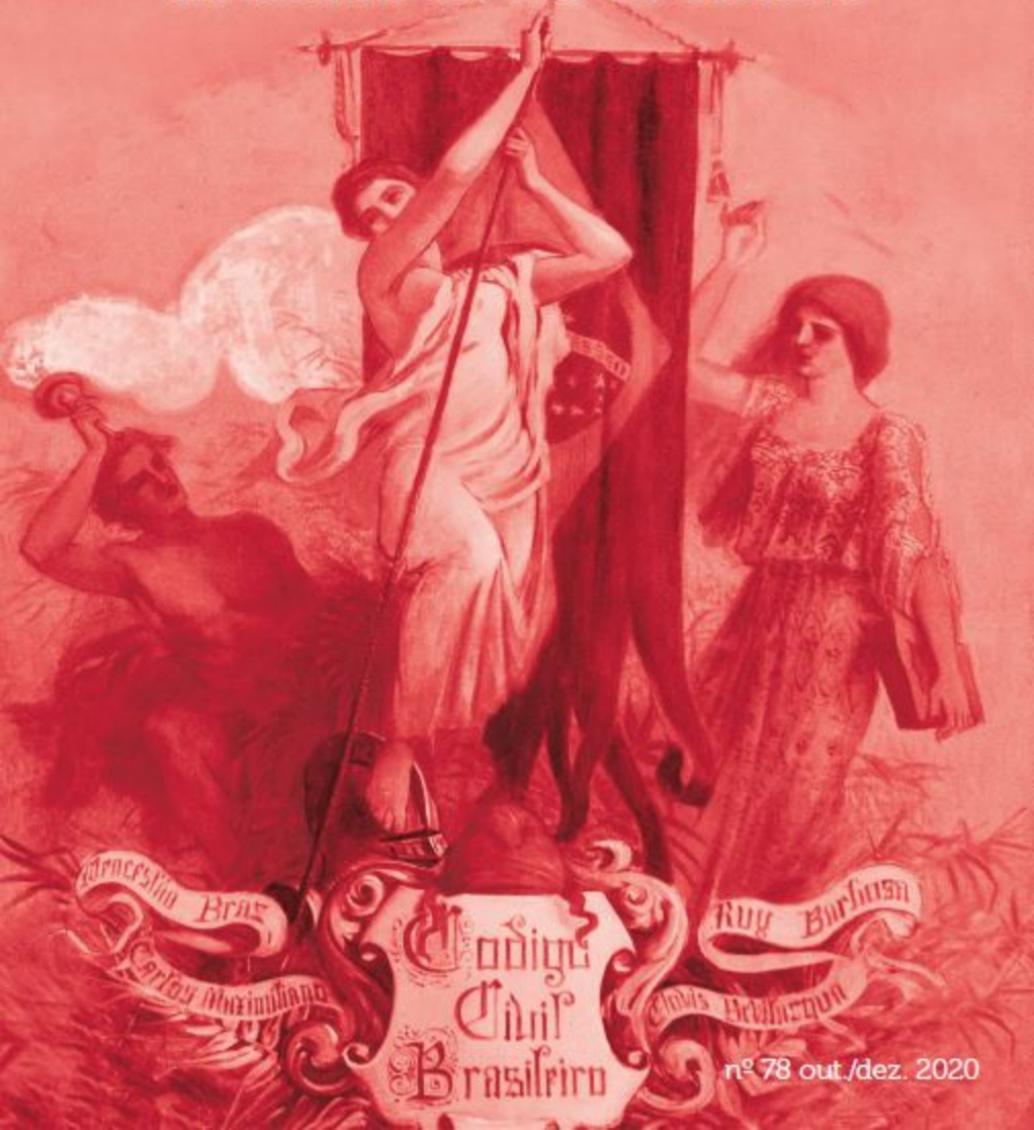


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 78 out./dez. 2020

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara	Guilherme Peres
Antônio do Passo Cabral	Guilherme Sandoval Góes
Antonio Henrique Graciano Suxberger	Marcelo Machado Costa Lima
Clarissa Diniz Guedes	Márcio Carvalho Faria
Fernanda Medina Pantoja	Ronaldo Cramer
Fredie Didier Jr.	Sofia Temer

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro. A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | e-mail: revista@mprj.mp.br

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, nº 1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2019 (1 - 74)
2020 (75, 76, 77, 78)

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario
Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ricardo Ribeiro Martins
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais
e de Direitos Humanos

Marfan Martins Vieira
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações
Institucionais e Defesa de Prerrogativas

Virgilio Panagiotis Stavridis
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Sérgio Bastos Vianna de Souza
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

Membros eleitos

Patrícia Silveira da Rosa
Pedro Elias Erthal Sanglard
Sumaya Therezinha Helayel
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Maria Luiza de Lamare São Paulo
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana
Márcia Maria Tamburini Porto
Patricia Mothé Glioche Béze

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite
Walberto Fernandes de Lima
Lílian Moreira Pinho
Anna Maria Di Masi

Pelos Promotores de Justiça

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Viviane Tavares Henriques
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Vera Regina de Almeida

**Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Ertulei Laureano Matos
Presidente

• • •

**Caixa de Assistência do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

**Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Georgea Marcovecchio Guerra
Diretor-Presidente

• • •

**Centro dos Procuradores de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro**

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro finalmente chegou à última edição de 2020, um ano vividamente marcado por profundas mudanças em função da pandemia do Covid-19. À necessidade premente de readaptação nos mais diferentes níveis da organização social, exigindo o redimensionamento das relações de trabalho e a valorização da saúde e do senso de coletividade, somou-se o repensar das formas de encarar o mundo, com a correlata redefinição do nosso rol de prioridades. A valorização da vida e da saúde, bem como o pesar pela morte e o sofrimento com a doença assumiram dimensões ímpares.

A Revista, naturalmente, não ficou imune aos desafios impostos pelo momento que vivemos. Encerramos o ano com a expectativa de termos cumprido o compromisso de trazer aos nossos leitores reflexões sobre direito, cidadania, política, filosofia e desenvolvimento social, as quais contribuem para o aprofundamento do pensamento crítico e nos conduzem por distintas perspectivas de análise da realidade.

A seção “Doutrina” conta com a colaboração de membros convidados e outros articuladores renomados, os quais, à luz do atual contexto sociológico e jurídico, lançam um olhar acurado sobre questões da contemporaneidade. “Análise crítica de acordos de colaboração realizados no âmbito da operação Lava-Jato à luz das coordenadas constitucionais”; “intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos” e a “aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público” são três temas de indiscutível atualidade: o primeiro abordado pela especialista em Direito Público, Bárbara Dorati Ferrari; o segundo, em coautoria entre o Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito, Fredie Didier Jr., o Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo Hermes Zaneti Jr. e o Professor Gustavo Silva Alves, e o terceiro, da lavra do membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB, Valerio de Oliveira Mazzuoli, em parceria com os Promotores de Justiça no Estado do Mato Grosso, Marcelle Rodrigues da Costa e Faria e Kledson Dionysio de Oliveira. Também compõem o acervo doutrinário a análise acerca da promessa de não processar e não postular no direito brasileiro, sendo investigadas suas origens no *pactum de non petendo* do direito romano, da lavra do Procurador da República Antonio do Passo Cabral, além de questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal, de autoria do Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão Sandro Carvalho Lobato de Carvalho.

As contribuições trazidas pelos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro se materializam em sete estudos específicos: “O papel do *compliance* no delineamento da cultura corporativa”, da lavra de Emerson Garcia; “O Estado como garantidor da liberdade de expressão na Internet”, de autoria de Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento; “A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de *Sharenting*: reflexões iniciais”, por Lucia Maria Teixeira Ferreira; e “Sujeitos processuais no processo de interdição”, de autoria de Robson Renault Godinho. Outros relevantes estudos produzidos por membros do MPRJ desta feita

em coautoria, são: “Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais”, de Guilherme Magalhães Martins em parceria com o professor e advogado José Luiz de Moura Faleiros Júnior; o “Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio?”, de Carlos Gustavo Coelho de Andrade em coautoria com o Procurador Regional da República Douglas Fischer; “A persecução da lavagem de capitais como política pública fomentada pelo Ministério Público para a tutela do meio ambiente”, de Francisco de Assis Machado Cardoso e do Promotor de Justiça do Ministério Público do Sergipe Rafael Schwez Kurkowski.

No “Observatório Jurídico”, o tributarista Ives Gandra questiona o crescimento das democracias e o Promotor de Justiça Emerson Garcia aborda a questão da democracia digital e as eleições 2020. No “Observatório Filosófico”, o Procurador de Justiça do MPRJ Adolfo Borges Filho apresenta um ensaio sobre o *rosto* como arquétipo na ética da responsabilidade de Emmanuel Levinas; os Professores Delmo Mattos e Cristian de Oliveira Gamba trazem um estudo sobre as contradições entre a ordem jurídica e a necropolítica; e a compreensão da liberdade na patrística de Santo Agostinho e o pressuposto da contratualidade nas relações humanas é tratada em coautoria pelos Professores Getúlio Nascimento Braga Júnior e Marcelo Machado Costa Lima.

O destaque na seção “Memória Institucional” é a entrevista realizada com os notáveis processualistas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

A prática ministerial é retratada em peças processuais da lavra de membros desta Instituição, os quais incursionam em situações sistêmicas, administrativas e jurídicas do cotidiano finalístico do Ministério Público.

Para a seção “Jurisprudência”, o critério de seleção das decisões continuou sendo o seu grau de representatividade quanto às tendências jurisprudenciais dos dois principais tribunais nacionais, o STF e o STJ, tanto na área cível quanto na criminal.

Em “Jurisprudência Internacional” é apresentado o Caso Fernández Prieto Y Tumbeiro VS. Argentina (sentença de 1 de setembro de 2020), cuja decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos retrata alterações nas regras sobre abordagens policiais, que passam a ser consideradas arbitrárias caso não encontrem motivação em elementos objetivos e verificáveis para a Justiça. A decisão vale para todos os países sob a jurisdição do Tribunal, o que inclui o Brasil, especificamente no que se refere às abordagens policiais justificadas apenas na “fundada suspeita”.

Por fim, lembramos que nossa Revista conta com a versão eletrônica, cujo objetivo é ampliar o acesso, aumentando o diálogo e possibilitando o enriquecimento científico de tantos quantos se dediquem ao estudo do direito. Aos nossos leitores, um agradável momento de reflexão, aos nossos autores, muito obrigado pelo empenho e brilhantismo.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

<i>Pactum de non petendo</i> : a promessa de não processar no direito brasileiro <i>Antonio do Passo Cabral</i>	19
Análise crítica de acordos de colaboração realizados no âmbito da operação Lava-Jato à luz das coordenadas constitucionais <i>Bárbara Dorati Ferrari</i>	45
O Estado como garantidor da liberdade de expressão na Internet <i>Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento</i>	75
Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio? <i>Carlos Gustavo Coelho de Andrade</i> <i>Douglas Fischer</i>	89
O papel do <i>compliance</i> no delineamento da cultura corporativa <i>Emerson Garcia</i>	123
Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Hermes Zaneti Jr.</i> <i>Gustavo Silva Alves</i>	135
Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais <i>Guilherme Magalhães Martins</i> <i>José Luiz de Moura Faleiros Júnior</i>	157
A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de <i>Sharenting</i> : reflexões iniciais <i>Lucia Maria Teixeira Ferreira</i>	165
A persecução da lavagem de capitais como política pública fomentada pelo Ministério Público para a tutela do meio ambiente <i>Rafael Schwez Kurkowski</i> <i>Francisco de Assis Machado Cardoso</i>	185
Sujeitos processuais no processo de interdição <i>Robson Renault Godinho</i>	207

Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal <i>Sandro Carvalho Lobato de Carvalho</i>	247
---	-----

Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i> <i>Marcelle Rodrigues da Costa e Faria</i> <i>Kledson Dionysio de Oliveira</i>	263
--	-----

Observatório Jurídico

Por que as democracias não crescem? <i>Ives Gandra</i>	301
---	-----

Democracia digital e eleições 2020 <i>Emerson Garcia</i>	303
---	-----

Observatório Filosófico

O <i>rosto</i> como arquétipo na ética da responsabilidade de Emmanuel Levinas <i>Adolfo Borges Filho</i>	309
--	-----

Contradições entre a ordem jurídica e a necropolítica <i>Delmo Mattos</i> <i>Cristian de Oliveira Gamba</i>	315
---	-----

A compreensão da liberdade na patrística de Santo Agostinho e o pressuposto da contratualidade nas relações humanas <i>Getúlio Nascimento Braga Júnior</i> <i>Marcelo Machado Costa Lima</i>	321
--	-----

Peças Processuais

Pareceres

Processo Administrativo. Parecer. Consultoria Jurídica. Processo de gestão administrativa. Secretaria de Planejamento e Finanças do Ministério Público. Efetivação de crédito suplementar ao orçamento do Ministério Público, na unidade orçamentária Fundo Especial do Ministério Público. <i>Emerson Garcia</i>	329
--	-----

Decisão ministerial. 2ª Provedoria de Fundações da Capital. Processo MPRJ nº 2011.00681981. Prescrição quinquenal para exame de contas fundacionais. Prestação de contas por fundação de direito privado sob velamento do Ministério Público. Dúvida quanto ao prazo prescricional da pretensão sancionatória ministerial diante do silêncio das normas de regência. Adoção de prazo quinquenal seja em aplicação analógica *in bonam partem* de norma constitucional estadual para exame de contas de fundações públicas pela Corte de Contas, seja por incidência direta de lei local, ressalvada a imprescritibilidade de dano ao erário decorrente de transgressão de direito administrativo.

José Marinho Paulo Junior..... 337

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. Décima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0049608-64.2020.8.19.0000. Direito falimentar. Direito processual. Falência do banco BRJ S/A. Despacho determinando desentranhamento de peças ao fundamento de inexistência de condição de credora. Agravo de Instrumento.

Kleber Couto Pinto..... 351

Processo Administrativo MPRJ nº 2015.00994969. Parecer da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais. Aplicação analógica da norma veiculada pelo art. 28, do Código de Processo Penal, em Processo Cível. Mera divergência de entendimento entre Juiz e membro do Ministério Público sobre determinada situação de cunho estritamente jurídico.

Marlon Oberst Cordovil 369

Peça

Ação Coletiva de Consumo. Peça Processual. ACP ajuizada em face de *Tickets For Fun*. Pedido de condenação para que a reclamada se abstenha de subtrair ao consumidor que adquiriu o ingresso para o evento Lollapalooza, que deveria ter se realizado em abril de 2020, a opção de reembolso do valor já pago. Declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20, na parte em que prevê que o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor. Danos materiais e morais individualmente considerados e em sentido coletivo.

Rodrigo Terra..... 375

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória 395

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho: civilistas notáveis do Ministério Público..... 397

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 187.084 / Rio de Janeiro. Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. Processual penal e penal. Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006. Pretensão de revogação da custódia cautelar. Supressão de instância. Ausência de julgamento colegiado de mérito no tribunal *a quo*. Ôbice ao conhecimento do *writ* nesta corte. Reiteração das razões. Superveniência de decisão de mérito. Alteração do quadro fático processual. Prejuízo da impetração. Agravo regimental desprovido.

Primeira Turma, Sessão Virtual de 14/08/2020 a 21/08/2020..... **421**

Jurisprudência Civil

Agravo Regimental na Reclamação nº 41.035 / Rio de Janeiro. Direito Constitucional. Agravo interno em reclamação. Recomendação do Ministério Público. Ausência de caráter impositivo. Inocorrência de violação ao decidido na ADPF 187 e ADI 1.969. Falta de aderência entre ato reclamado e os paradigmas invocados.

Primeira Turma, Sessão Virtual de 21/08/2020 a 28/08/2020..... **435**

Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 671/ Distrito Federal. Constitucional. Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direitos à saúde, à vida, à igualdade e à dignidade da pessoa humana alegadamente violados. Atingimento de uma sociedade justa e igualitária como meta constitucional. Pandemia acarretada pela covid-19. Pretensão de requisitar administrativamente bens e serviços de saúde privados. ADPF que configura via processual inadequada. Instrumento já previsto em leis autorizativas. Inobservância do princípio da subsidiariedade. Existência de outros instrumentos aptos a sanar a alegada lesividade. Deferimento da medida que violaria a separação dos poderes. Atuação privativa do poder executivo. Medida que pressupõe exame de evidências científicas e considerações de caráter estratégico. Omissão não evidenciada. Agravo regimental a que se nega provimento.

Plenário, Sessão Virtual de 05/06/2020 a 15/06/2020..... **445**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 572.974 / Rio de Janeiro (2020/0086169-2). *Habeas Corpus*. Associação criminosa armada. Cárcere preventivo mantido na sentença. Prejudicialidade. Ausência. Art. 312 do CPP. *Periculum libertatis*. Motivação idônea. Covid-19. Paciente foragido. Pedido prejudicado. Ordem conhecida em parte e denegada.

Sexta Turma, 23/06/2020 **467**

Jurisprudência Civil

Recurso em Mandado de Segurança nº 61.302 / Rio de Janeiro (2019/0199132-0). Recurso em mandado de segurança. Direito à privacidade e à intimidade. Identificação de usuários em determinada localização geográfica. Imposição que não indica pessoa individualizada. Ausência de ilegalidade ou de violação dos princípios e garantias constitucionais. Fundamentação da medida. Ocorrência. Proporcionalidade. Recurso em mandado de segurança não provido.

Terceira Seção, 26/08/2020 **483**

Recurso em Mandado de Segurança nº 63.623 / Rio de Janeiro (2020/0128968-8). Administrativo e processual civil. Recurso em Mandado de Segurança. Alegada violação ao art. 489 do CPC/2015. Inexistência. Expedição de certificado de conclusão do ensino médio. Ensino a distância. Encerramento da instituição de ensino. Suspeita de fraude na anterior emissão de histórico escolar e de declaração de conclusão de curso. Prova pré-constituída do direito líquido e certo. Inexistência. Necessidade de dilação probatória. Recurso em mandado de segurança improvido.

