel de Melo Teixeira

Diretora de Eventos

Renata Muniz Evangelista Jurema

Diretora de Assuntos Jurídicos

CONSELHO EDITORIAL

Daniel de Resende Salgado

(coordenador)

Andrea Walmsley Soares Carneiro

Nathália Mariel Pereira

Ronaldo Pinheiro de Queiroz Walter

Claudius Rothenburg

PRODUÇÃO/ DESIGN COORDENAÇÃO E SUPERVISÃO

André de Carvalho Ramos

PROJETO GRÁFICO

Pedro Henrique Lino

CÓDIGO ISSN Nº

ISSN 2965-3266

REVISÃO

Periodicidade da publicação:

trimestral

**Associação Nacional dos
Procuradores da República**
SAF Sul, Quadra 04, Conjunto C
Bloco B, Sala 113/114,
CEP 70.050-900, Brasília-DF

**BOLETIM DOS
PROCURADORES E DAS
PROCURADORAS DA
REPÚBLICA**

S U M Á R I O

O STJ, SUA COMPOSIÇÃO E A NECESSIDADE DE UMA
COERÊNCIA INTERPRETATIVA QUE PRESERVE O
EQUILÍBRIO FEDERATIVO 9

(Ubiratan Cazetta)

O DESENHO JURÍDICO DA VAGA ATUAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ 16

(Leandro Bastos Nunes)

A ADMISSÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS
PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA
VÍTIMA 19

(Juliano Stella Karam)

O JULGAMENTO DO RE 1.017.365/SC: CAMPO FÉRTIL PARA
ADOÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES? 25

(Vanessa Mascarenhas de Araújo)

O BOLETIM INDICA 32

EDITORIAL

Esta edição (número 4) da nova fase do Boletim dos Procuradores e das Procuradoras da República apresenta uma compilação de artigos que abordam questões cruciais da atualidade, refletindo a diversidade e a profundidade dos desafios enfrentados pelos agentes do Direito no Brasil. Os artigos desta edição oferecem análises detalhadas e propostas inovadoras para aprimorar a atuação institucional e promover a justiça.

Juliano Stella Karam discute a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos em situações onde a proteção dos direitos fundamentais das vítimas está em jogo. Karam explora a evolução da regra de exclusão de provas nos sistemas jurídicos alemão e norte-americano, argumentando que, em casos de crimes graves, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode permitir a admissão dessas provas para garantir a proteção das vítimas, sem comprometer o direito do acusado a um julgamento justo.

Leandro Bastos Nunes apresenta uma visão detalhada sobre o desenho jurídico da vaga atual do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nunes discute a composição do STJ, enfatizando a necessidade de preservar o equilíbrio federativo na escolha dos ministros. Ele ar-

OPINIÃO

|||||

O STJ, SUA COMPOSIÇÃO E A NECESSIDADE DE UMA COERÊNCIA INTERPRETATIVA QUE PRESERVE O EQUILÍBRIO FEDERATIVO

Ubiratan Cazetta

Procurador Regional da República.

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará.

Presidente da ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República.

Na difícil missão de interpretar textos jurídicos, um dos cuidados que se deve buscar é guardar coerência nos resultados a que se chega.

Interpretar, sabe-se, não é uma atividade anódina ou autômata e exige do intérprete lidar com diferentes possibilidades interpretativas, resguardando o respeito ao texto e, também, ao seu contexto, o que gera a necessidade de se evitar conclusões que acabem por resultar em uma ruptura da lógica interna daquilo que se busca conhecer.

Interpretar implica a busca de um sentido que não existe sozinho⁰¹, que não se basta em um pretendido discurso semântico, que não se realiza distante da realidade e, como nos recorda LUÍS ROBERTO BARROSO, “o certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à interpretação. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria-prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. [...] A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”⁰² e que “podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da

01 Cabe, aqui, a distinção lembrada por Cazetta Júnior: “uma coisa é o **texto**; outra, o seu **significado**. O primeiro produz o segundo, mas com a **intermediação do intérprete**. Por isso, é mais exato empregar termos diversos para designar, de um lado, (1) o mero **enunciado normativo** e, de outro, (2) o **sentido** que lhe seja atribuído e sem o qual não pode ser aplicado. Com essa cautela, marca-se bem a diferença entre o *objeto* e o *produto* da interpretação: **ali o enunciado** figura **em estado puro**, como uma pedra preciosa antes da lapidação; **aqui, lapidado** pelo artista e pronto para o uso segundo a sua função característica.” (CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. **A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)**: contribuição ao estudo do efeito vinculante. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 35, destaques no original).

02 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8-9

pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação”⁰³.

EROS GRAU, por sua vez, destaca que “ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.”⁰⁴

Exatamente por não bastar ser alfabetizado para se extrair o conteúdo da norma constitucional, LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS lembram que a “grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”⁰⁵.

03 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2006, p. 9

04 Voto proferido no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 3034-2, relator o Ministro Sepúlveda Pertence

05 BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação**

Parece correto, então, afirmar-se que a busca do sentido de uma disposição constitucional há de ser mais do que mera reprodução do texto em si e deve situar-se no contexto em que produzida.

Vejam, então, o resultado que se pode esperar da interpretação do artigo 104, parágrafo único, da Constituição Federal, que formatou o Superior Tribunal de Justiça:

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

O Superior Tribunal de Justiça, introduzido em nossa estrutura judiciária pela Constituição Federal de 1988, tem, dentre suas funções, a guarda da coerência interpretativa da legislação federal, como se observa do inciso III do artigo 105, que lhe atribui:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Também cabe ao STJ dirimir “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”, “*os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União*” e “*os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, rela-*

constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 331.

cionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V”, tudo na forma do inciso I do artigo 105 da CF88.

É do Superior Tribunal de Justiça, por fim, a análise dos requisitos para deslocamento de competência, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, como meio de assegurar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

Este desenho permite afirmar que o STJ é um tribunal nacional, com um papel de balanço no equilíbrio federativo, o que se reflete no seu desenho interno, com o mesmo peso atribuído a ministros oriundos da atuação como magistrados na Justiça Estadual e na Justiça Federal, garantido um terço a cada grupo de origem.

A terceira parcela de integrantes da Corte virá, em partes iguais, da advocacia e do Ministério Público, repetindo uma regra que se aplica aos demais tribunais brasileiros, naquilo que se costuma designar de quinto constitucional, expressão que, sob o aspecto matemático, não é precisa no caso do STJ.