Segunda Turma, 01/09/2020 **515**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **541**

Caso Fernández Prieto Y Tumbeiro Vs. Argentina **543**

Noticiário

Cláudio Henrique da Cruz Viana é eleito Presidente da Amperj **605**

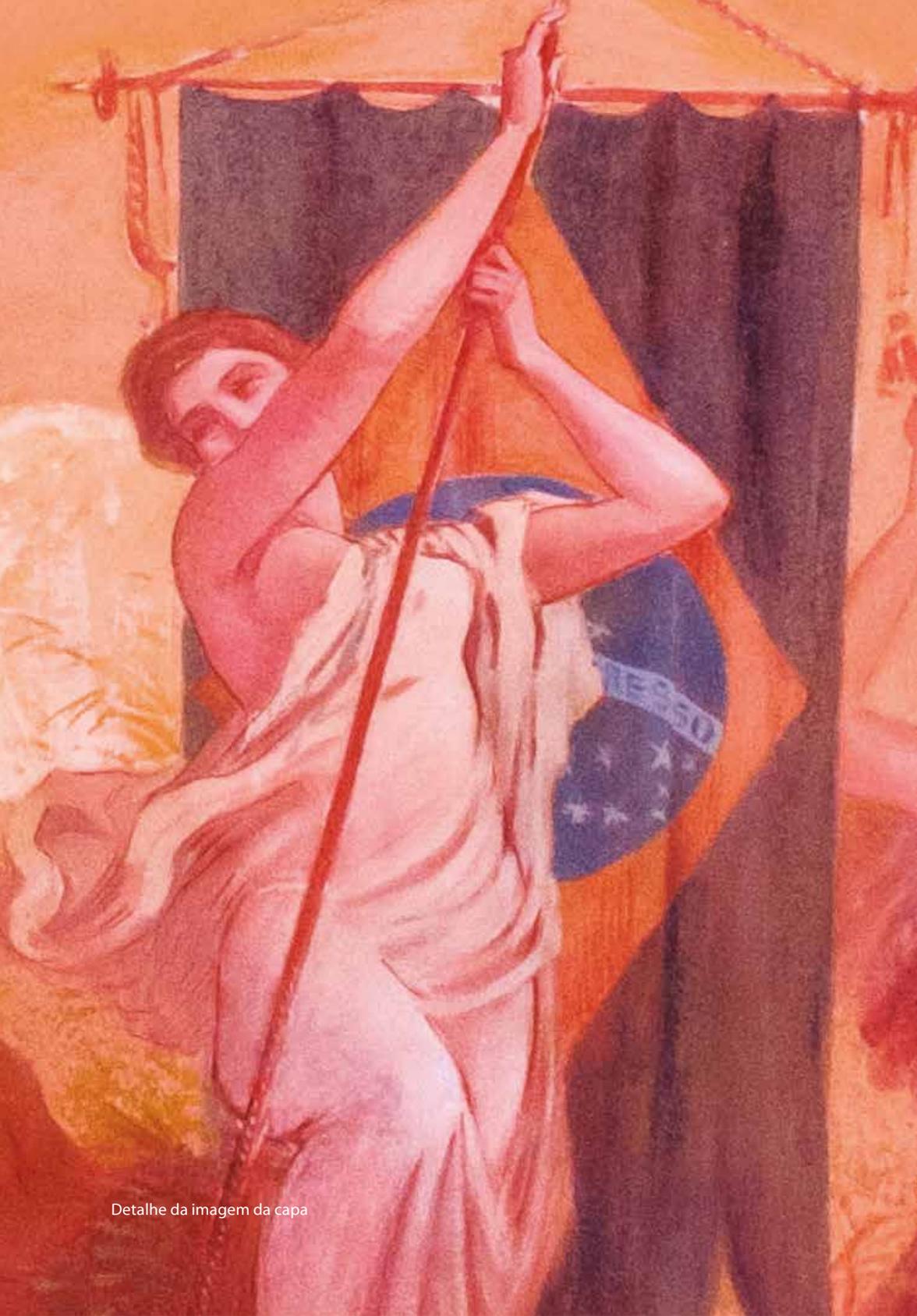
MPRJ elege oito novos integrantes do Conselho Superior **607**

MPRJ homologa resultado da eleição para formação da lista tríplice para PGJ **609**

MPRJ inaugura Espaço Cultural em homenagem à Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos **611**

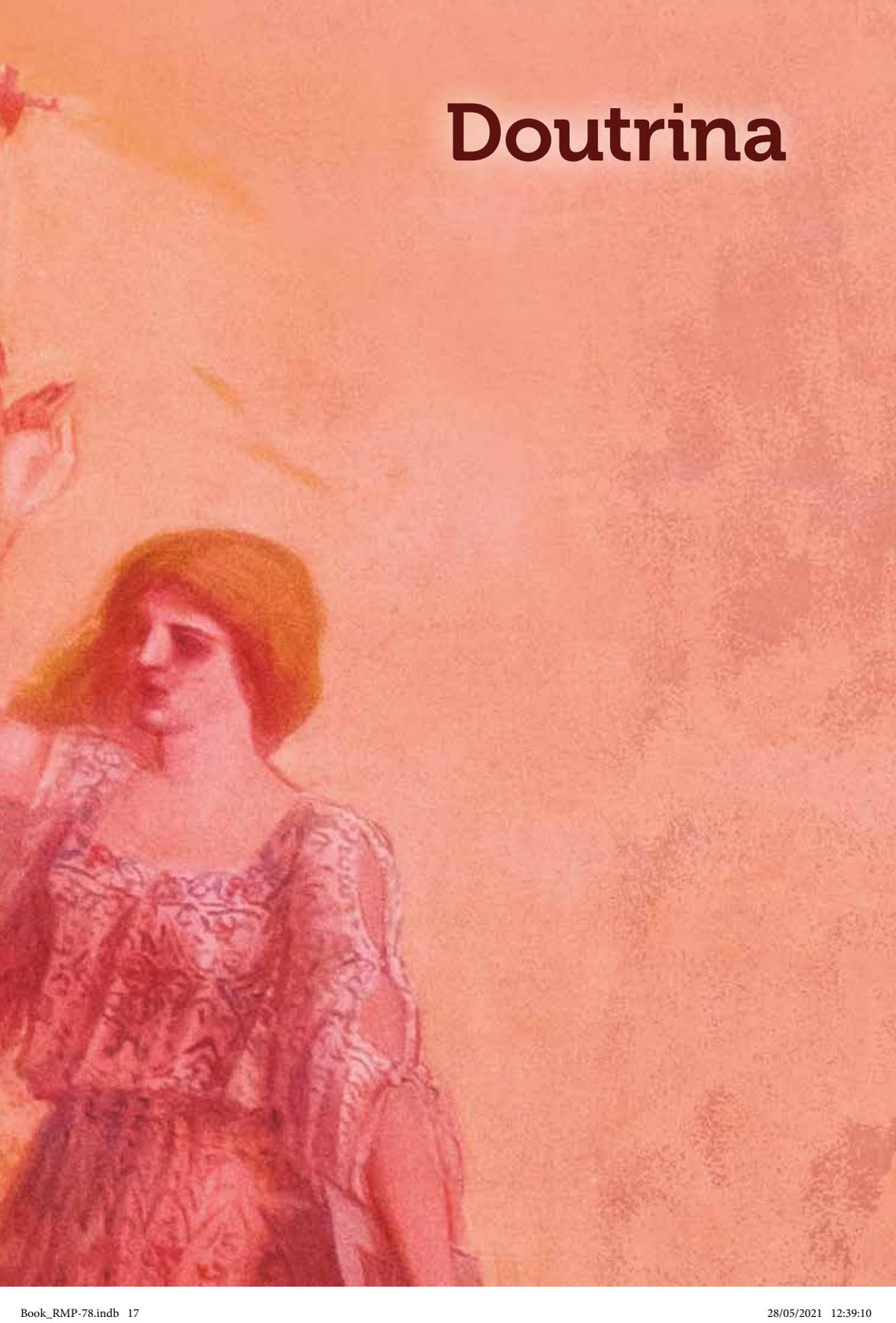
MPRJ entrega Colar do Mérito e Medalha Annibal Frederico de Souza e anuncia os vencedores do prêmio MPRJ Ideias Inovadoras **613**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **625**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



***Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro¹**

Antonio do Passo Cabral*

Sumário

1. Introdução. Do direito romano à importância e utilidade atual do instituto. 2. Objeto do *pactum de non petendo*. Natureza processual ou material? 3. Promessa de não processar como convenção *ad tempus*. Inadmissibilidade do *pactum in perpetuum* ou por período maior que o prazo de prescrição. 4. Efeitos. Limitação à cobrança judicial. Criação de um impedimento processual temporário ou condicionado. 5. Formas de implementação da promessa de não processar. 6. O *pactum de non petendo* no direito brasileiro. 6.1. O acordo de não persecução penal. 6.2. Promessa de não processar na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. 6.3. *Pactum de non exequendo*. 7. Promessa de não postular: *pactum de non petendo* parcial. 7.1. Objeto: o direito de alegar em juízo. 7.2. Notas de direito estrangeiro: cláusulas de garantia autônoma e de não contestação. A cláusula *solve et repete* como negócio processual. 7.3. Promessas de não postular típicas no direito brasileiro. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O artigo discute a promessa de não processar e não postular no direito brasileiro. Investigando suas origens no *pactum de non petendo* no direito romano, enfrenta-se o debate sobre seu objeto, natureza e efeitos. Além disso, busca-se identificar a existência no direito positivo e na prática de promessas de não processar no sistema jurídico nacional.

¹ Este artigo é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, liderado pelo autor e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9009555729002032>), um dos fundadores da ProcNet – “Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Cível e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa-0/>). Durante a fase de elaboração do texto, disponibilizamos uma versão manuscrita para debate na internet através do site www.academia.edu. Todos os comentários foram considerados na redação final, e agradecemos aos colegas que participaram das discussões.

* Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor Associado de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador da República. Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Visitante nas Universidades de Passau (2015), Kiel (2016 e 2017), Alemanha, e na Universidade Ritsumeikan, Quioto, Japão (2018). *Senior Lecturer* na *Peking University*, China (2019).

Abstract

The article discusses the covenant not to sue in Brazilian Law. Examining its origins in the *pactum de non petendo* in Roman Law, the paper approaches the debate on the object, nature and effects of such litigation agreement. The article also intends to identify the existence in statutory provisions and in practice, of covenants not to sue in the national legal system.

Palavras-chave: Promessa de não processar. Promessa de não postular. *Pactum de non petendo*.

Keywords: *Covenant not to sue. Pactum de non petendo.*

1. Introdução. Do direito romano à importância e utilidade atual do instituto

A promessa de não processar ou *pactum de non petendo* é um negócio jurídico processual dos mais antigos de que se tem conhecimento. Embora possa ser unilateral, é comum que seja um acordo, portanto bilateral: os convenientes se comprometem, por um prazo ou sob condição, a não ajuizar ações judiciais uns contra os outros.²

Existentes desde o direito romano,³ as promessas de não processar são conhecidas no direito estrangeiro atual. Na Europa, são teorizadas e praticadas há muito tempo.⁴ Na França, são também chamadas de “contratos de não oposição”.⁵ No *common law*, também existem previsões semelhantes. No direito norte-americano, há figura chamada de *covenant not to sue*, também praticada na Inglaterra,⁶ que, grosso modo, corresponde à promessa de não processar.⁷ Na África do Sul, o *pactum de non petendo* também tem aceitação jurisprudencial.⁸

² DE BENITO, Marco. I contratti processuali. Mimeografado, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/30444681/I_contratti_processuali. Acesso em: 22 jan. 2015, p.4.

³ Nesse sentido, DE CRISTOFARO, Giovanni. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Civile*, n.III, 1996, p.369 ss. Para uma comparação do *pactum de non petendo* com outros institutos do direito romano, BÄHR, Otto. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Leipzig: Georg H. Wigand, 3ª ed., 1894, p. 91 ss.

⁴ Por todos, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 391 ss; MOUSSERON, Jean Marc; MOUSSERON, Pierre; RAYNARD, Jacques; SEUBE, Jean-Baptiste. *Technique contractuelle*. Paris: Lefebvre, 4ª ed., 2010, p. 654.

⁵ PHILIPPON, Pascal. *Le contrat de non-opposition*. Tese de doutorado: Universidade de Montpellier, 1996, *passim*. Nos contratos de seguro franceses, p. ex., são frequentes convenções pelas quais o segurado (*assureur*) abdica de seu direito de agir contra o terceiro responsável. Cf. GRIGNON, Philippe. L'obligation de ne pas agir en justice, in *Mélanges Christian Mouly*. Paris: Litec, t.I, 1998, p. 119.

⁶ *Ellermann Lines Ltd. v. Read* (1928) 2 K.B., p. 144, 151 ss. (C.A.).

⁷ NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im Deutschen und im Deutschen internationalen Recht*. Ludwig-Maximilians-Universität: Tese de doutorado, Munique, 1967, p. 59 ss.

⁸ Na doutrina, VAN ZYL, Gideon Brand. *The theory of the judicial practice of South Africa*. Cape Town: Juta & Co., 4ª ed., 2013, p. 154.

E esta modalidade de negócio jurídico tornou-se renovado objeto de atenção de juristas brasileiros e estrangeiros em razão da ascensão dos acordos processuais em todo o mundo.

De fato, a tendência de dar às partes maior autonomia para promover o autorregramento das formalidades processuais permite que os próprios litigantes sejam protagonistas de seu destino no processo: se nada deliberarem, incide a regra legal, frequentemente impondo-lhes um procedimento rígido e ineficiente; todavia, se assim quiserem, dentro dos limites normativos do sistema, poderão as partes negociar para que seja aplicado um procedimento diferente, mais flexível, adaptado às suas necessidades, e, como se pretende, mais efetivo.

Na esteira desse movimento, o Código de Processo Civil de 2015 quis empoderar as partes para que assumam esse protagonismo na formatação e na condução do procedimento. Além de fomentar a autocomposição e prever um número muito acentuado de negócios processuais típicos, o CPC disciplinou ainda duas cláusulas gerais de negociação dos artigos 190 e 200. A partir desse permissivo, as partes não ficam mais presas ao que está expressamente previsto em lei; podem, pela sua criatividade, negociar outros aspectos do procedimento, antes ou após o surgimento do litígio, prévia ou incidentalmente ao processo judicial.

Nesse contexto, seria natural que, mais cedo ou mais tarde, a atenção da academia se voltasse ao *pactum de non petendo* também no Brasil. Algumas das raras vozes nesse tema têm sido a da professora Paula Costa e Silva, que escreveu substancioso ensaio na coletânea que organizamos sobre negócios jurídicos processuais,⁹ e Alberto Trigo, que publicou um ensaio na Revista de Processo¹⁰ e posteriormente sua dissertação de mestrado, defendida com sucesso na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, talvez a única monografia sobre o tema em língua portuguesa.¹¹

O tema tem enorme importância prática. A promessa de não processar tem sido constantemente incluída em contratos porque significa um verdadeiro “armistício” (como tem a ela informalmente se referido o professor Fredie Didier Jr.), permitindo o transcurso tranquilo da execução do contrato ou gerando tempo para renegociações ou adaptações do negócio jurídico. Ressalte-se ainda que a promessa de não processar não fere a inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV da Constituição) porque significa uma autorrestrrição voluntária, que os próprios titulares do direito ao acesso à justiça se impõem, em nome de outros objetivos negociais.

⁹ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 4ª ed., 2018.

¹⁰ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo* parcial. *Revista de Processo*, ano 43, vol.280, jun., 2018, p. 19 ss.

¹¹ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2019 (há versão comercial intitulada *Promessa de não processar e não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Salvador: JusPodivm, 2020).

É verdade que, no mundo contemporâneo, as relações comerciais e econômicas exigem confiança no cumprimento dos contratos e avenças, o que poderia, numa primeira aproximação, revelar certa resistência aos tipos convencionais que pudessem levar à inexigibilidade, total ou parcial, de outras prestações. Não obstante, como nota Wagner, se a propositura da ação é um ato de liberdade, a exclusão convencional do exercício da pretensão em juízo deve ser admitida.¹² E a utilidade do pacto de não processar, também ele fruto da autonomia privada e baseado na possibilidade de todo indivíduo de dispor de seus direitos,¹³ reside também na “diminuição da intensidade da coercibilidade do dever de prestar”, que pode contribuir para a criação de condições psicológicas, motivacionais, verdadeiros incentivos para o cumprimento da prestação pelo devedor.

Ademais, o *pactum de non petendo* pode atuar como forma de gestão do risco do inadimplemento pois, a depender do conteúdo da promessa, a iniciativa e o impulso de agir na justiça – possíveis tanto para o credor como para o devedor – terão que ser estrategicamente avaliados em conjunto com outras formas não judiciais de cobrança e exigência do cumprimento do contrato.¹⁴

2. Objeto do *pactum de non petendo*. Natureza processual ou material?

Uma indagação seminal é: a promessa de não processar é ou não uma convenção de natureza processual? No direito romano, o instituto implicava efeitos no plano do direito material, adquirindo contornos de uma verdadeira causa de extinção da obrigação que se operava por meio de uma exceção processual (*ope exceptionis*).¹⁵ O *pactum de non petendo* era um contrato, equivalente em seus efeitos à remissão da dívida. Porém, “do pacto não resultava o surgimento de uma *obligatio* para o credor nem uma extinção da relação creditória; o devedor não podia fazer valer qualquer pretensão com fonte no pacto através de uma *actio*, mas poderia opor, na ação proposta pelo credor, em incumprimento do acordado, a *exceptio pacti*”.¹⁶

Já no séc. XIX, Josef Kohler – um dos *founding fathers* do tema das convenções processuais – sustentou a natureza material da promessa de não processar, pois esta teria como efeito transformar a dívida em uma obrigação natural.¹⁷ Salvatore Satta, sob outro ângulo, afirmou que o *pactum de non petendo* seria uma convenção sobre o direito subjetivo privado. Nessa linha, ao verificar que as partes tinham celebrado *pactum de non petendo*, o juiz deveria rejeitar a demanda no mérito, julgando-a

¹² WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, Op. cit., p. 440.

¹³ SOEHRING, Kay. *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*. Berlin: Carl Heymanns, 1968, p. 42-48.

¹⁴ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. Op. cit., p. 467.

¹⁵ Já no séc. XX, mas defendendo posição similar, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: L. Röhrscheid, 1935, p. 94, 181-182.

¹⁶ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material, Op. cit., p. 459. A conclusão é praticamente a mesma de DE CRISTOFARO, Giovanni. *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*. Op. cit., p. 370.

¹⁷ KOHLER, Josef. *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*. in *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894, p. 151.

improcedente.¹⁸ Outros autores, como Neuner, diziam que o *pactum de non petendo* refletia uma renúncia ao direito material, e se posteriormente houvesse pagamento voluntário do antigo devedor, este pagamento equivaleria a uma doação.¹⁹ Ruscello defendia que o *pactum* impede o credor de obter o adimplemento, e portanto seria uma promessa de não pedir a prestação, tendo função material.²⁰

Pois bem, fossem essas teses corretas, o *pactum de non petendo* teria natureza material. De outro lado, se a promessa de não processar deixasse intocado o direito substantivo, gerando impedimentos puramente processuais, estaríamos diante de uma convenção *processual*. Um ponto essencial do debate, por conseguinte, é saber qual o objeto da promessa de não processar.²¹

No seio dessa discussão sobre se o *pactum de non petendo* tem natureza material ou processual, cabe indagar se o objeto da promessa é o direito subjetivo, a pretensão de direito material, a pretensão de direito processual, o direito de ação ou apenas um específico instrumento (ou remédio) processual.

A questão não é de simples resolução, e a confusão terminológica na doutrina europeia não auxilia a correta compreensão do fenômeno. Tratar-se-ia de um *pactum de non litigando*, de uma renúncia ao direito de ação, renúncia à exigibilidade do direito material, uma promessa de não exercício de um direito, afinal, qual o objeto dessa disposição?²² E investigar a resposta a respeito do objeto pode auxiliar a conclusão sobre sua natureza do instituto.

Veja-se que o tema se relaciona com conceitos básicos da teoria do processo (ação, pretensão, acionabilidade)²³ e da teoria dos negócios jurídicos (tangencia sobretudo os efeitos dos negócios jurídicos que atingem a exigibilidade do direito).²⁴ Ao fim e ao cabo, o debate remete às eternas discussões sobre as relações entre direito material e direito processual, que sofrem um intenso rearranjo em razão da evolução da negociação sobre o processo.²⁵ Schlosser, p. ex., sustenta que não haveria diferença prática entre a mera exclusão da ação em juízo e uma obrigação natural, apenas uma escalada de atos de disposição.²⁶

¹⁸ SATTÀ, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931, p. 51-52.

¹⁹ NEUNER, Robert. *Privatrecht und Prozeßrecht*. Mannheim: Bensheimer, 1925, p. 108-109.

²⁰ RUSCELLO, Francesco. "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, nº 2, 1976, p. 199-200. Mais recentemente, defendeu a natureza material do *pactum de non petendo* SILVA, Paula Costa em *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 43-44, 48.

²¹ Sobre o tema, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 394 ss.

²² O problema da imprecisão terminológica já foi apontado na literatura italiana. Confira-se, por todos, DE CRISTOFARO, Giovanni. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Op. cit.*, p. 368.

²³ Wagner coloca o tema no contexto mais amplo dos acordos processuais sobre a ação, que teriam como objeto a "acionabilidade" (*Klagbarkeit*), e, portanto, teriam natureza processual. WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 408-413, 437-438. Não obstante, atribui ao *pactum de non petendo* uma natureza híbrida, com efeitos materiais, o que, como se verá, não é nossa posição.

²⁴ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material, *Op. cit.*, p. 458.

²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018, p. 242-243.

²⁶ SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 67.

No meu modo de enxergar o fenômeno, deve-se afirmar a natureza processual do *pactum de non petendo*.²⁷ Trata-se de um acordo cujo objeto relaciona-se com a *exigibilidade* do direito, portanto com a pretensão. De fato, não se pode confundir a existência de uma situação jurídica com seu exercício. Porém, há diversas formas de exercer uma situação jurídica de vantagem, e também de exigí-la. E, se a acionabilidade é o ajuizamento de pretensões *perante órgão jurisdicional* (Judiciário ou arbitral), a promessa de não processar limita-se à pretensão *processual*.²⁸ Por meio do *pactum de non petendo*, os acordantes comprometem-se a não exigir *em sede jurisdicional* o cumprimento do contrato (seja no juízo estatal ou arbitral).²⁹ A promessa de não processar não interfere em nada no direito material, não tem efeitos de remissão de dívida,³⁰ não impacta a pretensão material (art.189 do CC), portanto tampouco pode ser assemelhada à obrigação natural.³¹ As partes continuam podendo exercer seus direitos (e exigí-los) fora do processo, utilizando-se de outras formas de cobrança e pressão para o pagamento.³²

Lembremos que existem vários meios que o sistema jurídico atribui aos titulares de um direito para pretenderem impor sua implementação. Essas maneiras de implementar uma situação de vantagem ganham forma, em concreto, pela atuação

²⁷ No sentido de não ter efeitos no direito material, GRIGNON, Philippe. L'obligation de ne pas agir en justice. *Op. cit.*, p. 124, 128-129.

²⁸ BAUMGÄRTEL, Gottfried. Die Unverwirksamkeit der Klagebefugnis. *Zeitschrift für Zivilprozess*, ano 75, nº 6, dez., 1962, p. 391, 394.

²⁹ Neste sentido, ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale del contratto nella scienza giuridica europea*. Universidade de Cagliari: Tese de doutorado, 2015, p. 102-103.

³⁰ A distinção entre remissão e o *pactum de non petendo* que havia acabado no direito romano, foi retomada na pandectística alemã ao interpretar o *Erlass* ou *Erlassvertrag*, conhecido na Suíça como *Entsagung*. Alguns autores distinguem efeitos materiais e processuais da remissão: haveria um efeito orientado à extinção da obrigação, e outros que preservariam o crédito, mas obrigariam o credor a não o exercer em juízo. Sobre o tema, negando a equivalência do *pactum de non petendo* com a remissão, RUSCELLO, Francesco. "*Pactum de non petendo*" e *vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*. *Op. cit.*, p. 203, 208. À luz do direito brasileiro, a remissão, de fato, pode ser diferenciada do *pactum de non petendo* em diversos aspectos. Como extingue a obrigação, a remissão termina também as garantias acessórias (a promessa de não processar não interfere nas garantias acessórias, tenham ou não sido prestadas por terceiro). Além disso, se houver pagamento espontâneo após a remissão, a hipótese é de repetição de indébito; se o devedor paga após celebrar um *pactum de non petendo*, a obrigação era devida, e, portanto, não há "indébito" e nada deve ser restituído. Por fim, em havendo solidariedade, firmado *pactum de non petendo* com apenas um dos devedores solidários, o credor pode cobrar a dívida integralmente dos demais (a promessa de não processar só o impedia de mover a cobrança judicial em face do conveniente).

³¹ Na Alemanha, Hans Reichel diferencia as "pretensões não acionáveis" das obrigações naturais. Estas, para ele, são incoercíveis, e, portanto, seriam "não pretensões" (*Nichtansprüche*). Falta-lhes algo no plano do direito material, não a acionabilidade. Na obrigação natural, o sistema atribui um contradireito ao devedor, de modo que a pretensão não pode ser exercida contra sua vontade, judicial ou extrajudicialmente. Mas aqui, a impossibilidade de fazer valer a pretensão é uma consequência de um problema que está no plano do direito material. REICHEL, Hans. *Unklagbare Ansprüche. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol.59, 1911, p. 425 ss.

³² Inclusive formas de autotutela ou autoexecutoriedade das prestações. Gerhard Wagner, falando sobre os acordos processuais que dispõem sobre a ação, chama atenção para o ponto. Cf. WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 398-399. Claro que tudo vai depender da redação do acordo, a fim de que se possa corretamente interpretar o objeto da disposição. As partes podem convencionar a exclusão de qualquer meio de efetivação da pretensão, incluindo os meios extrajudiciais, e aí de fato o *pactum de non petendo* configuraria uma disposição sobre a pretensão material. Mas se a exclusão abrange, como sói acontecer, apenas a via judicial, os efeitos são puramente processuais, incidentes sobre a pretensão de direito processual. Correto, NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluss der Klagbarkeit...*, *Op. cit.*, p. 47-49.

dos interessados. E os interessados podem fazê-lo judicial ou extrajudicialmente. Mas a pretensão material não muda, nem diminui sua abrangência, dependendo da forma utilizada para implementar o interesse.³³ Por isso, o fato de o interessado se utilizar de meios judiciais ou extrajudiciais para fazer valer a pretensão é um dado que não toca o direito material ou a pretensão material.³⁴

3. Promessa de não processar como convenção *ad tempus*. Inadmissibilidade do *pactum in perpetuum* ou por período maior que o prazo de prescrição

Entendo ainda que, justamente por seu caráter processual, a promessa de não processar não pode escamotear uma renúncia ao direito material. Por isso, o *pactum de non petendo* tem que ser limitado temporalmente (é um acordo *ad tempus*),³⁵ não podendo ser convenicionado por período que extrapole o prazo prescricional ou decadencial,³⁶ o que equivaleria a produzir uma obrigação natural. Tampouco é admissível a promessa de não processar eterna (*pactum in perpetuum*).³⁷ Não nego a possibilidade de que as partes perdoem a dívida (remissão, art.385 do CC) ou negociem sobre a prescrição ou sobre a decadência, podendo renunciar a elas, o que é autorizado pelos artigos 191, 192, 202, VI, 211, todos do Código Civil. Porém, devem fazê-lo na forma e com os requisitos e pressupostos para uma disposição a respeito do direito material, como p. ex., a disponibilidade dos direitos materiais subjacentes. Admitir que tais efeitos sejam produzidos por meio de um *pactum de non petendo* perpétuo pode a meu juízo incentivar o uso abusivo da promessa de não processar como forma de esconder uma disposição sobre a pretensão de direito material ou acerca do próprio direito subjetivo.

³³ NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...* Op. cit., p. 2-3, 29. Sobre o tema, veja-se ainda REICHEL, Hans. *Unklagbare Ansprüche. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 59, 1911, p. 409-416.

³⁴ NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...* Op. cit., p. 3-4.

³⁵ DE BENITO, Marco. *I contratti processuali*. Op. cit., p. 4; SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Op. cit., p. 68-69.

³⁶ Assim já havíamos nos manifestado em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 387. Não concordo que os efeitos do *pactum de non petendo* a termo seriam idênticos àqueles da dilação do termo *ad quem* para o devedor prestar (a *Stundung* do direito alemão). Confira-se a discussão em DE CRISTOFARO, Giovanni. *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*. Op. cit., p. 376; WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*. Op. cit., p. 396-397, 416-419. Lembro que, pelo *pactum de non petendo*, o conveniente promete não cobrar a pretensão *em juízo*, reservando-se meios extrajudiciais de cobrança. Assim, não corresponde a uma purga de mora, novação ou extensão de prazo para prestar, que fariam com que se alterassem aspectos materiais da obrigação.

³⁷ Neste ponto, discordo de TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Op. cit., p. 72-85. De fato, em certos países, permite-se não apenas que se prometa não ajuizar durante um certo tempo ou até a ocorrência de um determinado evento (condicionado), mas também a promessa de não ajuizar a ação jamais. É o que acontece na África do Sul. Confira-se o precedente *Roux v. Executors of Roos*, do ano de 1847, que parece ser o *leading case* naquele país.

4. Efeitos. Limitação à cobrança judicial. Criação de um impedimento processual temporário ou condicionado

Da natureza processual do *pactum de non petendo*, e da conclusão que seu objeto se limita à pretensão processual, somos levados a outro ponto importante: os efeitos da promessa de não processar. Se não tem efeitos no plano do direito material ou sobre a pretensão de direito material, vê-se que o efeito precípuo do *pactum de non petendo* é gerar para o promitente uma obrigação de não agir *perante o Judiciário*. Vale dizer, nada impede que os convenientes promovam cobranças extrajudiciais.³⁸ As partes podem, p. ex., promover a inserção do nome do devedor em cadastros de inadimplentes (art.782 §3º do CPC), mesmo que exista promessa de não ajuizar a ação de cobrança; podem ainda protestar a sentença (art. 517 do CPC) mesmo que tenham prometido não executar.³⁹

Na óptica do juiz, ao controlar a admissibilidade da demanda ajuizada contrariamente à disposição do *pactum de non petendo*, deve o magistrado proferir uma decisão sem julgamento do mérito,⁴⁰ e indeferir a inicial porque violadora da convenção, já que o acordo cria negocialmente um pressuposto processual negativo.⁴¹

Sob outro ângulo, entre as classificações das convenções processuais, a promessa de não processar corresponde a uma convenção processual de natureza obrigacional: as partes deliberam sobre suas prerrogativas de agir em juízo, ou seja, trata-se de um acordo sobre uma situação jurídica.⁴² Mais especificamente, a promessa de não processar gera uma obrigação de *não agir*, isto é, uma prestação de *não fazer* consistente em abster-se de ajuizar uma demanda judicial. Abrange também a proibição de reconvir,⁴³ formular pedido contraposto ou exigir algum contradireito correlato (o *pactum* proíbe a demanda exercitada também em defesa, portanto).

Produz-se, portanto, um impedimento *processual*, que, como vimos, será *temporário*. No entanto, a promessa de não processar, a depender de seu conteúdo, pode gerar também um impedimento processual *condicionado* (como nas convenções que obrigam à utilização de meios alternativos/adequados de solução de controvérsia antes do ajuizamento da ação no Judiciário, como nos casos das “cláusulas de paz” ou cláusulas “escalonadas”, ou ainda exigências de que se expeça notificação extrajudicial antes do ajuizamento).⁴⁴ Nesses casos, o que se verifica é uma condição negocial

³⁸ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis*. *Op. cit.*, p. 387.

³⁹ A obrigação contratual de não cobrar *judicialmente* um direito não obriga ao não exercício de fato do direito. HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970, p. 61 ss.

⁴⁰ REICHEL, Hans. Unklagbare Ansprüche. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 60, 1912, p. 75 ss.

⁴¹ Ressalte-se que a negociabilidade sobre o processo permite a criação convencional de obstáculos ao exercício da ação. Para o direito português, em lição plenamente aplicável ao Brasil, Paula Costa e Silva argumenta que a previsão legal de pressupostos processuais deve ser compreendida apenas como enumerativa, podendo ser ampliada por negócio jurídico. SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material, *Op. cit.*, p. 468.

⁴² Correto, no ponto, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 438-439.

⁴³ GRIGNON, Philippe. *L'obligation de ne pas agir en justice*. *Op. cit.*, p. 128-129.

⁴⁴ Sobre as cláusulas escalonadas, KERN, Christoph A. Multinational Rules and Systems of Dispute Resolution in an Era of Global Economy. *In: Challenges for Civil Justice as We Move Beyond Globalization and Technical*

ao exercício da ação: nas cláusulas mais comumente estabelecidas na prática, o conveniente promete submeter-se a um procedimento prévio de autocomposição (p. ex., mediação) antes de ajuizar a ação em juízo.

Uma observação digna de nota é que, por ser uma convenção processual do grupo daquelas denominadas “obrigacionais”, não há conhecimento de ofício pelo juiz.⁴⁵ A violação à vedação convencional da acionabilidade gera uma *exceção processual*, e só pode ser conhecida por provocação do interessado (*exceptio pacti conventi*).⁴⁶

Seria, ademais, equivocado pensar que há interesses públicos subjacentes, que levariam à cognoscibilidade de ofício do acordo. Se, por um lado, o Estado deve garantir meios para satisfação dos direitos (e das pretensões), esses meios não precisam ser necessariamente judiciais. A utilização de meios judiciais ou extrajudiciais (ou ambos) para efetivar sua pretensão é algo que se coloca no âmbito de disposição do indivíduo, que pode autolimitar suas prerrogativas de implementação.⁴⁷

Muitos problemas da utilização das promessas de não processar na prática poderiam ser levantados, e os efeitos que daí possam extrair têm grande relevância no tráfego das relações contratuais. Um deles é o custo do processo iniciado com infringência ao pactuado entre os convenientes: parece óbvio que aquele que tiver se comprometido a não discutir judicialmente deva ser chamado a suportar os ônus financeiros da litigância instaurada com violação ao *pactum de non petendo*, inclusive os honorários de advogado fixados judicialmente.⁴⁸⁻⁴⁹

5. Formas de implementação da promessa de não processar

Outro ponto que merece reflexão são as formas de implementação do *pactum de non petendo*. Tratei das variadas maneiras para dar cumprimento aos negócios jurídicos processuais em trabalho mais amplo, não havendo espaço, em um estudo de menores proporções, para retomar toda a discussão.⁵⁰

Change – XVI IAPL Congress on Procedural Law, Kobe, Japão, 2019, p. 81-82. Sobre as cláusulas de paz, existe muita bibliografia no direito francês. Por todos, CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, vol. 160, 2008, versão eletrônica, item 8. No Brasil, TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. *Op. cit.*, p. 103 ss.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 79-82, 275-281.

⁴⁶ Sobre o debate a respeito da cognoscibilidade de ofício da promessa de não processar, confira-se NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...*, *Op. cit.*, p. 17 ss., 44-46, 49.