Os ministros oriundos da advocacia, por sua vez, não encontram qualquer limitação de origem, já que é da essência da advocacia o acesso a qualquer instância do Poder Judiciário, não se colocando sobre eles qualquer ônus para demonstrar o que já é presumido: não se vinculam quer ao ente nacional, quer ao ente subnacional.

A questão ganha, todavia, relevo quando se avança para a definição dos critérios de origem dos ministros oriundos da experiência no “*Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e Territórios*”.

Não há motivo lógico e racional para supor que o critério de equilíbrio federativo que se aplica aos magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal (constante do artigo 104, parágrafo único, inciso I acima exposto) não incidiria na distribuição das vagas referentes ao Ministério Público, sendo incoerente afirmar-se que a situação se assemelha àquela que se aplica aos advogados, pouco importando sua origem.

É evidente que não são comparáveis as situações dos advogados e dos membros do Ministério Público e isto por uma questão essencial, pois, enquanto aos advogados se presume um trânsito entre as duas esferas comuns do Poder Judiciário (a estadual e a federal), a experiência dos membros do Ministério Público segrega-os e separa-os em dois núcleos distintos: os membros do MPF, de um lado, e os do MP Estadual e do Distrito Federal, de outro.

Importante reconhecer, de pronto, que o fato de o MPDFT e o MPF integrarem,

junto com o MPM e o MPT, o Ministério Público da União em nada altera a constatação de que a atuação temática do MPDFT é exatamente a mesma dos MP Estaduais, em razão do peculiar desenho que se reservou ao Distrito Federal.

Tal similitude, aliás, vem de ser reafirmada pela leitura da EC 130/2023, objeto de proposta de resolução no CNMP para regular a permuta entre membros dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, tendo o conselheiro Paulo Passos, em sua fundamentação, reconhecido que tal proposta atenderia “ao caráter unitário e nacional constitucionalmente previsto entre os Ministérios Públicos estaduais e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, os quais possuem absoluta similitude de atribuições entre eles”⁰⁶

A situação guarda total coerência com o disposto no inciso I do parágrafo único do artigo 104 da Constituição Federal, já que os desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, se indicados a compor o Superior Tribunal de Justiça, o fariam no quinhão reservado aos magistrados oriundos da Justiça Estadual, até mesmo por conta da condição de ente federativo subnacional de que se reveste o DF.

O ponto, então, é a necessidade de preservar o equilíbrio federativo na composição do Superior Tribunal de Justiça, claramente fixado no mencionado inciso I do parágrafo único do artigo 104 da CF88 e que, por absoluta coerência, não pode ser ignorado quando se trata também de identificar as diferentes origens dos membros do MP que deverão vir a integrar o STJ.

Coerência é, em suma, o que se busca com tal interpretação, que, todavia, não tem encontrado eco na realidade.

Como se sabe, a composição inicial do Superior Tribunal de Justiça derivou do aproveitamento dos membros do extinto Tribunal Federal de Recursos, que, na ocasião, contava com 27 integrantes, em razão do desenho que lhe conferira a EC 7/1977, sendo 15 deles oriundos da Justiça Federal, 4 do Ministério Público Federal, 4 advogados e 4 membros escolhidos dentre magistrados ou membros dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal.

Na composição original do STJ, provinham do Ministério Público Federal os ministros José Dantas (1976/1998), Torreão Braz (1977/1995), Antônio de Pádua Ribeiro (1980/2007) e Assis Toledo (1987/1996), enquanto o ministro Washington Bolívar (1977/1991) tinha sua origem no MPDFT e o ministro Nilson Naves (1985/2010) era

06 A íntegra da proposta pode ser consultada em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROPOSRES_PERMUTA_NACIONAL.pdf. Acesso em 3 de maio de 2024.

oriundo do MPE.

A partir de 1988, já com a incidência da CF 88, passaram a integrar o STJ os ministros José Arnaldo da Fonseca (1996/2005), oriundo do MPF, Felix Fischer (1996/2022 – MPE), Hamilton Carvalhido (1999/2011 – MPE), Laurita Vaz (2001/2023 – MPF), Herman Benjamin (2006 – MPE), Mauro Campbell Marques (2008 – MPE), Sergio Kukina (2013 – MPE) e Rogerio Schietti Cruz (2013 – MPDFT), o que demonstra um evidente descompasso na distribuição da origem dos membros do MP, redundando hoje, com a aposentadoria da Ministra Laurita Vaz, com a inexistência de qualquer ministro que tenha no MPF a sua origem.

Em dezembro de 2023, a Procuradora-Geral da República, Elizeta Maria de Paiva Ramos, provocou o STJ para o reconhecimento da incorreta compreensão do Texto Constitucional⁰⁷, lembrando que *“a estruturação do Superior Tribunal de Justiça há de respeitar, até por conta do equilíbrio federativo, uma lógica interna que o consagre, não permitindo interpretações literais e apressadas”* e destacando que, *“ainda que se reconheça que a indicação dos seus membros é exemplo clássico de um ato administrativo complexo, pois reúne a vontade da própria Corte na formação da lista tríplice a ser submetida ao Presidente da República, a vontade deste ao escolher o indicado, cujo nome será objeto de referendo por parte do Senado, o fato é que o primeiro movimento em tais procedimentos parte exatamente da compreensão interna do Tribunal da Cidadania, que não pode, em seus atos, se afastar do desenho constitucional”*.

Arremata a Procuradoria-Geral da República com a advertência de que *“não parece adequado e razoável, no momento em que a Constituição Federal completa 35 anos de vigência, mostrando-se um dos textos mais longevos de nossa história, que o Superior Tribunal de Justiça deixe de enfrentar a discussão sobre a sua própria composição e, em tal linha de entendimento, reconheça que não existe uma liberdade interpretativa tão ampla a ponto de desnaturar o desenho trazido pelo Texto Constitucional, que garante um equilíbrio entre a presença de agentes públicos vindos da atuação no sistema judiciário estadual e aqueles cuja trajetória profissional se fez no sistema judiciário federal”*.

De fato, não há como, sem romper a lógica interna da composição do STJ e sem incorrer em evidente incoerência, aceitar-se uma interpretação meramente literal do Texto Constitucional.