⁴⁷ Correio NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit...*, *Op. cit.*, p. 29-31, 37.

⁴⁸ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*, *Op. cit.*, p. 428. As regras de causalidade, consagradas no art.85 do CPC brasileiro, podem resolver bem a questão.

⁴⁹ Na Rússia, discutiu-se recentemente se uma pessoa que não participou da litigância (terceiro) poderia cobrar esses custos. Trata-se do caso TKG-9 contra o órgão regional permanente do Serviço Federal Antitruste, nº14592/11, apreciado pelo *Presidium* da Suprema Corte Comercial, j. 07.06.2012, anotado por Alexander Vereshchagin na *International Journal of Procedural Law*, vol. 3, nº 2, 2013.

⁵⁰ De fato, no meu livro a respeito, abordo as possibilidades de dar cumprimento à convenção processual no processo primário, onde destinada a produzir efeitos, ou mesmo se utilizar de um segundo processo para forçar ao adimplemento. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 270 ss.

Basta registrar aqui que é possível que o juiz dê cumprimento ao *pactum de non petendo* simplesmente pronunciando a inadmissibilidade da demanda, i.e., rejeitando-a liminarmente (lembrando-se que, como não pode conhecer de ofício, a rejeição liminar depende de alegação do adversário).

Mais polêmica seria a possibilidade de utilizar um outro processo instaurado especificamente para impor o cumprimento da promessa de não processar. Isso porque tradicionalmente se pensava que o *pactum de non petendo* gerava para o conveniente uma obrigação de não fazer, e a contraparte seria titular de uma pretensão para exigir uma conduta omissiva (*Unterlassungsanspruch*), considerada insusceptível de execução específica. Não podendo cobrar a prestação *in natura*, restaria ao beneficiário apenas uma ação indenizatória em caso de descumprimento.

Ora, tal concepção retirava qualquer utilidade prática do *pactum de non petendo*, e não se coaduna com o direito contemporâneo, que tem clara preferência pela tutela específica, podendo o juiz determinar as providências que assegurem a obtenção daquele resultado prático pactuado (art.497 do CPC). Por isso, não é de se excluir a possibilidade de que o interessado se valha de ações de natureza inibitória (art. 497, parágrafo único, do CPC) para evitar preventivamente o ajuizamento da pretensão, algo similar às *anti-suit injunctions* (conhecidas na arbitragem) para evitar a propositura da demanda perante o juízo estatal.

6. O *pactum de non petendo* no direito brasileiro

6.1. O acordo de não persecução penal

Como se sabe, o autorizativo legal da celebração de acordos de colaboração premiada, na forma da Lei nº 12.850/13, instituiu uma nova era no sistema jurídico brasileiro, voltada para um processo penal consensual e negociado. A colaboração premiada é um negócio jurídico⁵¹ – para alguns um verdadeiro contrato⁵² – que permite que os envolvidos negociem diversos aspectos do direito material penal e do procedimento criminal atual e futuro.⁵³

⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018, p. 53-54.

⁵² DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei 12.850/13): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.192.

⁵³ Sobre a negociação que tem por objeto o processo penal, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.149 ss. Thiago Bottino defende uma posição bem restritiva a respeito da colaboração premiada (focando, é verdade, mais em aspectos relacionados ao direito do que ao processo). Confira-se BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.122, set-out, 2016, p.359 ss.

Por isso, não é correto afirmar que a colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico *processual*, como se tem constantemente referido na doutrina do processo penal. Essa definição baseou-se em acórdão do STF que assim caracterizou o acordo de colaboração premiada,⁵⁴ e foi positivada no art. 3º-A da Lei nº 12.850/2013, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019. Que a colaboração premiada é um negócio jurídico, não há qualquer dúvida; porém, no mesmo instrumento negocial, a colaboração pode ter disposições acerca do direito material (p. ex. aquelas sobre as penas e regimes de cumprimento) e do processo penal.⁵⁵ De fato, muitos são os negócios processuais possíveis e que vêm sendo estabelecidos na prática: as partes deliberam sobre seu direito ao recurso, ao silêncio, comprometem-se a apresentar provas, a (não) recorrer ou (não) alegar certas questões.

E um dos acordos processuais mais importantes, nesse cenário, é um *pactum de non petendo*. Aliás, curioso que foi na legislação do processo penal que primeiro se previu uma promessa de não processar *típica*: o acordo de não persecução penal, disciplinado inicialmente no art. 4º § 4º da Lei nº 12.850/13⁵⁶ e regulamentado na resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Atualmente, o acordo de não persecução penal está previsto em termos genéricos no art. 28-A do Código de Processo Penal, e também no art. 1º § 3º da Lei nº 8.038/90 (para os crimes praticados por autoridades com foro por prerrogativa de função da competência originária do STF e do STJ), ambos incluídos pela Lei nº 13.964/2019.

O acordo de não persecução penal, chamado por alguns de “acordo de imunidade”,⁵⁷ é o negócio jurídico processual por meio do qual o Ministério Público promete não ajuizar a pretensão punitiva em juízo em desfavor do colaborador em troca de sua colaboração.

O CPP, em seu art. 28-A, prevê como cabível o acordo de não persecução se a infração penal foi cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, se o colaborador reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (exceto na impossibilidade de fazê-lo), e se ele renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Ainda se exige que o colaborador preste serviço à comunidade e pague prestação pecuniária. Não será cabível o acordo se o para o crime for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; e se o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou

⁵⁴ STF – HC 127483, Rel. Min. Dias Toffoli, j.27.08.2015.

⁵⁵ Correto MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *Op. cit.*, p.54-55.

⁵⁶ Os acordos de não persecução já estavam previstos na Convenção das Nações unidas sobre o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, decreto n.5.015/2004, art.26, n.3) e na Convenção das Nações unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, decreto n.5.687/2006, art.37, n.3), ambas incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁷ A nomenclatura “acordos de imunidade” é inspirada claramente nos ordenamentos jurídicos do *common law*, e foi a redação das Convenções de Palermo e Mérida.

suspensão condicional do processo. Também não será cabível acordo de não persecução penal em favor do agressor nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

A lei de organização criminosa também estabelece algumas restrições para este acordo (art. 4º § 4º): (i) o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa; e (ii) o colaborador tem que ter sido o primeiro a tomar a iniciativa de celebrar a convenção e colaborar com os órgãos de investigação.

As alterações promovidas na Lei nº 12.850/2013 pela Lei nº 13.964/2019 acrescentaram ainda outra possibilidade de promessa de não processar, que é o acordo para o não ajuizamento de medidas cautelares na pendência das negociações para celebração de colaboração premiada, previsto no art. 3º-B § 3º.

Há um intenso debate, na doutrina do processo penal, acerca do instituto, seus limites e possibilidades. Houve ainda ajuizamento de pelo menos duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a resolução do CNMP que regulamentou a promessa de não processar criminalmente, que ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁸ Provavelmente, pela regulação ampla da 13.964/2019, é possível que algumas questões polêmicas sejam pacificadas, e outras muitas se apresentem na doutrina e jurisprudência. O tema, portanto, ainda está em construção e sua reflexão acadêmica ainda não adquiriu um ponto de maturidade ideal. Aqui queremos apenas chamar a atenção para o fato de que existem no nosso sistema jurídico, hipóteses típicas de promessa de não processar, e uma delas é o acordo de não persecução penal.

6.2. Promessa de não processar na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível

Também devemos registrar aqui a possibilidade de negociação em improbidade administrativa.

O tema era polêmico diante da vedação do art. 17 § 1º da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária, que restringia as possibilidades de transação ou acordos em matéria de improbidade administrativa. A respeito, a doutrina sempre se dividiu. A partir dessa base normativa, muitos identificavam uma total impossibilidade de celebração de acordos em ações de improbidade administrativa.⁵⁹

Esse entendimento, *data venia*, passou a ser insustentável à luz das inúmeras modificações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu desde então. De fato, a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa. A admissão dos contratos de direito público advém da necessidade de enxergar o “público” como passível de ser objeto de uma convenção, algo que já deixou de ser um tabu, p. ex., no campo das relações

⁵⁸ Trata-se das ADins 5790, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e 5793, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ambas de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

⁵⁹ NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009, p. 173-174.

administrativas, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade.⁶⁰

Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in) disponibilidade e, em alguma medida, mesmo as regras estabelecidas no interesse público podem ser flexibilizadas.

E, se no direito e no processo administrativo há muito tempo assim se compreende, no processo instaurado para resolvê-los não deveria ser diferente. Lembremos outros exemplos de flexibilização e disposição de interesses públicos na arbitrabilidade de conflitos da Fazenda Pública (art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96),⁶¹ na conciliação em causas do Estado (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), na ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art. 20 da Lei nº 10.522/2002; art. 7º e 8º da Lei nº 12.514/2011), entre outros, só para citar o ordenamento brasileiro.

Sendo a ação de improbidade uma espécie de ação coletiva, devemos recordar que há muito tempo existem possibilidades legisladas de disposição sobre os direitos coletivos, todas estabelecendo uma margem de negociação, sendo exemplo o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985), o termo de compromisso (art. 11, § 5º da Lei nº 6.385/76; art. 14 da Lei nº 13.506/2017), o acordo de leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011; art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), o compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), os acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo BACEN (art. 30 da Lei nº 13.506/2017) e o compromisso de certificação do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei nº 13.655/2018.

Ora, se todas essas normas abrem espaço para negociação sobre o próprio direito material, por que não se poderia reconhecer que o processo judicial para debater tais questões deveria ser também negociável?

De outro lado, a lei de improbidade administrativa foi elaborada no início da década de 1990, publicada em 1992. De lá pra cá, houve uma intensa guinada do ordenamento jurídico na direção da consensualidade e convencionalidade, como

⁶⁰ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol. II, 6ª ed., 2000, p. 200 ss., 210 ss.; GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 57, 2009, p. 255-299; TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1958, p. 297-299; CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration, In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006, p. 474, 476.

⁶¹ Dispositivo alterado pela Lei nº 13.129/2015. Antes de sua previsão legal, essa já era a concepção doutrinária mais difundida, desde que não se trate dos chamados "atos de império", em que o Estado atua soberanamente, que digam respeito ao "interesse público primário", ou ainda firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista, em regime privado. Sobre o tema, ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr.-jun., 2012, p. 307-319.

vimos. Até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo. É verdade que um ato ilícito que leve à sanção de improbidade nem sempre repercutirá na esfera penal. Mas é muito comum que isso aconteça: normalmente, pelo fenômeno chamado aqui e ali de “incidência múltipla”, uma mesma conduta atrairá a incidência de normas penais, civis e administrativas, com uma intercomunicação dos respectivos regimes processuais.⁶² Nestes casos, repita-se, frequentes no campo da improbidade administrativa, seria de fato curioso que a pretensão punitiva criminal pudesse ser transacionada, convencionaada, mas a pretensão civil da improbidade não.

Por este motivo, muitos autores, enxergando esta incongruência e interpretando o sistema à luz das alterações legislativas que, posteriormente à edição da Lei nº 8.429/92, sinalizaram para uma convencionalidade cada vez mais crescente, passaram a admitir, em algum grau, a disponibilidade no campo da improbidade administrativa.⁶³ E esta possibilidade parecia-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts. 16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito.⁶⁴ A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem interseção com o da Lei nº 8.429/92.⁶⁵ Não fazia sentido que a pessoa jurídica beneficiária do ato de improbidade pudesse negociar a respeito, mas o agente público ímprobo não possa, até porque se trata do mesmo fato. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção por ambas as leis denotava, outra vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.⁶⁶

E essa tendência encontrou eco na jurisprudência e na legislação.

O STF passou a admitir acordos em improbidade administrativa, não só sobre o processo, mas também sobre as sanções do art.12 da Lei nº 8.429/92, e essa possibilidade foi regulamentada no art. 1º § 2º da resolução no 179/2017 do Conselho

⁶² Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol. 105, 2009, p. 33 ss.

⁶³ Corretos GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2012, p. 317 ss.

⁶⁴ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 263 ss.

⁶⁵ Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art. 30 da Lei nº 12.846/13, mas suas sanções podem ser cumuladas. Neste sentido, com razão, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 291 ss, 310 ss. Além do mais, pelo arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/92, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos; e estes podem ser pessoas jurídicas. NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Op. cit., p. 36 ss.

⁶⁶ Já defendemos essa evolução em CABRAL, Antonio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 546 ss., no sentido da revogação tácita do §1º do art.17 da Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa), um dispositivo que não cabe mais no sistema brasileiro. Nossa posição ganhou a adesão de BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 85 ss.; MELLO, Gláucia Rodrigues T. de Oliveira. Consensualidade na improbidade administrativa: por que não? *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 72, abr.-jun., 2019, p. 105 ss.

Nacional do Ministério Público, que permite a celebração de TAC em matéria de improbidade administrativa.

E a Lei nº 13.964/19 deu o último passo nessa trajetória, reescreveu o art.17 da Lei nº 8.429/92, prevendo expressamente o “acordo de não persecução cível”. Trata-se de um negócio jurídico que pode, em um mesmo instrumento, reunir disposições sobre o direito material (as sanções do art. 12) ou sobre o processo judicial atual ou futuro. E uma convenção processual em ações de improbidade que tem sido muito praticada já hoje, e tende a ser cada vez mais comum pela previsão do acordo de não persecução cível, é justamente o *pactum de non petendo*, possibilitando ao autor prometer não ajuizar a ação de improbidade, ou não ajuizar pretensões de específica natureza, como p. ex., excluir a pretensão à condenação do convenente nas sanções do art. 12, reservando-se outros tipos de pretensão, como a declaratória ou inibitória.

O Presidente da República sancionou a Lei nº 13.964/19 com vetos. Um deles permitia expressamente a celebração de acordo de não persecução cível incidental à tramitação de ação de improbidade. O veto – e a interpretação histórica da lei, que pode derivar da leitura das suas razões – poderia levar ao questionamento acerca da viabilidade de acordos processuais na pendência da ação judicial. Em meu entendimento, a ausência de previsão expressa não pode ser compreendida como vedação. Se estamos trabalhando no campo dos atos de disposição, não faz sentido que a parte tenha a possibilidade de negociar antes do ajuizamento da ação, mas uma vez proposta a demanda, tenha uma *capitis diminutio* em sua capacidade negocial.

De outro lado, é equivocada a premissa de que, uma vez ajuizada a ação, o acordo de não persecução jamais atenderia o interesse público. Parece claro que, se a negociação não avançou antes do processo, a ação é proposta e só depois se chega a um acordo, é totalmente viável que se alcance um resultado ótimo pela solução consensual e negociada. O momento em que celebrado o negócio jurídico – se antes ou depois do ajuizamento – não é um fator determinante para se concluir que o interesse público está ou não sendo atendido.

Por tudo isso, entendo plenamente possível a celebração de acordo de não persecução cível no curso de ação de improbidade, em especial se estamos falando de convenções processuais.⁶⁷

⁶⁷ Outros vetos presidenciais diziam respeito a algumas condicionantes expressas que o Congresso Nacional quis atribuir à negociação em improbidade administrativa, que exigiam integral ressarcimento do dano, reversão dos valores à pessoa jurídica lesada, pagamento de multa em valor de até 20% do valor do dano ou vantagem ilícita auferida. Sem essa previsão (em razão do veto), abre-se maior discricionariedade para os convenentes. Pode-se, p. ex., destinar valores a outras pessoas jurídicas (entidades beneficentes) que não a lesada, estabelecer multas em patamar maior. Por outro lado, alguns fatores que deveriam ser levados em consideração na celebração do acordo foram também vetados, e envolviam a personalidade e situação econômica do agente, as vantagens para o interesse público, a natureza, gravidade e repercussão do ato de improbidade. Embora não constem expressamente da lei, nada impede que sejam elementos para nortear e balizar a negociação, ainda que não sejam os únicos fatores a serem considerados.

6.3. Pactum de non exequendo

Deve-se lembrar também a promessa de não ajuizar a pretensão executiva, o *pactum de non exequendo*, uma das espécies mais úteis de *pactum de non petendo*,⁶⁸ que se coloca no quadro da negociação processual sobre o cumprimento de sentença e a execução civil, uma visível tendência aqui e no estrangeiro.⁶⁹

O *pactum de non exequendo* é o negócio executivo pelo qual o credor ou um legitimado extraordinário compromete-se a não requerer a execução de um título executivo.⁷⁰ É uma hipótese específica de *pactum de non petendo*,⁷¹ que tem por objeto a pretensão executiva.⁷² As partes podem prometer não executar mas preservar a pretensão cognitiva, o que é possível pela independência entre as pretensões cognitiva e executiva.

O pacto de não execução deve ser temporário ou sob condição, já tendo sido admitidas no estrangeiro exclusões da execução por um certo tempo⁷³ ou até uma data certa.⁷⁴ Aceita-se ainda a exclusão somente da execução provisória (exigindo a coisa julgada).⁷⁵

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 275, jan., 2018, p. 204 ss.

⁶⁹ Sobre o tema, CABRAL, Antonio. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 21, 2016, p. 297; HAU, Wolfgang. Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, tomo II, 2019, p. 479 ss.

⁷⁰ CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXX, nº 1, 2015, p. 47.

⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, 1965, p. 107.

⁷² Não obstante, alguns autores, como Kohler, enxergavam que tal cláusula teria natureza material, importando renúncia ao direito de crédito e transformação da obrigação em obrigação natural. KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. *Op. cit.*, p.165: "Letztere Verträge über vollständigen Ausschluss der Execution geben über das prozessualische hinaus: sie brauchen den Anspruch civilistisch, sie machen hin reaktionsunfähig, sie machen hin zu einen naturalen Anspruch". Mais recentemente, SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. *Op. cit.*, p. 473 ss. Em meu entendimento, deve-se diferenciar o *pactum de non exequendo* da renúncia ao crédito. É que a convenção de não executar pode subsistir sem que signifique uma renúncia no plano do direito material: a parte pode abrir mão da via executiva resguardando-se outras modalidades menos invasivas de cobrança do crédito, como a ação monitoria, e, ainda, a possibilidade de usar o crédito como um contradireito, como no caso da compensação. Pode ainda, como dito, protestar a sentença (art. 517 do CPC) ou fazer inserir o nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, pressionando-o ao adimplemento (art. 782, §3º, do CPC). Isso é possível porque os atos de disposição não devem representar necessariamente uma renúncia ampla a toda forma de acesso à justiça. Os titulares dos direitos podem dispor somente de um ou alguns meios para obter o adimplemento. Cf. CABRAL, Antonio. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Op. cit.*, p.301-302. Equivocado, no ponto, SCHREIBER, Klaus. Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 90, nº 4, 1977, p. 411.

⁷³ EMMERICH, Volker. Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 82, nº 6, out., 1969, p. 418.

⁷⁴ RAATZ, Johann Georg. *Vollstreckungsverträge*. Berlin: Carl Heymanns, 1935, p. 7; JAUERNIG, Othmar; BERGER, Christian. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 23ª ed. München: Beck, 2010, p. 5.

⁷⁵ SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Köln: Carl Heymanns, 1971, p. 46 e 54; BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 3ª ed. München: F.Wahlen, 1987, p. 109; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 16ª ed., 2004, p. 421.

Outra discussão sobre o *pactum de non exequendo* diz respeito à possibilidade de renunciar-se integralmente à execução sem que se possa prever o prejuízo decorrente desse ato de disposição. Sustentava-se que uma exclusão total da exequibilidade só seria possível se o título já existisse, e então se pudessem razoavelmente antecipar as consequências da renúncia.⁷⁶ Isso poderia levar à impossibilidade da promessa de não executar prévia. Porém, havendo previsibilidade e determinação, nada impede que se possa dispor sobre situações jurídicas processuais futuras.⁷⁷

7. Promessa de não postular: *pactum de non petendo* parcial

Alberto Trigo propôs a ideia de que a negociabilidade sobre o processo autorizaria os convenientes a dispor não apenas sobre o não ajuizamento de ações ou pretensões (que portanto, sequer seriam propostas), mas também poderia autorizar uma “promessa de não postular”, algo como um *pactum de non petendo* “parcial”, incidente apenas sobre algumas prerrogativas de alegar em juízo. Não se estaria aqui abrindo mão de ajuizar a ação, mas de invocar em juízo alguma alegação ou exceção específica.⁷⁸

Trata-se de interessante proposta do autor, que tem minha adesão. A promessa de não postular é um acordo processual pelo qual as partes abrem mão de certas alegações e exceções que passam a não ser proponíveis ou invocáveis durante o período aprazado.⁷⁹

7.1. Objeto: o direito de alegar em juízo

A convenção afeta, portanto, o direito de alegar (uma das prerrogativas do direito de expressão, um braço da garantia do contraditório). Não obstante tratar-se de importante direito fundamental processual, penso ser fora de dúvida que o exercício do contraditório é, em larga medida, renunciável,⁸⁰ tanto que o réu pode não contestar, tornando-se revel, e as partes podem decidir voluntariamente não apresentar certas alegações e exceções (materiais ou processuais). Aliás, a exceção processual, como se sabe, é uma alegação que condiciona o exercício da cognição judicial à atuação voluntária do interessado: sem iniciativa da parte, o juiz não pode conhecer daquela matéria. Se assim é, há evidentemente uma margem considerável de disponibilidade sobre as alegações, de modo que as partes podem atingir este mesmo efeito por um instrumento negocial bilateral como as convenções processuais.

⁷⁶ Assim, uma tal disposição ampla não seria possível antes da formação do título. Na jurisprudência alemã: BGH NJW 1955, 1556; BGH JZ 1955, 613; BGH NJW 1991, 2296. Sobre o tema, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Op. cit., p. 93 ss.; SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Op. cit., p. 62-63, 112 ss.

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 83 ss.

⁷⁸ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Op. cit., p. 86 ss.; *Idem*, *Pactum de non petendo* parcial. Op. cit., p. 27 ss.

⁷⁹ BESSONE, Mario. *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIX, 1965, p. 1065.

⁸⁰ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge*. Op. cit., p. 95-96.

7.2. Notas de direito estrangeiro: cláusulas de garantia autônoma e de não contestação. A cláusula *solve et repete* como negócio processual

Vemos que também as promessas de não alegar ou de não postular, embora praticamente ignoradas até este momento na literatura brasileira, já receberam atenção no direito comparado.

Na França, são conhecidas ainda as “cláusulas de não contestação”; as promessas de não alegar em juízo são comuns também em contratos envolvendo propriedade intelectual ou direito de imagem.⁸¹ Existem ainda disposições legais sobre referentes às chamadas “cláusulas de garantia autônoma”, também conhecidas como garantias “à première demande”.⁸² Para assegurar uma obrigação que pesa sobre um terceiro, o garante transfere uma quantia desde logo à contraparte, comprometendo-se a não alegar qualquer exceção ou opor qualquer objeção de qualquer natureza a respeito. São consideradas válidas como um substitutivo da caução, e atuam como um reforço convencional da fiança, excluindo a possibilidade do fiador de alegar exceções em relação à obrigação principal, salvo manifesto abuso por parte do beneficiário (art. 2.321 do Código Civil francês).⁸³ Essa convenção parece a mim ter relevantes efeitos processuais, de vedar as alegações do garante, restringindo o contraditório no processo; mas não afeta a existência do direito material, porque continua podendo haver ressarcimento àquele que pagou.⁸⁴

Na Itália, existe previsão legal expressa de cláusulas convencionais limitativas da proponibilidade de exceções no art. 1462 do Código Civil.⁸⁵ Entende-se por lá que muitas alegações, como aquelas de nulidade, são plenamente convencionáveis porque podem ser abandonadas em favor da pronúncia sobre o mérito.⁸⁶

Outro exemplo conhecido no direito privado europeu é a cláusula *solve et repete*, aquela que, encartada em um contrato de prestações correspectivas ou sinalagmáticas, prevê que uma parte deva adimplir sem opor exceções que poderiam ser alegadas para não cumprir a sua parcela da avença.⁸⁷ Essas convenções já foram retratadas

⁸¹ GRIGNON, Philippe. L'obligation de ne pas agir en justice. *Op. cit.*, p. 118.

⁸² CADJET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. In: *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, nº 3, 2008, p. 13-14 e nota 21.

⁸³ ANCEL, Pascal. L'encadrement de la juridiction par le contrat. In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire. *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Paris: Economica, 2001, p. 11-12.

⁸⁴ ANCEL, Pascal. L'encadrement de la juridiction par le contrat, *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁵ SATTÀ, Salvatore. Accordo (diritto processuale civile). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1958, p. 300. Veja-se o dispositivo: “Art. 1462. Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni. La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità (1418 e seguenti), di annullabilità (1425 e seguenti) e di rescissione (1447 e seguenti) del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se nel caso, una cauzione”.

⁸⁶ GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIV, nº 1, março, 2010, p. 239.

⁸⁷ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Il Foro Italiano, 1936, p. 46 ss.; GRECO, Paolo. La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 29, nº 3-4, 1931, p. 143; CARNELUTTI, Francesco. Clausola “solve et repete”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1936, p. 82; SELETTI, S. Il patto del “solve et repete” nei negozi privati. *Rivista di*

como uma renúncia à *exceptio non adimpleti contractus*,⁸⁸ embora seu objeto seja mais amplo, podendo configurar uma promessa de não invocar quaisquer outras alegações. Por exemplo, entende-se ainda que o conveniente poderia renunciar à alegação de direito de retenção.⁸⁹ Têm, portanto, natureza processual, representando uma disposição sobre alegações no curso de processos judiciais.⁹⁰

Por meio de convenções como esta, as partes regulam a dinâmica das alegações e exceções, limitando a cognição do juiz. As partes podem também *diferir* as exceções, remetendo-as para outros procedimentos futuros de litigância complementar (processo posterior para ressarcimento, repetição de indébito, parcelas complementares, cláusula penal).⁹¹ Pela vontade das partes, o resultado ao final do processo seria parecido com uma condenação com reserva das exceções diferidas, o que é passível de ser definido em um negócio jurídico porque se encontra na esfera de disponibilidade das partes definir o objeto do processo (princípio dispositivo).⁹²

Para alguns autores, a cláusula *solve et repete* seria inadmissível porque rompe a correlação entre ação e defesa, impedindo a parte de alegar em juízo, o que seria inaceitável por violar a ampla defesa,⁹³ matéria de ordem pública que seria, nessa óptica, insuscetível de negociação.⁹⁴ Haveria um problema de isonomia envolvido também, pois poderia favorecer sobremaneira um dos convenientes.⁹⁵

Não posso concordar com essa visão porque a convenção não impede o exercício da defesa. Primeiramente, deve-se lembrar que a cláusula *solve et repete* não elimina a possibilidade de alegar; apenas adia o exercício do contraditório para um momento posterior ao adimplemento. As matérias de defesa – como qualquer vício na prestação

Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, nº II, 1913, p. 977; PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 148: “Come è noto la clausola ‘solve et repete’, inserita in un contratto a prestazioni corrispettive, prevede che una delle due parti si assuma l’obbligo di adempiere alla prestazione senza che eventuali eccezioni possano essere da lei opposte per esimersi dall’adempimento, e che dette eventuali eccezioni potranno essere fatte valere successivamente soltanto per ripetere ciò che abbia indebitamente prestato”.

⁸⁸ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. *Op. cit.*, p. 149, nota 63.

⁸⁹ Confira-se GRECO, Paolo. *La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia*. *Op. cit.*, p. 150. Note-se que se trata de uma convenção de natureza processual, que resulta numa obrigação de não alegar que pode até ter por conteúdo uma exceção de natureza material.

⁹⁰ ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale del contratto nella scienza giuridica europea*. *Op. cit.*, p. 109-111.

⁹¹ Chizzini já identificava a possibilidade de as partes definirem a cognição por negócio jurídico. CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. *Op. cit.*, p. 55, nota 45 e p. 56.

⁹² Digo que o resultado seria “parecido” porque, de fato, talvez não se deva falar em condenação com reserva porque, em razão da convenção das partes, o juiz simplesmente não pode conhecer da alegação remetida para o procedimento de litigância complementar. Veja-se a observação em CARNELUTTI, Francesco. *Cláusula “solve et repete”*. *Op. cit.*, p. 86.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVI, serie II, 1971, p. 626.

⁹⁴ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. *Op. cit.*, p. 46-47. LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1931, p. 247-250, levanta o caso do réu condenado porque não podia excepcionar, ainda que tivesse boas razões. Diante da condenação, a única solução seria posteriormente pedir a repetição de indébito, mas isso poderia encontrar obstáculo na coisa julgada. Veja-se ainda, do mesmo autor: LIEBMAN, Enrico Tullio. Variazioni intorno alla clausola “solve et repete” nei contratti. *Rivista di diritto e procedura civile*, 1931, II, p. 211-212.

⁹⁵ Destaca este ponto GRECO, Paolo. *La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia*. *Op. cit.*, p. 144.

do serviço, por exemplo – poderão ser suscitadas em outro momento ou em outro processo; somente se convencionam a alteração do momento para sua alegação.

Mas vou além: nem mesmo naquele processo onde destinadas a incidir seria correto afirmar que as cláusulas “paga e repete” maculam a ampla defesa, já que todas as demais faculdades defensivas, de alegação e produção de prova, são preservadas. A convenção disciplina apenas o “modo” de exercício dessa defesa, algo sem dúvida disponível para as partes. De fato, se nosso ordenamento admite arranhões ao contraditório e à ampla defesa (como as medidas *inaudita altera parte*, que são de contraditório postecipado), e atribui exclusivamente às partes a iniciativa de provocar a cognição sobre as exceções processuais, por que não admitir a convenção prévia a respeito, quando são as próprias partes que assim voluntariamente acordaram? Note-se que o Código traz uma convenção típica pela qual as partes acordam sobre o tempo de sustentação nas alegações finais orais de litisconsortes (art. 364 §1º do CPC).

Ademais, como dito, o direito de ação (e a defesa), por serem situações jurídicas de vantagem, compreendem a opção de não as exercer. E mesmo quando as alegações são ônus, a conclusão é idêntica: por que não aceitar a validade da disposição negocial se a iniciativa de alegar é um ônus da parte, que o cumpre como imperativo de seu próprio interesse? Em poucas palavras, a escolha por não se defender processualmente parece-me uma faculdade legítima pela liberdade da parte de agir ou não agir.⁹⁶⁻⁹⁷

Sobre as desigualdades que possam se verificar, não se deve esquecer que não se exige em um negócio jurídico (material ou processual) que o resultado seja absolutamente equitativo em termos de benefícios e prejuízos para ambos os negociantes. Ora, é de imaginar que, quando da negociação, a promessa de não postular (de não alegar certa matéria) foi negociada em contrapartida a outras trocas em pontos diversos do negócio jurídico. Ademais, deve-se registrar também que, como são mais frequentes os negócios jurídicos processuais prévios ao processo, neste caso as partes sequer sabem, naquele momento, quem será autor e réu, quem irá inadimplir ou mesmo se haverá inadimplemento. Portanto, em um momento muito posterior, quando o conflito e o processo já surgiram, avaliar que a promessa não pode ser exigida porque geraria uma situação de inferioridade para um dos convenientes é desconsiderar que, à luz do contrato, ele pode ter se beneficiado de algo que foi dado pela contraparte em contrapartida para aquela promessa. Não fazê-la valer poderia – isso sim – representar uma situação distorcida.

⁹⁶ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Op. cit., p. 153-156.

⁹⁷ No processo penal, já se associaram as promessas de não reportar às autoridades o cometimento de um crime com as situações processuais do promitente. Nessa abordagem, esta só seria uma promessa válida para particulares, porque para eles existe uma *faculdade* de reportar a prática de crime. Já em relação aos servidores públicos, estes têm o *dever* de representar, e então não seria possível prometer não o fazer. O tema foi objeto de interessante artigo de Allorio, com referência a decisão da Corte de Milão no início do séc. XX admitindo um tal acordo. Confira-se ALLORIO, Enrico. *Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali*. In: *Problemi di Diritto*. Milão: Giuffrè, vol. II, 1957, p. 339 ss.

7.3. Promessas de não postular típicas no direito brasileiro

Embora sejam negligenciadas na doutrina, é curioso notar que as cláusulas *solve et repete* não são estranhas à legislação brasileira.

De fato, renúncias convencionais a alegações são previstas como condição para a concessão de parcelamentos tributários há muitos anos. Assim ocorre no art. 10-A §2º da Lei nº 10.522/2002 e no art. 4º, II da Lei nº 10.684/2003, que exigem, para adesão ao parcelamento, manifestação expressa do contribuinte renunciando a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e ações judiciais ajuizadas para discutir o crédito tributário.⁹⁸ Claro que não se pode renunciar em abstrato ao direito de ação ou ao acesso à justiça para toda e qualquer violação futura.⁹⁹ Mas em relação a uma dívida tributária específica, entendemos ser esta disposição totalmente admissível, mesmo que diga respeito a uma impugnação ainda não formulada. Afinal, todo indivíduo deve poder dispor de situações jurídicas futuras, desde que previsíveis.¹⁰⁰

Outra previsão normativa expressa diz respeito ao benefício de ordem na fiança, que corresponde à possibilidade de que o fiador, cobrado pelo pagamento da dívida, alegue que a responsabilidade patrimonial incida primeiramente sobre os bens do devedor. O efeito prático é fazer atingir a atividade executiva primariamente sobre o patrimônio do devedor, e só subsidiariamente sobre os bens do fiador (se não forem encontrados bens ou sua venda não tenha conseguido obter valor suficiente para satisfazer o crédito).

Pois bem, o Código Civil prevê que o fiador pode renunciar à alegação do benefício de ordem (art. 828). Ora, a lei atribui à parte total disposição sobre esta exceção, e, se assim é, parece-me que também deva ser possível ao fiador, ao invés de renunciar ao benefício de ordem, prometer não alegá-lo por certo período de tempo.

Outra previsão legal está na Lei nº 13.988/20 (art. 3º, IV e V), que disciplina a transação perante órgãos da Administração Pública federal, e exige que a proposta de transação feita pelo devedor contenha necessariamente renúncia a alegações de questões de direito relacionadas a tais impugnações e demandas, individuais ou coletivas, sendo certo que deverá haver promessa de requerer em juízo a homologação

⁹⁸ O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (tema nº 257), fixou entendimento no sentido de que a disposição dos direitos tem que ser expressa nos processos em que se discute parcelamento tributário: “Na esfera judicial, a renúncia sobre os direitos em que se funda a ação que discute débitos incluídos em parcelamento especial deve ser expressa, porquanto o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial”.

⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. *Op. cit.*, p. 199-203, 335.

¹⁰⁰ Alguns autores, em nosso sentir sem razão, entendem serem inconstitucionais estas renúncias porque fulminariam o direito de acesso à justiça. Pedro Adamy, p. ex., parece seguir esta linha: ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 191-192. Na página 192, afirma que: “A abstenção de discussão da dívida voluntariamente parcelada, quando em conformidade com o direito, é absolutamente cabível. A violação à garantia está em vincular a participação do parcelamento à expressa ou tácita renúncia de processos administrativos ou judiciais futuros, é abuso desmedido que não poderá prevalecer no ordenamento jurídico pátrio”.

da transação para fins de levar à extinção do processo com julgamento de mérito, na forma do art. 487, III, c do CPC.

De outro lado, também temos vedações à promessa de não postular. O art. 4º § 7º-B, da Lei nº 12.850/2013, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.964/2019, prevê que são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória. Ou seja, as partes, na colaboração premiada, não podem inserir promessas de não impugnar a homologação do acordo em juízo.