A lógica que presidiu a divisão igualitária das vagas destinadas aos membros da magistratura entre os oriundos da Justiça Federal e os oriundos da Justiça Estadual é a

07 Ofício nº 1739/2023 – AJCONST/PGR, de 6 de dezembro de 2023, dirigido à Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

mesma que deve imperar na divisão das vagas destinadas ao Ministério Público, que é aproveitar a experiência dos que militaram em feitos federais (os membros do MPF) e também dos que militaram em feitos estaduais (os membros dos Ministérios Públicos estaduais e do MPDFT). Essa lógica, que tão bem fez ao STJ como Tribunal Nacional no tocante à magistratura, também será benéfica se aplicada às vagas do Ministério Público.

Cabe, então, reconhecer que a sexta parte que integrará o Superior Tribunal de Justiça, tendo o Ministério Público como origem, há de ser dividida, em cotas iguais, entre o MPF e os MP Estaduais, aqui compreendido o MPDFT, como forma de respeitar o equilíbrio federativo e atribuir uma interpretação lógica e coerente ao Texto Constitucional.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. **A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)**: contribuição ao estudo do efeito vinculante. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

O DESENHO JURÍDICO DA VAGA ATUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ

Leandro Bastos Nunes

Procurador da República.
Especialista em direito penal e processo penal,
autor e coautor de obras jurídicas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi instituído pela Constituição Federal de 1988 com a missão de garantir a uniformidade na interpretação do direito federal, figurando na condição de um autêntico “Tribunal da Cidadania”, cuja composição é a de 33 (trinta e três) ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O artigo 104, II, da Constituição Federal (CF), prevê a escolha alternada entre os integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e estadual na composição do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O sentido da norma é propiciar a alternância na escolha para fins de viabilizar diferentes experiências em prol de um Poder Judiciário mais justo e próximo da realidade decorrente das diferentes peculiaridades das atribuições dos ramos estaduais e federais, valendo destacar que as outras vagas do terço constitucional são atualmente ocupadas por membros dos Ministérios Públicos dos estados e do Distrito Federal e Territórios.

A Corte Cidadã é formada por integrantes oriundos da advocacia, da Justiça, e do Ministério Público (MP). A vaga atual a ser preenchida pelo MP é resultante da aposentadoria da ex-ministra oriunda do Ministério Público Federal (Laurita Vaz). A atuação do MPF é centrada no combate aos crimes federais, proposituras de ações civis coletivas, envolvendo Órgãos e autarquias federais, entre outros.

Caso a escolha da vaga recaia sempre sobre membro do MP estadual ou do MPDFT, o MPF ficará sem representatividade no STJ, resultando em uma violação direta ao artigo 104, II, da Constituição, que prevê a nomeação, dentre brasileiros com notório saber jurídico e reputação ilibada, sendo: “II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94”.

A alternância entre as vagas reservadas aos Ministérios Públicos, OAB, e Judiciário, decorre dos princípios republicanos e democráticos, viabilizando que diversos setores do sistema de justiça façam parte de um Órgão Colegiado Jurisdicional, em prol da garantia da sociedade (e não privilégio de seus membros) na formação de um Tribunal eclético e diversificado em sua composição. Com efeito, as diferentes experiências e visões de fatos submetidos à análise das esferas de atribuições dos diversos MP(s) previstos na Carta Magna traduzem a necessidade de que sejam contemplados todos os respectivos ramos listados pelo Constituinte na composição do STJ.

De outro lado, não prosperam as argumentações de que a vaga atual pertencente ao Ministério Público Federal estaria preenchida no STJ, por intermédio do eminente ministro Rogério Schietti, ex-procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, haja vista que **a Lei Maior expressamente conferiu representatividades distintas a serem providas por membros do MPF e do MPDFT.**

Além disso, outro ponto a ser destacado é o fato de que o Ministério Público Federal tem atuação no STJ nas qualificações de parte principal ou Órgão agente (*v.g.*, incidentes de deslocamento de competência para a Justiça Federal nas hipóteses de graves violações de direitos humanos, denúncia de crimes comuns praticados por Governadores, entre outros) e custos juris (fiscal do ordenamento jurídico), quando apresenta manifestação (parecer) na condição de Órgão interveniente, o que reforça a necessidade de sua representatividade para garantia de julgamento consentâneo com a expertise de fatos afetos à esfera federal.

Por derradeiro, por coerência constitucional e partindo-se de um raciocínio simétrico à situação atual na composição formada por magistrados oriundos da esfera estadual e federal, deve-se prestigiar, alternada e simultaneamente, a nomeação de membros do MPF e dos MP(s) dos estados e do Distrito Federal e Territórios (MP/DFT).

Assim, com fundamento no artigo 104, II, da CF/88, e nos princípios democráticos e republicanos, espera-se que, na elaboração da lista tríplice a ser encaminhada ao presidente da República, sejam priorizadas a escolha de 3(três) membros do MPF.

ENSAIOS



A ADMISSÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VÍTIMA⁰¹

Juliano Stella Karam

Procurador da República.

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha/ES.

Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela

Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos enuncia um dos ideais do Estado Democrático de Direito, pautado pelo respeito aos direitos individuais e pelo princípio de que não se pode fazer justiça a qualquer custo.

A regra de exclusão consiste em vedar a incorporação no processo (ou determinar a exclusão caso já incorporada) das fontes de prova obtidas, na fase pré-processual, com violação a determinados direitos fundamentais. Refere-se especificamente ao tratamento processual que deve ser ministrado aos materiais probatórios colhidos mediante ações contrárias ao ordenamento jurídico. É, portanto, uma consequência processual derivada da atividade probatória irregular.

No direito comparado, inspirado na experiência dos Estados Unidos e da Alemanha, os Tribunais têm interpretado a regra de exclusão de modo a compatibilizar interesses reconhecidos como legítimos pelo ordenamento jurídico, estabelecendo um padrão a respeito do que pode ser restringido em termos probatórios.

Na doutrina, LUCA PASSANANTE observa que excluir provas ilícitas, relevantes e fiáveis, produz necessariamente o sacrifício de um meio de prova que pode ser essencial para a proteção efetiva dos direitos, medida que está em potencial conflito com o objetivo institucional do processo⁰².

Levando em consideração a necessária proteção dos direitos das vítimas com a

01 Adaptação do artigo “A exclusionary rule do direito norte-americano e a sua aplicação no processo penal brasileiro”. In: SALGADO, Daniel de Resende (org.). Sistema de Justiça Criminal. Brasília. ESMPU. 2018, p. 163-196.

02 PASSANANTE, Luca. Prova Illecita (Diritto Processuale Civile). In *Enc. Dir., Estratto Annali X*, Giuffrè, 2017, pp. 681-695, p. 688.

consequente punição de culpados por crimes graves, os Tribunais de vários países elaboraram técnicas⁰³ para avaliar a aplicação ou não da regra de exclusão no caso concreto.