8. Conclusão

Como se vê, o *pactum de non petendo* é um assunto atual, importante na prática, com previsões normativas expressas no direito brasileiro e que está na ordem do dia das discussões jurídicas em diversos países.

No Brasil, é um tema em aberto, que perpassa transversalmente os estudos de processo civil, processo penal e processo administrativo, cuja qualificação e enquadramento ainda não encontraram um porto seguro. Entender corretamente o conceito e os efeitos de um *pactum de non petendo* é o primeiro passo para qualquer profissional ligado ao contencioso e ao planejamento contratual. E saber mais sobre seu objeto e suas relações com o direito material é a porta para explorar todas as potencialidades das promessas de não processar e não postular no sistema jurídico contemporâneo.

Referências bibliográficas

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALLORIO, Enrico. Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali. *In: Problemi di Diritto*. Milão: Giuffré, vol. II, 1957.
- ANCEL, Pascal. L'encadrement de la jurisdiction par le contrat. *In: ANCEL, Pascal; RIVIER, Marie-Claire. Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. Paris: Economica, 2001.
- ANGIONI, Enrica. *Negoziio giuridico processuale e categoria generale del contratto nella scienza giuridica europea*. Universidade de Cagliari: Tese de doutorado, 2015.
- BÄHR, Otto. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Leipzig: Georg H. Wigand, 3ª ed., 1894.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- BAUMGÄRTEL, Gottfried. Die Unverwirksamkeit der Klagebefugnis. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 75, nº 6, dez., 1962.

BESSONE, Mario. Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XIX, 1965.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma: Il Foro Italiano, 1936.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out., 2016.

BRUNS, Rudolf; PETERS, Egbert. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 3ª ed. München: F.Wahlen, 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2018.

_____. Acordos processuais no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 21, 2016.

_____. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol. 105, 2009.

CADIET, Loic. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, vol. 160, 2008.

CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVI, serie II, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. Clausola "solve et repete". *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, 1965.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXX, nº 1, 2015.

DE BENITO, Marco. I contratti processuali. Mimeografado, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/3044681/I_contratti_processuali. Acesso em: 22 jan. 2015.

DE CRISTOFARO, Giovanni. Il *pactum de non petendo* nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Civile*, nº III, 1996.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei 12.850/13): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.). *Repercussões do novo CPC no processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 275, jan., 2018.

EMMERICH, Volker. Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 82, nº 6, out., 1969.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GIUSSANI, Andrea. Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIV, nº 1, março, 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et alii (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2012.

GRECO, Paolo. La clausola “solve et repete”: ragioni e limiti della sua eficácia. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 29, nº 3-4, 1931.

GRIGNON, Philippe. L’obligation de ne pas agir en justice. In: *Mélanges Christian Mouly*. Paris: Litec, t.I, 1998.

GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 57, 2009.

HAU, Wolfgang. Party autonomy in domestic and cross-border enforcement proceedings. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, tomo II, 2019.

HENCKEL, Wolfram. *Prozessrecht und materielles Recht*. Göttingen: Otto Schwartz, 1970.

JAUERNIG, Othmar; BERGER, Christian. *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*. 23ª ed. München: Beck, 2010.

KERN, Christoph A. Multinational Rules and Systems of Dispute Resolution in an Era of Global Economy. In: *Challenges for Civil Justice as We Move Beyond Globalization and Technical Change – XVI IAPL Congress on Procedural Law*, Kobe, Japão, 2019.

KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Contro il patto “solve et repete” nei contratti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 2, 1931.

_____. Variações intorno alla clausola “solve et repete” nei contratti. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, II, 1931.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018.

MOUSSERON, Jean Marc; MOUSSERON, Pierre; RAYNARD, Jacques; SEUBE, Jean-Baptiste. *Technique contractuelle*. Paris: Lefebvre, 4ª ed., 2010.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009.

NEUMANN, Hans-Adolf. *Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im Deutschen und im Deutschen internationalen Recht*. Ludwig-Maximilians-Universität: Tese de doutorado, Munique, 1967.

NEUNER, Robert. *Privatrecht und Prozeßrecht*. Mannheim: Bensheimer, 1925.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffré, 2009.

PHILIPPON, Pascal. *Le contrat de non-opposition*. Tese de doutorado: Universidade de Montpellier, 1996.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RAATZ, Johann Georg. *Vollstreckungsverträge*. Berlin: Carl Heymanns, 1935.

REICHEL, Hans. Unklagbare Ansprüche. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 59, 1911.

_____. Unklagbare Ansprüche. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 60, 1912.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr.-jun., 2012.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 16ª ed., 2004.

RUSCELLO, Francesco. “Pactum de non petendo” e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXII, nº 2, 1976.

SATTA, Salvatore. Accordo (diritto processuale civile). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, vol.I, 1958.

_____. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

SCHERF, Dieter. *Vollstreckungsverträge*. Köln: Carl Heymanns, 1971.

SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: L. Röhrscheid, 1935.

SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968.

SCHREIBER, Klaus. Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 90, nº 4, 1977.

SELETTI, S. Il patto del "solve et repete" nei negozi privati. *Rivista di Diritto Commerciale*, nº II, 1913.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 4ª ed., 2018.

_____. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*. Lisboa: AAFDL, 2020.

SOEHRING, Kay. *Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen*. Berlin: Carl Heymanns, 1968.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 280, jun., 2018.

_____. *Promessas de não processar e de não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado, 2019 (há versão comercial intitulada *Promessa de não processar e não postular: o pactum de non petendo reinterpretado*. Salvador: JusPodivm, 2020).

TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1958.

VAN ZYL, Gideon Brand. *The theory of the judicial practice of South Africa*. Cape Town: Juta & Co., 4ª ed., 2013.

WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol. II, 6ª ed., 2000.

Análise crítica de acordos de colaboração realizados no âmbito da operação Lava-Jato à luz das coordenadas constitucionais

Critical analysis of collaboration agreements realized under the Lava-Jato operation according to Brazilian constitutional law

Bárbara Dorati Ferrari*

Sumário

Introdução. I. Apresentação de acordos de colaboração no âmbito da “Operação Lava-Jato”. II. O conteúdo e os limites do acordo de colaboração premiada legalmente admissível. 2.1. A colaboração como meio excepcional de obtenção de prova: obediência aos princípios constitucionais, penais e processuais. 2.2. Benefícios e o microssistema da colaboração. 2.3. Benefícios extralegais e o princípio da legalidade. III. Justiça negociada na ótica do direito comparado. 3.1. Estados Unidos. 3.2. Inglaterra. 3.3. Itália. 3.4. Espanha. 3.5. Portugal. IV. Análise crítica dos termos dos acordos à luz das coordenadas constitucionais: vantagens penais e processuais indevidas. 4.1. Benefícios extralegais identificados (penais e processuais). 4.2. Da (i)lícitude e (in)constitucionalidade da prova. 4.3. Consequências jurídicas: proibição de utilização das provas obtidas. V. Conclusão. Bibliografia. Índice de jurisprudência.

Resumo

O presente trabalho se destina a examinar as desconformidades do conteúdo dos acordos de colaboração premiada em relação às leis e aos princípios que compõem o ordenamento jurídico brasileiro como Estado de Direito, e à própria Constituição Federal brasileira, verificando sua (i)legalidade e (in)constitucionalidade. A partir de uma problematização geral sobre a colaboração premiada e sua natureza jurídica, serão apresentados os limites legais e constitucionais, no âmbito do microssistema da colaboração premiada, que devem ser respeitados. Procede-se também o exame de institutos jurídicos típicos da justiça negociada no direito comparado, eis que dela nasceu a colaboração. Por fim, será realizada a análise crítica

* Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada.

de três acordos de colaboração à luz das coordenadas constitucionais, indicando a concessão de benefícios que extrapolam, em muito, as hipóteses legais, os efeitos jurídicos advindos desta concessão discricionária, pelo Ministério Público, e o seu reflexo no âmbito probatório de uma proibição de provas obtidas em violação a normas constitucionais e/ou legais.

Abstract

This paper aims to examine the nonconformities of the content of award-winning collaboration agreements in relation to the laws and principles that make up the Brazilian legal system as a rule of law, and the Brazilian Federal Constitution itself, verifying their (i) legality and (un)constitutionality. From a general problematization about the awarded collaboration and its legal nature, the legal and constitutional limits within the awarded collaboration microsystem that must be respected will be presented. One also proceeds to the examination of typical legal institutes of the justice negotiated in the comparative law, from which the collaboration was originated. Finally, a critical analysis of three collaboration agreements will be carried out in the light of the constitutional coordinates, indicating the granting of benefits that far exceed the legal hypotheses, the legal effects deriving from this discretionary grant by the Public Prosecution Service, and their reflection as evidence of a prohibition of evidence obtained in violation of constitutional and/or legal rules.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Acordos. Microsistema da colaboração. Violação. Proibição de utilização das provas.

Keywords: *Awarded collaboration. Agreements. Collaboration microsystem. Violation. Prohibition of use of evidence.*

Introdução

É possível perceber, nos últimos tempos, o emprego cada vez mais frequente de mecanismos de justiça consensual negociada como resposta ao crime, evidenciando o influxo de ideias cada vez menos voltadas a uma solução retributiva, e de características mais utilitárias e reparadoras. Nesse contexto, diversos ordenamentos jurídicos têm adotado mecanismos afetos aos modelos de justiça restaurativa, reparatória e negociada.

No presente trabalho, o foco será destinado a este último modelo, especialmente em face do instituto da colaboração premiada instituída pela Lei nº 12.850/2013, mais especificadamente os acordos de colaboração e que constitui tema central deste trabalho.

Considerada como um “mal necessário”¹, a colaboração premiada surgiu da necessidade, por parte do Estado, de conter a crescente criminalidade e a evolução das

¹ Cf. ORLANDI, Renzo. *I collaboratori di giustizia nell'esperienza italiana*. Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.14.

organizações criminosas, como uma solução apta a suprir as deficiências persecutórias e como forma de apresentar resultados práticos à sociedade².

O propósito deste trabalho será, partindo-se da análise de acordos de colaboração premiada elaborados no âmbito da Operação Lava-Jato no Brasil, examinar os benefícios extralegais concedidos e os efeitos jurídicos eventualmente derivados, diante das desconformidades do conteúdo desses acordos de colaboração em relação às leis e aos princípios que compõem o ordenamento jurídico brasileiro como Estado de Direito e à própria Constituição Federal brasileira. E aqui surge o problema posto no presente estudo: poderiam as partes negociar outros benefícios de direito material e processual em acordos de colaboração premiada, além daqueles previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/2013? E os previstos em leis esparsas anteriores à de 2013? É possível alegar a existência de um “microssistema da colaboração premiada”? Os benefícios concedidos seriam ilegais e inconstitucionais, tornando ilícitas as provas?

Para cumprir essa tarefa, será apresentado no primeiro capítulo os acordos firmados entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Pedro José Barusco Filho, figuras centrais do esquema de corrupção.

No segundo capítulo, partindo-se de uma problematização geral do instituto da colaboração premiada, será apresentada sua natureza jurídica, o conteúdo e os limites do acordo de colaboração legalmente admissível, apontando a existência de um microssistema da colaboração com a concessão de benefícios previstos nas legislações que o compõem. Neste ponto, será brevemente apresentada a evolução histórica de mecanismos de cooperação do acusado com o Estado no sistema penal brasileiro, para então demonstrar que a concessão de vantagens além das hipóteses legais viola tanto a legislação, como também princípios cuja proteção é constitucional, em especial, da legalidade e da reserva legal, sendo, portanto, vedado.

Não obstante o instituto da colaboração, com tal designação, tenha surgido no Brasil, mediante a Lei nº 12.850/2013, não se trata de uma criação repentina. Pelo contrário, foi reflexo e inspiração de institutos diversos, típicos da justiça negociada norte-americana, nos quais objetivava-se criar prêmios para o arguido colaborador, em troca da autoincriminação. Por isso, no terceiro capítulo, oportuno fazer, ainda que de forma breve, uma abordagem de alguns institutos jurídicos típicos da justiça negociada nos Estados Unidos, Inglaterra, Itália, Espanha e Portugal. Para tanto, será inicialmente apresentado e abordado o instituto da *plea bargaining* — típico do processo penal norte-americano, e que atinge atualmente mais de 97% (noventa e sete por cento) das demandas criminais daquele Estado³, e também uma abordagem comparativa entre a *plea bargaining* e a colaboração premiada, finalizando com os institutos de cooperação dos países acima mencionados.

² THAMAN, David. *Cooperation agreements in U.S. Criminal Law: Do they enhance truth in factfinding in serious cases?* Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 01.

³ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining - Aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 109.

Após, o quarto e último capítulo será dedicado a análise crítica dos termos dos acordos à luz das coordenadas constitucionais, apontando os benefícios extralegais (penais e processuais) identificados nos acordos e, considerando o instituto da colaboração premiada como meio excepcional de obtenção de provas, serão analisadas as repercussões daí derivadas no plano de uma ilicitude e inadmissibilidade de uso e valoração das provas obtidas através dele.

I. Apresentação de acordos de colaboração no âmbito da “Operação Lava-Jato”

Nascida no Brasil com a Lei nº 12.850/2013 (nova Lei de combate às organizações criminosas), o instituto da colaboração premiada, terceira modalidade de cooperação no processo penal brasileiro, tem lugar quando o réu decide delatar seus comparsas, e com isso contribui para fazer cessar a conduta criminosa, devendo ser espontânea e eficaz para o efetivo esclarecimento de infrações penais e sua autoria⁴. Trata-se de um mecanismo premial, cujo desiderato é a criação de incentivos para estimular determinado comportamento do arguido no âmbito do processo penal⁵.

Nos últimos anos no Brasil, este instituto ganhou notoriedade diante de gigantescos esquemas de corrupção, sobretudo com a Operação Lava-Jato⁶, na qual figuras importantes, especialmente no cenário político e de renomeadas empresas, foram descobertas mediante esta modalidade de colaboração processual. No presente trabalho serão analisados os acordos de colaboração firmados entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Pedro José Barusco Filho⁷ nos dias 27 de agosto de 2014, 24 de setembro de 2014 e 19 de novembro de 2014, respectivamente. A análise de tais documentos revela que os acordos foram realizados sem que os benefícios ali concedidos tivessem base na legislação brasileira que regula o instituto da colaboração premiada, Lei nº 12.850/2013.

No acordo de colaboração firmado entre Paulo Roberto Costa⁸ e o Ministério Público Federal, entre os diversos benefícios concedidos sem previsão legal, encontram-se

⁴ GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada - No combate ao crime organizado*. 1ª ed. São José do Rio Preto: Lemos E Cruz, 2006, p. 114-115.

⁵ BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122/2016, p. 359-390, set-out. 2016.

⁶ Ocorrida no Brasil, é considerada como a maior investigação dos crimes de corrupção e branqueamento de capitais deste país, na qual foi descoberto esquema de corrupção envolvendo a sua maior estatal: a Petrobras. Estima-se que o valor desviado esteja na casa de bilhões de reais. De acordo com as delações, os partidos políticos Partido Progressista (PP), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e o Partido dos Trabalhadores (PT), empresários e outros políticos de diferentes partidos foram beneficiados com o esquema, cf. site oficial do Ministério Público Federal dedicado ao caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

⁷ Figuras centrais do esquema de corrupção. Sobre maiores detalhes sobre o esquema, vide site oficial do MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

⁸ O Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Paulo Roberto Costa encontra-se disponível online em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2019, p. 01-16.

a substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano com uso de tornozeleira eletrônica, como forma de execução da custódia cautelar até o trânsito em julgado de todos os processos em que o colaborador seja réu (Cláusula 5.^a, I, a e § 1.º); a fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto (Cláusula 5.^a, I, b); após este prazo, o cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5.^a, I, c); a limitação do tempo de prisão cautelar comum, independentemente da efetividade da colaboração em 30 (trinta) dias, contados da celebração (assinatura) do acordo (Cláusula 5.^a, § 6.º).

No acordo firmado por Alberto Youssef⁹, entre os benefícios sem previsão legal concedidos, encontram-se o estabelecimento de tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão diretamente para o regime aberto, ainda que sem o preenchimento dos requisitos legais (Cláusula 5.^a, III e V); a autorização para que suas filhas se utilizem de veículos que foram declarados por ele, como produto e/ou proveito de crime, durante o período em que estiver preso em regime fechado (Cláusula 7.^a, h e j e § 3.º); a liberação, em favor de sua ex-mulher e também de suas filhas, de dois imóveis – um para cada –, também declarados como oriundos de crime (Cláusula 7.^a, §§ 5.º e 6.º); a liberação e dispensa da multa compensatória de quatro imóveis e um terreno em favor de suas filhas, que seriam inicialmente destinados ao juízo, caso o montante recuperado em decorrência única exclusivamente de seu auxílio for igual ou superior em 50 (cinquenta) vezes do valor do imóvel (Cláusula 7.^a, § 4.º, d).

E por fim, no acordo de Pedro José Barusco Filho¹⁰, entre os benefícios concedidos sem previsão legal, encontram-se o comprometimento, por parte do Ministério Público Federal (MPF), de pleitear que não sejam a ele aplicadas sanções ou às suas empresas, nas ações cíveis e de improbidade administrativa que forem ajuizadas em decorrência das revelações realizadas no acordo (Cláusula 5.^a, § 6.º); a substituição do regime das penas privativas de liberdade a ele cominadas pelo regime aberto diferenciado, independente do regime e das penas fixadas em sentença, a ser cumprida pelo período máximo de 02 (dois) anos, desde que cumpra com as obrigações e condições impostas nas alíneas “a” a “c” desta Cláusula 5.^a, e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por período de 02 (dois) a 05 (cinco) anos (Cláusula 5.^a, I, II, III e IV).

⁹ O Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Alberto Youssef encontra-se disponível online em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2019, p. 01-16.

¹⁰ O Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Pedro José Barusco Filho encontra-se disponível online em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019, p. 01-16.

II. O conteúdo e os limites do acordo de colaboração premiada legalmente admissível

Partindo-se da análise dos termos de acordo de colaboração de figuras centrais do esquema de corrupção, realizados no âmbito do maior esquema de investigação dos últimos tempos no Brasil, a Operação Lava-Jato, é possível verificar que as cláusulas acima mencionadas foram concedidas pelo órgão acusador com total discricionariedade, não possuindo nenhum amparo legal¹¹. Ocorre que, diferentemente do que ocorre na esfera privada, ao administrador público somente é permitido fazer o que a lei autoriza¹². E aqui surge o problema posto no presente estudo: tais acordos de colaboração seriam válidos, legais e constitucionais? Qual o valor probatório que se deve dar a tais colaborações? Ou seja, é possível admitir o uso e a valoração desse acordo enquanto meio de prova?

2.1. A colaboração como meio excepcional de obtenção de prova: obediência aos princípios constitucionais, penais e processuais

Buscando-se responder tais questões, preliminarmente, impõe-se o dever de contextualizar a natureza jurídica de medida de cooperação deste instituto, cujo marco teórico no qual está baseada é o utilitarismo penal¹³ e também de meio de obtenção de prova¹⁴.

Nos ensinamentos de Paulo de Sousa Mendes¹⁵, do qual concordamos e seguimos no presente estudo, a colaboração premiada trata-se de um meio excepcional e ostensivo de obtenção de provas¹⁶, uma vez que, diferentemente dos meios invasivos de investigação, pressupõe a negociação entre as partes. Nela, há o fornecimento de vantagens ao réu para que coopere com o Estado, fornecendo provas contra os corréus, o qual, em contrapartida, abdica de seus direitos de defesa. Por sua vez, o acordo de colaboração constitui um meio de prova composto que se trata do documento que consubstancia o resultado da colaboração premiada, sendo utilizado pela parte acusadora no processo para o convencimento do juiz acerca do delito

¹¹ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

¹³ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

¹⁴ Cf. assim tratou a Lei nº 12.850/2013, em seu art. 3º, inciso I, ao prever que: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada”.

¹⁵ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). 2.º Vice-Presidente do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC). Membro do Conselho Científico do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano (CEDPAL) da *Georg-August-Universität Göttingen*. (Co)Diretor da Revista de Concorrência e Regulação. Subdiretor da Revista *Anatomia do Crime*.

¹⁶ Tal entendimento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483, no qual corte ressaltou a natureza jurídica de meio de obtenção de prova do instituto de colaboração premiada: “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”.

cometido¹⁷. E será essa a perspectiva do presente trabalho, ou seja, o estudo do acordo de colaboração como meio de prova.

Ainda sobre o instituto da colaboração premiada como um meio de obtenção de provas, faz-se imperioso compreendê-lo como um instrumento a partir do qual se permite chegar até as provas. Porém, diferentemente dos meios tradicionais que se caracterizam pela necessidade de uma medida judicial, ato estatal coativo previsto em lei, como na busca e apreensão, interceptações telefônicas, entre outros que interferem com a privacidade dos investigados e independem da concordância do agente, cuida-se aqui, de um ato processual negocial, embora não seja um contrato privado¹⁸.

Nesta linha, advertem Didier Jr. e Bomfim¹⁹ que o instituto da colaboração premiada trata-se de um negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, o que identifica a sua natureza contratual. De um lado, o colaborador abdica do direito ao silêncio, e se compromete com determinadas obrigações, e em contrapartida a obrigação assumida terá a seu favor a concessão de diferentes vantagens, tais como o perdão judicial, a redução de sua pena privativa de liberdade ou tê-la substituída por restritiva de direito. “É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar. Cuida-se, ainda, de contrato bilateral (ou sinalagmático) e oneroso”.

Diante disto, para que se ajuste aos princípios de um Estado de Direito democrático e liberal, a colaboração premiada deverá necessariamente se submeter às garantias do processo equitativo, as quais, por sua vez, desdobram-se em duas vertentes: de um lado, a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, e do outro, o acordo de colaboração premiada como meio de prova²⁰.

De todo modo, a colaboração premiada é um instituto que genuinamente apresenta uma certa dificuldade de compatibilização com o Estado de Direito e os

¹⁷ Conceito dado pelo Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, com a exposição sobre *Colaboração premiada: uma apreciação crítica*, no Colóquio luso-brasileiro, Corrupção e Estado de Direito Democrático, no âmbito do curso “O direito e a sociedade de risco”, realizado nos dias 28 de janeiro a 1º de fevereiro de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coorganizado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público do Brasil – CONAMP e o IDPCC. Por sua vez, de forma contrária, MENDONÇA, Andrey Borges de. *Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira*. Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 01-32, especificadamente p. 04, entende o acordo de colaboração como meio de obtenção de provas variadas. Trata-se do caminho para se chegar nas provas, o que não se confunde com os meios de prova obtidos através dele, tais como provas documentais, gravações telefônicas, entre outras.

¹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 148, ano 26, p. 283-318, out. 2018, mais especificadamente, p. 285.

¹⁹ BOMFIM, Daniela Santos; DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *In: Repercussões do Novo CPC – Processo Penal*, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 192.

²⁰ Cf. exposto pelo Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, com a exposição sobre *Colaboração premiada: uma apreciação crítica*, no Colóquio luso-brasileiro, Corrupção e Estado de Direito Democrático, no âmbito do curso “O direito e a sociedade de risco”, realizado nos dias 28 de janeiro a 1º de fevereiro de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coorganizado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público do Brasil – CONAMP e o IDPCC.

princípios constitucionais, haja vista a sua natureza jurídica de negócio processual no qual o Estado, que detém o monopólio da persecução penal²¹, passa a admitir a relativização deste “poder-dever”²². Assim, exatamente por sua característica de justiça negocial, bem como por se tratar de meio excepcional de obtenção de provas, deverá necessariamente observar os princípios constitucionais, penais e processuais para que as provas obtidas sejam válidas. Desta forma, deverá estar de acordo com o ordenamento jurídico, visto ser subordinado à reserva de lei e aos princípios, bem como sujeitar-se ao rigoroso controle de constitucionalidade – tanto as normas legais, como também as interpretações realizadas pelo Ministério Público na celebração de acordos de colaboração²³.

Numa imposição rigorosa de observância pela colaboração, há o princípio da legalidade, de suma importância em um Estado de Direito, e que deverá ser respeitado tanto em seu plano material como processual. No que se refere ao plano material²⁴, este princípio determina que somente a lei possui a competência para definir crimes e as suas penas (art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal brasileira e art. 1.º do Código Penal brasileiro)²⁵, enquanto no seu plano processual, impõe a exigência da formalidade do processo. De qualquer modo, o princípio da legalidade constitui uma conquista contra os abusos do Estado, concretizando uma limitação ao seu poder punitivo, motivo pelo qual, não admite desvios nem exceções²⁶.

Oportuno ainda ressaltar que o princípio ora em exame, quando visto sob a ótica do particular, caracteriza-se pela autonomia das partes que podem fazer tudo o que a lei não veda (art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal brasileira)²⁷. Por sua vez, no âmbito da Administração Pública – no qual se aplica aos acordos de colaboração firmados entre o réu e as autoridades persecutórias –, o princípio da legalidade é caracterizado pela submissão dos agentes estatais às leis que o próprio Estado edita, de modo que esses agentes somente poderão atuar quando e como a lei o autorizar²⁸. Nesse sentido, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira determina que toda e qualquer atuação da Administração Pública deve ser outorgada por lei. Trata-se

²¹ Cf. a Constituição Federal brasileira, o Ministério Público é o titular da ação penal pública: art. 129, inciso I: São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

²³ Idem.

²⁴ Em Portugal, o sentido material do princípio da legalidade é semelhante ao brasileiro (art. 29.º, III, da CRP), cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. 1, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171.

²⁶ De forma contrária, MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p.1-32, admite excepcionar, em algumas situações, o princípio da legalidade. Para tanto, defende que o referido princípio visa a proteção do indivíduo (cidadão) contra os regimes autoritários, nos quais vigora o abuso Estatal. Assim, entende que, quando for utilizado a favor do indivíduo, que seria o caso dos acordos de colaboração, não haveria o porquê negar a sua exceção.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171.

²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 36.

do princípio de suma importância no âmbito da administração, ao limitar a atuação do agente público exatamente ao que determina a lei, vedando contra ou além do que ela prevê²⁹.

Naturalmente, não se pode olvidar que a legalidade é princípio constitucional no Brasil e, presumivelmente também em todos os Estados democráticos do planeta. Bem por isso, exige proteção e vigilância perene dos que integram o Poder Judiciário e o Ministério Público, o qual não raras vezes é referido na doutrina como “fiscal da lei” e que, portanto, deve respeitar os ditames legais, e caso seja desrespeitado, a atividade estará comprometida sob pena de nulidade dos atos praticados.³⁰

Por seu turno, o princípio de reserva legal, ínsito no princípio da legalidade penal, exige que determinadas matérias sejam necessariamente reguladas por leis formais, fruto do consenso democrático³¹. É, na realidade, uma garantia essencial de um Estado de Direito, onde se vigora o sistema político democrático³². Logo, decorrência deste princípio, a separação dos poderes estará sendo violada caso o juiz esteja autorizado a conceder penas ou perdões, não expressamente previstos em lei, ultrapassando os limites de sua competência, o que ocorreria, por exemplo, com reduções de pena em patamares acima do limite previsto na Lei nº 12.850/2013.

Transpondo para o âmbito dos acordos de colaboração premiada, pode-se afirmar que os referidos princípios se manifestam numa imposição de severa e necessária observância legal, seja para o seu procedimento, seja para os benefícios. Logo, eventuais promessas e/ou concessões de vantagens só serão admissíveis quando possuírem devido amparo legal, manifestação da vontade legislativa. *A contrario sensu*, serão terminantemente proibidas quando desprovidas de expressa base legal, pois, neste caso, o juiz estará extrapolando a sua competência de forma a substituir o legislador, e, conseqüentemente, violando estes princípios fundamentais que compõem a ordem constitucional – da legalidade, da reserva de lei e da separação de poderes³³.

Neste ponto, com razão, Canotilho³⁴ aduz que a validade do acordo de colaboração depende do respeito às regras (de ordem material e processual) “insusceptíveis de derrogação ou ultrapassagem pelos sujeitos processuais intervenientes no pacto de colaboração premiada”.

Visto que o acordo, sob pena de violar princípios fundamentais e conseqüentemente, a própria Constituição, deverá necessariamente observar os parâmetros e limites legais, questiona-se: quais seriam estes parâmetros? A celebração

²⁹ ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 175.

³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ob. cit., p. 36.

³¹ No Brasil, a competência para legislar sobre direito penal é privativamente da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal brasileira.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral, vol. 1, 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 67-68.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171.

³⁴ Idem, p. 147.

do acordo deverá se embasar exclusivamente na Lei nº 12.850/2013 ou é possível a utilização de legislações esparsas anteriores à sua edição?

2.2. Benefícios e o microsistema da colaboração

Ao realizar um estudo sobre a evolução histórica do sistema penal brasileiro, é possível perceber o crescente interesse no incentivo à cooperação do réu com o Estado no processo penal. No caso, trata-se de um fenômeno recente no sistema brasileiro, surgindo pela primeira vez em 1932 a confissão espontânea³⁵, como o primeiro mecanismo de cooperação, para a qual havia como benefício uma atenuante (art. 65.º, II, d, do Código Penal brasileiro) e cujo desiderato era estimular que o réu se autoincriminasse³⁶.

Após, em 1990, mediante a edição da Lei nº 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos, surge a delação premiada³⁷ como causa especial de redução de pena e, posteriormente, em 1998 com a Lei nº 9.613, doravante definida como lei de lavagem, em seu artigo 1º, § 5º, teve os seus benefícios ampliados para além da redução da pena, com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a concessão do perdão judicial, possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico do que lhe seria aplicado e, quando em prisão cautelar, a possibilidade de cumprimento de pena em estabelecimento diverso dos demais condenados. E, por fim, recentemente, em 2013, com a Lei nº 12.850, o terceiro e último mecanismo de cooperação, a colaboração premiada, que trouxe em seu artigo 4º benefícios ainda mais amplos aos da delação³⁸ – e que serão expostos em seguida.

Nesse ponto, importante mencionar certa divergência quanto aos dois últimos institutos acima expostos. Para alguns, colaboração premiada é um mero eufemismo de delação premiada, e na Europa Continental um dos expoentes desta concepção é Paulo de Sousa Mendes³⁹. Entretanto, não se trata de entendimento pacificado, de modo

³⁵ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 321, “a confissão é o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade”. Vicente Greco Filho arremata que “no processo penal o conteúdo da confissão é exclusivamente o reconhecimento da autoria”, GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218. De qualquer forma, a confissão é ato pessoal, feito somente pelo acusado, e geralmente realizado no ato do interrogatório, momento em que o juiz deverá questioná-lo sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração. Por isso mesmo, tal instituto é considerado pela doutrina como causa especial de redução de pena, cf. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295.

³⁶ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

³⁷ Considerado pela doutrina como causa especial de redução de pena, o instituto da delação premiada é o ato pelo qual o acusado confessa a responsabilidade pelo crime, mas também incrimina outrem como coautor ou partícipe da infração, e dessa atitude de cooperação pode auferir redução da pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), ou até mesmo o perdão judicial do agente quando este colabora eficazmente para o desmantelamento da associação criminosa, cf. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Ob. cit., p. 297.

³⁸ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

³⁹ MENDES, Paulo de Sousa. *A colaboração premiada à luz do direito comparado*. Artigo apresentado na conferência realizada nos dias 1 a 5 de outubro de 2018, na Escola Alemã de Ciências Criminais (EACC), organizada pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL) e pelo Departamento de Direito Penal Estrangeiro da Universidade de Göttingen, sob a direção do Prof. Dr. h. c.

que, de outro modo, há quem entenda⁴⁰ se tratar da terceira espécie de cooperação processual, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro em 2013, através da Lei nº 12.850/2013, seguindo a orientação das Convenções de Palermo⁴¹ e Mérida, ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos nºs 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente).

Todavia, sendo a questão semântica algo de menor relevância para o foco do trabalho, cabe aduzir que o instituto da colaboração premiada e seus análogos instrumentos de justiça negociada possuem como ideia central o incentivo processual, mediante a criação e concessão de prêmios para o réu colaborador para que o este forneça provas contra corréus e também abdique de suas garantias de defesa, como o direito ao silêncio, sendo que tais prêmios (vantagens penais e processuais) foram de forma cronológica, se ampliando ao longo do tempo⁴².

No Brasil, conforme exposto, há diversas leis, criadas a partir dos anos 1990, que conferem vantagens ao agente que auxilia na persecução penal e no alcance de determinados resultados. No caso, estas legislações, anteriores à Lei nº 12.850, que preveem sanções premiais, podem ser utilizadas nos acordos de colaboração ou o referido instituto está restrito exclusivamente aos limites, requisitos e benefícios da Lei nº 12.850?

Kai Ambos, ao tratar do tema *Justiça penal negociada*: a delação premiada no direito comparado, p.17. No mesmo sentido entende NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminoso*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47, afirmando que: “Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, de delação premiada”.

⁴⁰ Nesse sentido vide BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

⁴¹ Artigo 26 da Convenção de Palermo. (Brasil, Decreto nº. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴² Cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32, os benefícios concedidos e as suas respectivas legislações: Lei nº 8.072/1990, conhecida como lei dos crimes hediondos; Lei nº 7492/1986, lei que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, (art. 25, §2º); Lei nº 8137/1990, lei que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (art. 16.º) e a Lei nº 11343/2006, conhecida como lei de drogas (art. 41.º). Até este momento, em todas essas legislações o benefício para quem colaborasse com o Estado, cumprindo as condições legais para a sua concessão eram: causa diminuição de pena 1/3 a 2/3. Após, com a Lei nº 9.613/1998, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais (art. 1.º, §5º), alterada pela Lei nº 12.683/2012, além da redução da pena de um a dois terços (i), os benefícios foram ampliados para: (ii) a permissão do início do cumprimento da pena em regime de pena menos gravoso do que inicialmente previsto, (iii) a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (iv) e o perdão judicial, desde que o agente cumpra as condições legais impostas. No ano seguinte, com a Lei nº 9.807/1999, lei que estabelece programas especiais de proteção às testemunhas, colaboradores e vítimas ameaçadas, (arts. 13.º e 14.º), não houve inovação. As sanções premiais se mantiveram na: (i) redução da pena de 1/3 a 2/3, (ii) possibilidade de concessão do perdão judicial do agente, desde que preenchido os requisitos legais. Em 2011, a Lei nº 12.529, que trata do sistema da concorrência, trouxe nos arts. 86.º e 87.º que a celebração de acordo de leniência poderia ter efeitos penais nos crimes contra a ordem econômica, nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, e de quadrilha, determinando a suspensão do curso do prazo prescricional e impedindo o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, até o cumprimento do acordo, que levaria à extinção da punibilidade. Por fim, em 2013, a Lei nº 12.850, além de ampliar benefícios (art. 4.º), trouxe novas exigências ao colaborador como condição para usufruir do benefício e também estabeleceu o procedimento para a celebração do acordo de colaboração premiada. No caso dos benefícios: (i) imunidade à persecução penal, principal inovação, (ii) redução da pena até metade, (iii) progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Entendemos que sim, sob a alegação da existência de um microsistema da colaboração premiada, conforme defendido por Mendonça⁴³. Isto, pois, é possível observar que, em todas estas legislações, a política criminal sempre foi congruente no sentido de conferir determinadas vantagens (penais e processuais) ao arguido que, de alguma forma contribua com o Estado na investigação e apuração de crimes geralmente graves, dando maior eficiência à tutela penal e, conseqüentemente, ao interesse público⁴⁴.