Nessa linha, o presente artigo pretende apresentar um novo critério utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça no exame da ponderação de interesses para a admissão de fontes de prova, entendendo que mesmo aquelas obtidas com violação aos direitos constitucionais do acusado poderiam ser admitidas no processo penal, contanto que seja evidenciada a sua imprescindibilidade para assegurar a proteção do direito fundamental de vítimas de crimes graves.

1. A ponderação realizada pela Corte Constitucional Alemã e pela Suprema Corte dos EUA para decidir a respeito da exclusão da prova.

No direito comparado existem dois principais sistemas de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos: o alemão (*Beweisverbote*) e o norte-americano (*exclusionary rule*).

No direito alemão, a regra de exclusão (*Beweisverbote*) tem como finalidade principal a proteção dos direitos fundamentais, de modo que o controle da atividade policial não é uma tarefa, mas uma consequência da limitação da prova. Nesse sistema, o conflito entre o direito individual e a luta eficaz contra a criminalidade é mediado pela técnica da ponderação de interesses.

Para o Tribunal Constitucional alemão: “a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação de interesses com os direitos fundamentais”⁰⁴.

O direito norte-americano, por sua vez, desenvolveu uma regra de exclusão (*exclusionary rule*) de dimensão processual, com a finalidade precípua de prevenir e reprimir a ilegalidade praticada pela polícia criminal na interação com o cidadão e as suas garantias constitucionais⁰⁵. Ao lado do fundamento dissuasório, a regra de exclusão contém um

03 Para um estudo de direito comparado a respeito das técnicas utilizadas pelos tribunais para a aplicação da regra de exclusão, vide THAMAN, Stephen C. “Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules”. In _____ (Org). **Exclusionary rules in Comparative Law**. Dordrecht: Springer, 2013. Em relação ao teste desenvolvido pelo Tribunal Penal Internacional, vide ZILLI, Marcos. Provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças duas sentenças, in SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro do direito estrangeiro e do direito internacional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 89-133

04 ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições da prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 30.

05 ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, 1992, p. 136 e 144. No mesmo sentido, GALLARDO, Carlos

componente ético, a necessidade da preservação da integridade judicial. Ainda assim, em inúmeros casos, a Suprema Corte norte-americana tem se utilizado da técnica da ponderação de custos e benefícios como critério para decidir sobre a exclusão da prova. Nesse contexto, a proteção ao direito subjetivo do cidadão se dá apenas de forma reflexa, de modo que a regra somente é acionada se for pertinente para dissuadir condutas policiais impróprias (*deterrence of police misconduct*).

Examinando a aplicação da regra de exclusão no direito comparado, STEPHEN C. THAMAN⁰⁶ resume os principais fatores que são considerados pelos tribunais para avaliar se a prova deve ou não ser excluída do processo:

(...) And finally, even if it is agreed that a constitutional right has been violated and the evidence sought to be admitted is the fruit thereof, some jurisdictions still require the judge to engage in a balancing of other important interests before deciding on admissibility, for instance: (1) the seriousness of the constitutional violation (was it intentional, reckless, negligent, etc.); (2) the gravity of the crime which is before the court; (3) the character of the evidence subject to exclusion (its credibility, importance for proving guilt, whether it constitutes the corpus delicti of the crime or is 'mere evidence', etc.); (4) whether use of the evidence would violate the defendant's right to a fair trial, and other factors⁰⁷.

Percebe-se, portanto, que no direito comparado, a incidência da regra de exclusão não é um efeito automático do reconhecimento da violação de um direito constitucional na fase investigatória. A decisão a respeito da admissibilidade da fonte de prova é influenciada por circunstâncias como a gravidade da violação, a gravidade do crime investigado, a natureza da prova, a confiabilidade da informação obtida, ou ainda, se a admissão da prova ofende o direito do acusado a um julgamento justo, entre outros.

Fidalgo. *Las 'pruebas ilegales': de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. 2003.

06 THAMAN, Stephen C. "Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules". In _____ (Org). *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 408.

07 Tradução livre: "E finalmente, mesmo quando se está de acordo que um direito constitucional foi violado e a evidência que se busca admitir é fruto desta violação, algumas jurisdições ainda requerem que o juiz realize uma ponderação entre outros importantes interesses antes de decidir sobre a admissão da prova, por exemplo: (1) a seriedade da violação constitucional (foi de maneira intencional, imprudente, negligente, etc.); (2) a gravidade do crime que está em julgamento; (3) a natureza da evidência submetida à exclusão (sua credibilidade, importância para provar a culpa, se ela constitui o corpo de delito do crime ou 'mera evidência', etc); (4) se o uso da prova violaria o direito do acusado a um julgamento justo, entre outros fatores."

2. A admissão da prova obtida por meios ilícitos para a proteção de direitos fundamentais da vítima de crime.

Inspirado pela doutrina norte-americana, os tribunais brasileiros, no final da década de 60 e início dos anos 70, passaram a não aceitar o ingresso de provas obtidas ilicitamente nos processos como forma de reação aos abusos praticados pela polícia em pleno regime militar⁰⁸. É nesse contexto, de abuso da força pelo Estado e de impunidade da polícia, que o constituinte de 1988 elevou a proibição do uso da prova colhida por meios ilícitos ao status de direito fundamental, nos termos do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 69.912-0, entendeu que o nosso ordenamento jurídico adotou o modelo norte-americano em relação à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. Para o STF, a tese de ineficácia absoluta da prova colhida com violação a direitos fundamentais encontra uma exceção: quando a fonte de prova for necessária para demonstrar a inocência do acusado, admitindo a adoção do princípio da proporcionalidade, desde que a favor da defesa.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, recentemente tem ampliado as hipóteses de utilização da prova obtida com violação ao direito do réu, adotando o princípio da proporcionalidade para a proteção do direito fundamental de vítimas de crimes graves.

No REsp 1.026.605/ES, a 6ª Turma do STJ decidiu por unanimidade a possibilidade da utilização de uma gravação telefônica clandestina, realizada por terceiro, para fundamentar a condenação do acusado⁰⁹.

Tratava-se de uma gravação produzida por detetive particular, realizada a pedido da mãe da vítima, um menor de 13 anos, em um terminal telefônico instalado na residência da família. Em seu voto, o Ministro Relator entendeu que a prova era lícita e que poderia fundamentar a condenação do recorrente, pois o ordenamento jurídico não deveria

08 CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal – Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, out-dez, 1995, p. 162-200, p. 172.

09 Na data do julgamento, a jurisprudência do STF e do STJ somente admitiam o uso de gravação realizada por um dos interlocutores. Segundo o Supremo Tribunal Federal não viola o direito à intimidade a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, salvo se o conteúdo da conversa estiver abrangido por cláusula legal de sigilo (RE 583.937/RJ e AC 4039). Nos Estados Unidos, a Suprema Corte aplica um teste de expectativa de privacidade para avaliar se a conduta violou o direito previsto na Quarta Emenda. A respeito do âmbito de proteção da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, vide CAMMACK, Mark E. *The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule*. In THAMAN, Stephen C. (Org). *Exclusionary rules in Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2013., p. 03-32.

prestigiar “o direito à intimidade e privacidade do acusado em detrimento da própria liberdade sexual da vítima absolutamente incapaz”¹⁰.

Nesse mesmo sentido decidiu a 5ª Turma do STJ no julgamento do HC nº 812.310/RJ, oportunidade em que reiterou a possibilidade da admissão de prova colhida com violação à intimidade e à privacidade do acusado para a defesa do direito fundamental da vítima.

Nesse caso, a defesa alegava a ilicitude de gravação ambiental que flagrou o médico praticando crime sexual em uma parturiente que se encontrava desacordada. A gravação foi realizada na sala de cirurgia de um hospital, por enfermeiros, sem autorização judicial¹¹.

A 5ª Turma entendeu que a prova não deveria ser excluída do processo, considerando a gravidade do crime praticado, a fidedignidade da prova e a sua necessidade para a proteção do direito fundamental da vítima. Para tanto, aplicou o princípio da proporcionalidade analisando cada um dos seus subprincípios.

Segundo o Ministro Relator, o meio utilizado foi adequado, pois a gravação ambiental é idônea para produzir prova da prática de um crime. Reconheceu também a necessidade da prova, considerando que o acusado praticava a conduta delitiva de forma oculta, de modo que não haveria testemunhas que pudessem incriminá-lo. Por fim, sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, o Relator afirmou que o sigilo da conduta do acusado, sua intimidade ou privacidade, não são mais importantes do que a dignidade sexual da ofendida, que se encontrava em situação de vulnerabilidade. Do ponto de vista objetivo, o acórdão pontuou que a sanção abstratamente cominada para o crime de estupro de vulnerável é bem mais grave que aquela prevista para uma captação ambiental ilícita.

Com esses argumentos, a Turma entendeu que o “critério da proporcionalidade se aplica como verdadeira causa excludente de ilicitude da prova toda vez que o direito à integridade e à dignidade da vítima prevalece sobre o direito de imagem e privacidade do ofensor”, configurando o que denominou de “legítima defesa probatória”¹².

10 Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial n. 1.026.605/ES. Relator Ministro Rogério Schiatti Cruz. 13.5.2014, unânime. DJe de 13 de junho de 2014.

11 O pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019) inseriu na Lei n. 9.296/1996 o art. 8º-A, §4º, admitindo o uso da gravação ambiental, sem autorização judicial, somente quando realizada por um dos interlocutores e em matéria de defesa.

12 Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 812.310/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas. 21.11.2023, unânime. DJe de 28 de novembro de 2023.

CONCLUSÃO.

As duas decisões do Superior Tribunal de Justiça afastaram a ilicitude da fonte de prova colhida com violação ao direito constitucional do acusado, em razão da necessidade da evidência para a proteção dos direitos fundamentais das vítimas, considerando também a gravidade do crime imputado e a confiabilidade da informação. Trata-se de uma nova restrição à regra de exclusão, fundamentada nas circunstâncias do caso concreto, que atende à finalidade do processo penal e aos valores consagrados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições da prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

CAMMACK, Mark E. The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule. In THAMAN, Stephen C. (Org). **Exclusionary rules in Comparative Law**. Dordrecht: Springer, 2013.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal – Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 12, out-dez, 1995, p. 162-200.

GALLARDO, Carlos Fidalgo. **Las ‘pruebas ilegales’: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. 2003.

PASSANANTE, Luca. Prova Illecita (Diritto Processuale Civile). In **Enc. Dir., Estratto Annali X**, Giuffrè, 2017, pp. 681-695.

THAMAN, Stephen C. “Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules”. In _____ (Org). **Exclusionary rules in Comparative Law**. Dordrecht: Springer, 2013.

ZILLI, Marcos. Provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças duas sentenças, in SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro do direito estrangeiro e do direito internacional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

O JULGAMENTO DO RE 1.017.365/SC: CAMPO FÉRTIL PARA ADOÇÃO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES?

Vanessa Mascarenhas de Araújo

Mestra em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
Especialista em Política e Estratégia pela Universidade Estadual da Bahia.
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Pesquisadora.
Advogada – Juizados Especiais Cível/TJBA.

INTRODUÇÃO

Em 19 de março de 2009, no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria do marco temporal pela qual se entende que são consideradas terras indígenas as áreas que estavam ocupadas de forma permanente ou reivindicadas pelos povos nativos até o dia 5 de outubro de 1988, além de estabelecer condicionantes para atingir uma satisfatória efetividade na solução do caso. Essa decisão não produziu efeitos *erga omnes*; contudo, tratou-se de um acórdão com elevado ônus argumentativo, com força moral e persuasiva⁰¹.

No segundo semestre de 2021, a discussão acerca dessa temática foi retomada entre os Ministros da Suprema Corte do Brasil a partir do reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC⁰², de modo a decidir o momento em que se deve considerar a ocupação e o direito de usufruto das áreas tradicionais.

O recurso foi impetrado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que questionou a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região por beneficiar o estado de Santa Catarina ao autorizar a reintegração de posse de parte da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás ao adotar a tese do marco temporal.

Tratou-se, portanto, da retomada de discussão de duas teses antagônicas na mais alta Corte de Justiça do País: *teoria do indigenato*, pela qual as comunidades indígenas não

01 Segundo o Ministro Roberto Barroso, relator dos embargos de declaração no Caso Raposa Serra do Sol, embora a decisão não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão desse caso ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite de superação das suas razões.

02 Repercussão geral no RE n.º 1.017.365/SC, Plenário, 21/02/2019: “É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto-jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.”

deperderiam de qualquer legitimação, tampouco de qualquer marco temporal, para ocupar as áreas consideradas terras indígenas, privilegiando o passado e a ancestralidade dos membros para com as suas terras e a *teoria do fato indígena*, pela qual se delimita um marco temporal para o reconhecimento dos direitos dos povos tradicionais.

Diante desse contexto, e considerando que a tese adotada no julgamento do RE n.º 1.017.365/SC é a que prevalecerá sobre todos os casos semelhantes, indaga-se: à luz da interpretação constitucional, a aplicação de uma das teorias, isoladamente, concretiza o princípio da máxima efetividade da Constituição, de modo a cessar o conflito? Estaríamos diante de um campo fértil para se adotar medidas estruturantes?

Mediante pesquisa exploratória e descritiva, pautada na revisão de literatura, o objetivo geral do artigo consiste em apontar as medidas estruturantes como instrumentos adequados para a concretização da máxima efetividade da Constituição, de modo a solucionar o conflito atual apresentado.

Dessa forma, a interpretação dada à CRFB/1988, especificamente às regras dispostas no artigo 231 de modo a definir o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, pode referir-se à decisão matriz, a decisão-base ou decisão núcleo a ser verificada no procedimento de cunho estruturante.

Essa, por sua vez, dará suporte para a adoção das medidas estruturantes, que serão construídas e implementadas a partir do diálogo com as partes diretamente envolvidas e os representantes adequados, nas instâncias inferiores, ao lidarem com as demandas atinentes ao tema e adequando-as às peculiaridades do caso, sobretudo, quando se tratar da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja do meio ambiente natural, seja do meio ambiente cultural, o que se verifica no conflito atual, aqui, analisado.

1. O STF e o recurso extraordinário n.º 1.017.365/SC: possível adoção das medidas estruturantes

Os argumentos apresentados pelos Ministros da Suprema Corte em torno do RE n.º 1.017.365/SC, majoritariamente⁰³, não se voltaram, especificamente, ao caso que o originou. De fato, o tema 1.031 tratou em definir o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

03 O Ministro Luis Roberto Barroso, durante a apresentação dos votos pelos Ministros, mostrou a sua preocupação em atrelar à tese as circunstâncias do conflito original.

Contudo, compartilhando das interferências do Ministro Luis Roberto Barroso ao destacar a importância de se ater ao caso concreto, é necessário, primeiramente, explicar o conflito que o originou⁶⁴.

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação do Meio Ambiente (FATMA) do estado de Santa Catarina em face dos povos indígenas, da União e da Fundação Nacional do Índio. O motivo da demanda encontra-se na alegada invasão dos povos indígenas na Reserva Estadual Biológica do Sassafrás, Unidade de Conservação Integral criada através do Decreto Estadual n.º 2.221, em 4 de fevereiro de 1997.

Enquanto o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol estava sendo encerrado no ano de 2009, nesse mesmo ano, especificamente, em janeiro de 2009, alega a autora que a Reserva Biológica foi invadida por, aproximadamente, cem indígenas. Por outro lado, a FUNAI argumentou que a terra objeto de litígio é de ocupação imemorial dos indígenas das etnias Xokleng e Guarani, com base em documentos históricos, etnográficos, arqueológicos, antropológicos. O Poder Judiciário de SC, nas duas instâncias, decidiu contrário aos interesses dos povos tradicionais com base na tese do marco temporal.

O equilíbrio do meio ambiente é um dos fatores determinantes para que todos possam viver e sobreviver dignamente, sendo dever não só do Estado, mas, também, da sociedade garanti-lo, sempre visando a um desenvolvimento sustentável da nação presente e futura.

Conforme estabelece a Declaração da Conferência das ONU no Ambiente Humano, produto da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo nos dias 5 a 16 de julho de 1972, “o homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente” (ONU, 1972).

Quando se trata dos povos indígenas, esse conceito que se refere ao “homem” torna-se mais ainda evidente e traduz a importância da sua relação com a terra, notadamente quanto ao desenvolvimento intelectual, moral, social e espiritual.

As terras dos povos originários perpassam aquelas terras habitadas no sentido de moradia ou desenvolvimento econômico; elas se referem, sobretudo, àquelas necessárias para a reprodução física, social, cultural. Com razão, a tese fixada, no ponto II, destacou a diferenciação da posse tradicional indígena da posse civil, sendo a primeira imprescindível

04 Processo n.º 2009.72.14.000168-0 (JFSC).

à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

À luz do princípio hermenêutico da máxima efetividade da Constituição⁰⁵, compartilhamos do entendimento de que o reconhecimento da originalidade do direito às terras indígenas tem fundamento na teoria do indigenato⁰⁶; trata-se de um direito anterior a todos os demais reconhecidos pelo ordenamento jurídico: “o título dos índios sobre suas terras é um título originário, que decorre do simples fato de serem índios”⁰⁷.

Contudo, a referida teoria não se pode aplicar isoladamente. Faz-se necessário estabelecer diretrizes, mediante o processo da hermenêutica constitucional, para fixação completa da tese. Tais diretrizes assemelham-se às condicionantes ou salvaguardas institucionais estabelecidas no Caso Raposa Serra do Sol, porém, com a diferença de integrar um precedente vinculante, norma produzida à luz de um caso individual e concreto⁰⁸.

No caso verificado na região sul do país, a aplicação dessa tese será voltada para a convivência harmônica dos interesses dos povos indígenas, que têm como norte à preservação da vida e às condições de sobrevivência, substanciando o meio ambiente cultural, e dos interesses dos órgãos ambientais do estado de SC, substanciando o meio ambiente natural. A diretriz apontada no ponto XII da tese estabelece esse entendimento⁰⁹.

2. Das peculiaridades das medidas estruturantes

05 Conforme destaca Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional** – 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 226), o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva orienta o intérprete a atribuir o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades.

06 Tese idealizada pelo ministro e juriconsulto João Mendes de Almeida Junior (1856-1923), que foi recepcionada pelas constituições políticas do Brasil desde a de 1834. Cf. CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. Marco Temporal e segurança jurídica: por que e para quem? **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-jun-09/bruno-cerqueira-marco-temporal-seguranca-juridica#:~:text=O%20%22marco%20temporal%22%20que%20a,civil%2Fcivilista%2C%20mas%20origin%C3%A1rio> >. Acesso em 25/9/2023.

07 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Histórias dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 141.

08 Como apontam Teresa Arruda Alvim e Fábio Victor da Fonte Monnerat, “a formulação da tese não dispensa o juiz de usar o precedente como base da sua decisão, de ler o acórdão que deu origem à tese para investigar sobre sua *ratio*. Esta é, sem dúvida, a função do juiz que vai usar o precedente, que é vinculante, em caso que tenha que julgar, posteriormente”. (ALVIM, Teresa Arruda; MONNERAT, Victor da Fonte. Sobre a fixação da “tese” na repercussão geral. **Migalhas**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/394608/sobre-a-fixacao-da-tese-na-repercussao-geral>. Acesso em 4/10/2023.

09 Tese 1.031 fixada em 27/9/2023: Ponto XII: A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em 4/10/2023.

Pode-se afirmar que a essência das medidas estruturantes encontra-se na busca de solucionar conflitos mediante “tomada de iniciativas”¹⁰ que reflitam, além da mudança de uma determinada estrutura até então imposta por motivo cultural, econômico, político ou legal, como a reforma estrutural para a desagregação racial nos EUA, a convivência entre as partes envolvidas ao efetivar direitos fundamentais postos em concreto.

No Caso Raposa Serra do Sol, foram adotadas condicionantes ou salvaguardas constitucionais, que guardam certas semelhanças com as medidas estruturantes. O Ministro Cezar Peluso elogiou a solução encontrada pelo Ministro Menezes Direito, por *“fugir um pouco [...] das técnicas tradicionais de comandos decisórios ou disposições decisórias”*. Já para o Ministro Roberto Barroso, *“se o Tribunal não tivesse feito do modo como fez – se tivesse se limitado a julgar a ação improcedente ou procedente em parte –, a execução do julgado não teria sido concretizada”*.

Os referidos comentários acerca das condicionantes ou salvaguardas institucionais acabam por ressaltar algumas das peculiaridades das medidas estruturantes, configurando em uma decisão atípica por não se tratar de um comando único; por não estar a atuação do Poder Judiciário condizente com o princípio da congruência ou da adstrição; por visar a ajustar comportamentos futuros no tocante ao processo demarcatório de terras indígenas. Contudo, não verificamos a totalidade das características atinentes a este instrumento técnico jurídico¹¹, sobretudo no que diz respeito à imprescindível participação das partes¹² diretamente ou indiretamente afetadas com as medidas estabelecidas.

No caso instalado no sul do país, as medidas estruturantes seriam responsáveis por regular as atividades tanto dos povos indígenas, organizações e afins quanto dos órgãos ambientais do estado de SC, visando à proteção e à preservação do meio ambiente

10 BAURMANN, Desirê. Structural injunctions no Direito norte-americano. In ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (coord). **Processos Estruturais**. 1ª ed. Juspodvim: Salvador, 2017, p. 281.

11 Cherles Pachciarek Frajdenberg não compartilha do entendimento de que as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol são medidas estruturantes. Ele parte do conceito de que as “medidas estruturantes de natureza prospectiva para alteração de uma realidade, adotadas pela Suprema Corte, são aquelas que inauguram uma fase de monitoramento, que estão umbilicalmente ligadas à necessidade de supervisionamento do plano de ação de superação de falhas estruturais”; portanto, “medidas determinadas pelo STF que não implicam o surgimento dessa fase continuativa não podem ser enquadradas como de natureza estrutural” (In FRAJDENBERG, Cherles Pachciarek. **A efetivação de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal em processos de competência originária**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho – UNIOVE, São Paulo, 2022, p. 55). Ainda, o autor compartilha com o entendimento de Edilson Vitorelli no sentido de que “não se pode confundir medidas judiciais para esclarecimentos interpretativos do alcance de decisões judiciais com medidas judiciais que definam um plano de reestruturação prospectivo para mudança da realidade de uma estrutura complexa falha” (Ibidem).

12 Como destaca Marcella Pereira Ferraro, no âmbito do processo estrutural, “a participação tem de ser ampla, possibilitando a presença de diferentes atores, espontaneamente ou provocados. Pode ter-se uma interação interinstitucional, dando abertura aos demais poderes, para que de uma maneira conjunta viabilizem o dimensionamento do problema e a construção de potenciais soluções”. (In FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 19.

ecologicamente equilibrado, seja no seu aspecto natural, seja no seu aspecto cultural, com base na tese fixada pelo STF.

CONCLUSÕES

Seja na região norte, seja na região sul, os povos indígenas e toda a sua riqueza cultural estão presentes nas terras brasileiras; outrora, *terra brasilis*, *terra dos índios*. Os casos que foram, aqui, apresentados ratificam uma das principais peculiaridades desses povos: tradicionalidade.

Nos debates dos julgados mencionados foi verificada a necessidade de não somente definir a tese do indigenato ou a tese do marco temporal, mas a necessidade de estabelecer diretrizes para efetivar o procedimento de demarcação das terras indígenas e lidar com a proteção dos demais direitos também amparados na Constituição.

Enquanto que, no caso do norte do país, a atuação do STF deu-se em sua competência ordinária, com a prolação de decisão sem efeito vinculante e, portanto, não se estendendo, obrigatoriamente, a outros litígios que envolviam terras indígenas, no caso do sul, a atuação deu-se na competência recursal, com fixação de tese com repercussão geral. Portanto, diferente das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, que serviram como orientação com caráter flexível para os procedimentos demarcatórios e que, aqui, associamos a uma decisão núcleo, a tese firmada deve ser aplicada pelos juízos e tribunais em casos idênticos, não a um caso análogo¹³.

Não é suficiente, portanto, a aplicação da atual tese fixada para a solução de todos os conflitos que ocorrem e que venham a ocorrer em torno das terras indígenas, que abrange diferentes circunstâncias fáticas e interesses amparados na Constituição, incluindo o relevante interesse público da União, questões da exploração dos recursos hídricos e energéticos, da pesquisa e da lavra das riquezas minerais e outros pontos previstos nos parágrafos do artigo 231 da CRFB/1988 que não foram disciplinados na tese.

Dessa forma, o Poder Judiciário deve aplicar a tese firmada, mas, sendo necessária, com a efetividade do diálogo entre as partes envolvidas e interessadas na solução do conflito, a implementação de medidas estruturantes que venham a fortalecer o cenário que

13 Segundo Teresa Arruda Alvim e Fábio Victor da Fonte Monnerat, “cabe ao STF, na sua função de criar precedentes vinculantes, orientar não só as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, mas também a conduta do próprio jurisdicionado. Preencher a tese com a fundamentação do caso e com a decisão propriamente dita ou optar por sintetizar apenas a solução da questão submetida, são opções possíveis. Mas, em qualquer caso, o ponto central é a impossibilidade de se inserir na tese a resolução de questões que não foram objeto de discussão”. (*Op. cit.* Acesso em 4/10/2023).

comporte a proteção não só dos direitos originários dos povos tradicionais, mas, também, dos demais direitos constitucionais fundamentais quando conciliáveis no caso concreto levado ao juízo, notadamente, nos casos não idênticos ao que originou a tese.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Sobre a fixação da “tese” na repercussão geral. **Migalhas**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depe-so/394608/sobre-a-fixacao-da-tese-na-repercussao-geral>. Acesso em 4/11/2023.

BAURMANN, Desirê. Structural injunctions no Direito norte-americano. In ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (coord). **Processos Estruturais**. 1ª ed. Juspodvim: Salvador, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário mantém condicionantes fixadas no caso Raposa Serra do Sol**, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <[https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/111984637/plenario-mantem-condicoes-fixadas-no-caso-raposa-serra-do-sol#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,PET\)%203388%20n%C3%A3o%20tem%20efeito](https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/111984637/plenario-mantem-condicoes-fixadas-no-caso-raposa-serra-do-sol#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,PET)%203388%20n%C3%A3o%20tem%20efeito)>. Acesso em 4/11/2023.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Histórias dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. Marco Temporal e segurança jurídica: por que e para quem? **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-jun-09/bruno-cerqueira-marco-temporal-seguranca-juridica#:~:text=O%20%22marco%20temporal%22%20que%20a,civil%2Fcivilista%2C%20mas%20origin%C3%A1rio.>>. Acesso em 25/9/2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional** – 17. Ed. ver. Ampl. E atual. Salvador: Juspodvim, 2023.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FRAJDENBERG, Cherles Pachciarek. **A efetivação de medidas estruturantes pelo Supremo Tribunal Federal em processos de competência originária**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho – UNIOVE, São Paulo, 2022.

O BOLETIM INDICA



Neste número, o Boletim indicia a coletânea “Novas Perspectivas da Cooperação Jurídica Internacional – uma visão de juristas brasileiras” (Arraes, 2024) organizada por Denise Neves Abade (Procuradora Regional da República), Cláudia Maria de Freitas Chagas e Maria Rosa Guimarães Loula .

Reunindo artigos de diversas juristas brasileiras, o livro inova por sua abordagem abrangente e atualizada das questões que permeiam o Direito em um contexto globalizado, onde as disputas penais, civis e comerciais frequentemente ultrapassam fronteiras nacionais.

Além do conteúdo relevante e contemporâneo, “Novas Perspectivas da Cooperação Jurídica Internacional – uma visão de juristas brasileiras” destaca-se por ser uma obra escrita inteiramente por mulheres. Essa característica é de suma importância, pois enfatiza a contribuição feminina no campo jurídico, um espaço onde as mulheres ainda enfrentam barreiras significativas para terem seu trabalho reconhecido e valorizado. As organizadoras e autoras, ao comporem uma obra coletiva exclusivamente feminina, não só trazem à tona questões cruciais da cooperação jurídica internacional, mas também promovem a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres no Direito.

Na obra, Denise Neves Abade, uma das organizadoras e Procuradora Regional da República, apresenta uma análise sobre a transferência internacional de pessoas condenadas, ressaltando a necessidade de ver o indivíduo como sujeito, e não apenas como objeto



da cooperação jurídica. Sua análise é essencial para entender as nuances da cooperação jurídica que respeita os direitos humanos e promove a justiça.

Anamara Osório, também Procuradora Regional da República e atual Secretária de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, contribui com uma reflexão profunda sobre a cooperação interinstitucional entre Ministérios Públicos em matéria penal, destacando a importância de um trabalho colaborativo para o combate eficaz ao crime. Seu artigo evidencia como a cooperação entre instituições pode aprimorar a eficácia das investigações e a punição dos responsáveis por crimes transnacionais.

Além das contribuições das procuradoras, a obra inclui artigos notáveis de outras juristas renomadas. Maria Thereza de Assis Moura (Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Professora da USP) e a Marta Saad (Professora da USP) exploram em artigo conjunto os desafios impostos pelo cibercrime à obtenção de provas para fins de persecução penal, oferecendo uma visão detalhada sobre a cooperação jurídica necessária nesse contexto. Nadia de Araujo (Professora da PUC-RJ) discute o uso de plataformas de videoconferência na obtenção de provas no exterior, mostrando como a tecnologia pode facilitar a cooperação jurídica internacional.

Carmen Tiburcio (Professora da UERJ) oferece uma análise detalhada sobre a violência doméstica e suas repercussões jurídicas à luz da Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças, enquanto Marilda Rosado (Professora da UERJ) discute a homologação de laudos arbitrais estrangeiros no Brasil, um tema de grande relevância para a cooperação jurídica internacional.

Mônica Sifuentes (Desembargadora Federal) traz uma análise sobre as comunicações judiciais diretas e a Convenção da Haia de 1980, e Maria Rosa Guimarães Loula (Professora do IDP), outra das organizadoras da obra, faz uma crítica à ausência de uma Lei Geral de Cooperação Jurídica Internacional no ordenamento jurídico brasileiro. Cláudia Chagas aborda os complexos aspectos da proteção de dados pessoais no contexto da cooperação jurídica internacional, destacando a importância de salvaguardas robustas para proteger os direitos dos indivíduos.

A coletânea aborda ainda uma ampla gama de outros temas, como a partilha de imóveis no exterior e recuperação de ativos, entre outros, demonstrando a diversidade e complexidade das questões envolvidas na cooperação jurídica internacional.

“Novas Perspectivas da Cooperação Jurídica Internacional – uma visão de juristas brasileiras” é uma obra fundamental para acadêmicos, profissionais do direito e formuladores de políticas públicas. Proporciona uma visão detalhada e crítica das práticas atuais, oferecendo soluções inovadoras para os desafios da cooperação jurídica

internacional. Publicada em um momento em que a colaboração além-fronteiras é mais crucial do que nunca, esta coletânea é um recurso valioso para a construção de um sistema jurídico mais eficaz e humanitário. Além disso, ao ser uma obra escrita inteiramente por mulheres, reafirma a importância da inclusão e da diversidade no desenvolvimento de um Direito mais justo e equitativo.

O livro pode ser obtido no site da Arraes Editores

<https://arraeseditores.com.br/>



anpr

Associação Nacional
dos Procuradores
da República