No que se refere a Lei nº 12.850/2013, os benefícios premiaais previstos de forma taxativa ao colaborador são separados em dois momentos. No primeiro, quando o acordo é realizado antes à prolação da sentença, desde que cumpra com os requisitos exigidos⁴⁵, o colaborador poderá receber o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou tê-la substituída por restritiva de direitos (art. 4.º, *caput* e § 2.º). Poderá, até mesmo, o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, desde que o colaborador preencha as condições específicas, impostas para este benefício, qual seja, não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar, de forma efetiva, a colaboração (art. 4.º, § 4.º, I e II). Caso o acordo ocorra no segundo momento, quando já prolatada a sentença, poderá o colaborador ter a sua pena reduzida em até metade ou a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4.º, § 5.º)⁴⁶.

Entre as inovações trazidas pela Lei nº 12.850/2013, além de ampliar as vantagens e exigências do colaborador, trouxe também o procedimento para a celebração do acordo de colaboração premiada⁴⁷, trazendo requisitos de regularidade (art. 6.º), legalidade e voluntariedade os quais serão posteriormente verificados pelo juiz natural da causa (art. 4.º, §7º)⁴⁸. No que se refere à aplicação deste procedimento, por sua

⁴³ Idem.

⁴⁴ No caso da Lei nº 12.850, tais contribuições são a obtenção de resultados que estão inseridos no seu art. 4.º, *caput* e seus parágrafos.

⁴⁵ São eles: art. 4.º, da Lei nº 12.850: "I- A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada".

⁴⁶ Para BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129, os benefícios a serem concedidos ao colaborador são alternativos e não cumulativos.

⁴⁷ Cf. BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390, principal inovação em relação aos institutos anteriores (confissão e delação) está no estabelecimento, pela primeira vez, do procedimento para a colaboração, ou seja, na forma como ocorre a colaboração: por meio do acordo de colaboração, subscrito pela parte acusatória, pelo investigado ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz.

⁴⁸ Cf. entendimento do STF, o juízo de prelibação do acordo de colaboração premiada se restringe à aferição de "regularidade, legalidade e voluntariedade", e a apreciação judicial aprofundada, por sua vez, somente se dá na sentença. STF: Petição nº 5733/PR, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 23/09/2015: (...) 5. Cumpre registrar que a decisão de homologação do termo de colaboração premiada faz juízo sobre sua "regularidade, legalidade e voluntariedade" (art. 4.º, § 7.º, da Lei nº 12.850/2013). Assim, não há, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307808669&ext=.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019. Nesse mesmo sentido,

vez, há na doutrina⁴⁹ expoentes favoráveis à possibilidade de aplicá-lo para as demais legislações. Logo entendemos que, quanto aos benefícios previstos nas diferentes legislações acima expostas, anteriores à Lei nº 12.850/2013, não há lógica não considerar também a sua aplicabilidade. Isto, pois, todas essas leis possuem o mesmo objetivo, qual seja, de conferir vantagens ao agente em troca de cooperação processual, sendo que tais vantagens são condicionadas à implementação de determinados resultados⁵⁰.

Diante do exposto, não obstante haja entendimentos diversos⁵¹, é evidentemente possível afirmar a existência de um microsistema da colaboração premiada, no qual coexistam legislações com a mesma política criminal, e, portanto, os benefícios previstos em leis esparsas, anteriores à Lei nº 12.850 e que preveem sanções premiaias ao agente colaborador, possam ser concedidos, cabendo ao intérprete realizar a análise dentro deste microsistema, “sob pena de incoerência lógica e sistêmica”⁵². Contudo, vale destacar: tudo dentro da lei, embora não adstrito a esta última legislação.

Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. No caso, as vantagens (penais e processuais) legalmente previstas no microsistema⁵³ da colaboração premiada são resultado de uma ponderação do legislador, na qual, em atenção às regras do ordenamento jurídico, verificou quais benefícios são necessários para estimular o arguido a cooperar, devendo ser concedidos, e quais não deveriam ser concedidos⁵⁴.

STF: HC nº 127.483, relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015. É na sentença, ademais, que o juiz examinará a própria eficácia de acordo, segundo expressamente estabelece a lei de regência (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 11). Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁴⁹ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada*: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12850/2013. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em: 06 set. 2019, a aplicação da Lei nº 12.850, não será limitada ao crime organizado, de modo que, por analogia, incidirá a todo e qualquer caso de delação premiada.

⁵⁰ Vide nota 45 e 46.

⁵¹ Em sentido contrário, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171, entendem a Lei nº 12.850/2013 possui o seu âmbito circunscrito à incriminação, o processamento e os específicos meios de obtenção de prova para a investigação criminal do crime de organização criminosa, conforme o seu art.1º determina: “Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”.

⁵² Cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32, mais especificadamente, p. 14.

⁵³ São eles: (i) causa de diminuição de pena até 2/3; (ii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que ausentes os requisitos; (iii) regime inicial mais favorável (aberto ou semiaberto), ainda que não preenchidas as condições legais para tais regimes; (iv) progressão de regime, mesmo que ausentes os requisitos objetivos; (v) perdão judicial; (vi) imunidade ou benefício do não exercício da ação penal, em situações mais restritas. MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32, mais especificadamente, p.15.

⁵⁴ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

2.3. Benefícios extralegais e o princípio da legalidade

Não obstante defender-se a possibilidade de concessão de benefícios legalmente previstos no microsistema da colaboração premiada, não os limitando à Lei nº 12.850, por sua vez, como se antecipou supra, todos estes benefícios possuem expressa base legal, ou seja, estão rigorosamente subordinados aos ditames legais e constitucionais, e, conseqüentemente, em conformidade aos princípios da legalidade-taxatividade, da reserva de lei e da separação de poderes. São vantagens trazidas pelo legislador no respeito ao processo legislativo e consenso democrático.

Nisto, vai implicado ser inadmissível promessas e/ou concessões de vantagens ao colaborador que não possuem o expresse amparo legal. Do mesmo modo, o princípio da legalidade resulta também na vedação de inovações jurisprudências sem cunho legal, violando as regras de competência (princípio da reserva legal), o que se verifica da análise dos acordos de colaboração apresentados: diversas homologações e decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, que aceitaram a concessão de vantagens extralegais⁵⁵.

De todo modo, não há consenso doutrinário nem jurisprudencial. Da mesma forma que há na doutrina correntes que admitem a relativização do princípio da legalidade⁵⁶, na jurisprudência encontram-se diversas decisões nas quais o STF homologou acordos de colaboração premiada em que houve a concessão de benefícios extralegais. Este entendimento, a título exemplificativo, restou acolhido pela Corte em 27 de fevereiro de 2018, nos autos do Inquérito nº 4405⁵⁷, ocasião em que prevaleceu o entendimento de que a concessão de benefícios extralegais não geram invalidade do acordo, pois não há violação ao princípio da legalidade, uma vez que este princípio foi estabelecido em favor do réu e, no caso, trata-se de fixação de pena mais favorável, e portanto, não contraria este princípio.

Por sua vez, ao encontro da posição aqui defendida, em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, na Petição nº 7.265/DF⁵⁸, Ricardo Lewandowski, em respeito ao princípio da legalidade não homologou um acordo de colaboração no qual se previa a concessão de benefícios não previstos na lei, tais como previsão de pena em concreto, entendendo se tratar de competência exclusiva do Judiciário; a fixação de regime diferenciado de cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171, por sua vez, é ainda mais restrito e, divergindo do entendimento do presente trabalho (que entende a existência de um microsistema de colaboração premiada e a aplicação dos benefícios previstos nas legislações que o compõem, ao colaborador), é contrário a combinação de esquemas processuais, como a utilização de critérios de analogia e integração de outras legislações para a concessão de benefícios ao colaborador. Entende ser taxativo à Lei nº 12.850/2013, inclusive no que se refere aos benefícios previstos para o momento pré ou pós-sentença, os quais devem ser respeitados exatamente em razão do momento em que ocorrer o acordo.

⁵⁶ Nesse sentido, SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 201-202. MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32, entre outros.

⁵⁷ STF: Agravo Regimental em Inquérito nº 4405, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597>>. Acesso em 20 jul. 2019.

⁵⁸ STF: Petição nº 7.265/DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 14/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

inexistência de tal regime, sendo inadmissível a sua estipulação por obra da vontade das partes, e as hipóteses de suspensão do processo criminal.

III. Justiça negociada na ótica do direito comparado

Após analisar a evolução histórica das modalidades de cooperação no direito penal brasileiro e o microssistema da colaboração e os benefícios nele previstos, cabe agora aduzir que o instituto da colaboração premiada e seus análogos instrumentos de justiça negociada já operaram resultados eficientes em diversos Estados, tais como Estados Unidos da América, Inglaterra, Itália, entre outros. Aliás, conforme expõe Máximo Langer⁵⁹, há grande probabilidade de que tais institutos análogos tenham influenciado decisivamente no “transplante jurídico” que se operou na legislação brasileira.

Visto isto, para melhor compreender o instituto da colaboração premiada do Brasil, instituído pela Lei nº 12.850/2013, se faz necessária a sua análise à luz de institutos semelhantes, e que influenciaram em sua criação.

3.1. Estados Unidos

No direito norte-americano, um dos institutos aproximados da delação premiada é o da *plea bargaining*, cujo principal objetivo é apresentar resultados eficazes à sociedade⁶⁰.

Invocando as lições de Fisher, Feeley, Fanchiotti e Kuhh, Albergaria⁶¹ sustenta que a *plea bargaining* surgiu e se consolidou ainda no Século XIX, em decorrência da intensa industrialização dos Estados Unidos, logo após o fim da guerra civil, diante da efervescência produtiva que não apenas potencializou, como ainda deu ensejo a uma redefinição dos conflitos interpessoais, e com isso se gerou uma tensão contra a morosidade dos julgamentos pelo júri.

Não obstante o sistema jurídico americano tenha se tornado o mais influente no mundo, chegando a influenciar diversos outros ordenamentos através da *plea bargaining*, tal instituto foi acolhido apenas de forma fragmentária em países que adotam o *Civil Law*, tais como Alemanha, Itália, França, Brasil e Argentina, os quais não adotam o chamado sistema acusatório puro⁶². Para explicar este fenômeno, Máximo

⁵⁹ Professor de direito da Universidade da Califórnia, Los Angeles – UCLA, Doutor em Ciências Jurídicas da Universidade de Harvard e Advogado da Universidade de Buenos Aires. Em seu artigo, LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. In: *Harvard International Law Journal*. V. 45, nº 01, 2004, p. 01-65. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj45&div=6&id=&page=>>>. Acesso em: 08 jul. 2019, realiza a análise desses institutos de cooperação e sua provável influência no brasileiro.

⁶⁰ FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito Processual defendida perante a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 80-83. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁶¹ ALBERGARIA, Pedro Soares de. Ob. cit., p. 29-30.

⁶² LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M.

Langer propõe a metáfora da “tradução legal” na análise da transferência de ideias e institutos entre sistemas jurídicos diferentes⁶³. Com efeito, apesar da influência da *plea bargaining* americana nas jurisdições do *Civil Law*, as diferenças culturais são muito grandes entre os dois sistemas, razão por que a influência americana tem gerado fragmentações e divergências, ao invés de simples americanização dos sistemas jurídicos influenciados⁶⁴.

Nesta linha, observa-se que, a exemplo do que se verifica no Brasil, nos outros quatro Estados acima referidos o processo penal consiste em uma investigação oficial conduzida por agentes estatais imparciais, distinguindo, neste ponto, do instituto da *plea bargaining*, o qual, por sua vez, pressupõe uma concepção adversarial do processo penal⁶⁵.

Tal modelo é caracterizado pela ampla discricionariedade da acusação, de modo que o Ministério Público tem total autonomia para negociar e decidir pelo prosseguimento ou não da acusação, e sendo frutífero o acordo, o réu se declara culpado em troca de uma redução de pena, não exigindo necessariamente a imputação de um terceiro para a aplicação do instituto, criando desta forma o espaço para a busca da verdade transacionada entre a acusação e a defesa em fase pré-processual⁶⁶.

Relativamente ao alcance da *plea bargaining* no sistema de justiça criminal norte americano, a literatura forense aponta a aplicação desta modalidade de justiça negociada em mais de 90% (noventa por cento) dos crimes ocorridos nos Estados Unidos, e que, colocando em dados, verifica-se que a taxa de condenações por confissão de culpa, já nos anos vinte do século XX, se estabilizou em torno de 90%⁶⁷, mas se ampliou para 97,1% em 2003, segundo dados do *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*. Provavelmente por isso, invoca as reflexões de Robert Scott e William Stuntz para aduzir que “*a plea bargaining is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system*”⁶⁸. A despeito disso, invoca também Goldstein para referir que cerca de 2/3 (dois terços) dos norte-americanos expressam preocupação e desconfiança quanto ao instituto⁶⁹.

Faria. In: BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra; COLEN, Guilherme Coelho (Ed). *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, nº 3, dez. 2017, p. 27; No mesmo sentido DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 16 e ss., afirma que o acolhimento da *plea bargaining* nos sistemas processuais de *Civil Law* de matriz acusatória, como o de Portugal, se mostra completamente distinto ao norte-americano, através de seus procedimentos formal e material.

⁶³ LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas... Ob. cit., p. 27.

⁶⁴ Idem, p. 28.

⁶⁵ Idem, p. 29.

⁶⁶ ALSCHULER, Albert W. *Plea bargaining and its history*. In: *Columbia Law Review*, v. 79, nº 1, January, 1979. Disponível em: < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journals_articles>. Acesso em: 06 jul. 2019

⁶⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. Ob. cit., p. 44.

⁶⁸ Idem, p. 109.

⁶⁹ Idem, p. 94.

a) *Plea bargaining* versus colaboração premiada

Conforme exposto, a *plea bargaining* é um mecanismo processual da justiça negociada do sistema norte americano, através do qual a acusação e defesa podem entrar em acordo sobre o caso, e em seguida submeter esse acordo à homologação judicial⁷⁰.

Discorrendo sobre *plea bargaining*, Albergaria leciona que é tradicional a distinção entre *charge bargaining* e *sentence bargaining*, pois no primeiro caso tem-se uma negociação acerca da própria imputação, na medida em que, em troca da declaração de culpa, o promotor se compromete a desclassificar a acusação para uma infração punível com pena inferior; já na segunda situação o promotor se compromete a recomendar ao juiz uma sanção de certa natureza (multa em lugar de prisão, por exemplo), com uma determinada medida, ou ainda promete não se opor a uma circunstância atenuante invocada pela defesa⁷¹.

A colaboração premiada, por sua vez, se verifica quando, mediante prévio acordo escrito com órgão de persecução penal, o arguido não apenas revela ter cometido algum crime, mas também aponta terceiros⁷². Ademais, a mera delação não rende qualquer benefício ao criminoso colaborador, posto que as informações prestadas devem efetivamente contribuir para fazer cessar a conduta criminosa⁷³, sendo exigido nexos causal entre ela e o efetivo esclarecimento de infrações penais e sua autoria⁷⁴. Logo, observa-se que, o mais significativo aspecto de divergência entre ambos reside no fato de que na *plea bargaining* o arguido negocia benefícios legais em troca da autoincriminação, ao passo que na colaboração premiada os benefícios são negociados em troca da delação de corréus.

Convém aludir, contudo, a um dos instrumentos da *plea bargaining* que guarda acentuada proximidade com a colaboração premiada: a *substantial assistance motion* segundo a qual o Ministério Público poderá negociar com os indivíduos mais implicados no crime, e que em perspectiva suportarão penas mais graves, para deles extrair informação relevante que incrimine outros comparsas, e em troca oferecer penas sensivelmente atenuadas⁷⁵.

3.2. Inglaterra

Na Inglaterra, a figura do colaborador processual surgiu em 1775, com a aplicação do direito consuetudinário no caso *The King versus Rudd*⁷⁶, no qual a acusada,

⁷⁰ LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas. Ob. cit., p. 27ss.

⁷¹ ALBERGARIA, Pedro Soares de. Ob. cit., p. 22.

⁷² Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171, especificadamente p. 145, aduz que: “a colaboração premiada é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (*caput* e § 5º do art. 4º) ou processuais penais (§ 4º do art. 4º)”.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 86-89.

⁷⁴ GUIDI, José Alexandre Marson. Ob. cit., p. 114-115.

⁷⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. Ob. cit., p. 123.

⁷⁶ No ano 1775, acusada de falsificação de três títulos, Margaret Caroline Rudd, em seu depoimento, confessou ao juiz de paz a sua autoria quanto à falsificação de um dos títulos, e, em sua defesa, alegou ter

com a concordância dos julgadores, foi admitida como testemunha da coroa, e, portanto, utilizou de seu depoimento para indicar seus comparsas e os crimes por eles praticados em troca de isenção de pena, ficando este depoimento reconhecido como testemunho da coroa (*crown witness*)⁷⁷.

Ao longo do tempo o instituto sofreu aperfeiçoamentos, até que 230 (duzentos e trinta) anos mais tarde surgiu a lei de combate ao crime organizado, intitulada de *Serious Organised Crime and Police Act 2005*, em cujo capítulo 2.71 se observa a chamada *immunity from prosecution*, a qual confere ao órgão acusador a possibilidade de premiar qualquer pessoa com a imunidade da acusação em troca de informações úteis à apuração de delitos, visando potencializar as chances de êxito de uma investigação ou repressão a qualquer infração penal⁷⁸.

3.3. Itália

Na Itália, o instituto da delação começou a ser adotado nos anos setenta do século XX, e isto foi feito com o desiderato de combater atos de terrorismo, todavia, a inovação processual adquiriu maior destaque após a chamada “Operação Mãos Limpas”, voltada a dismantelar a máfia italiana⁷⁹, na qual os delatores ficaram conhecidos como *pentiti*, e desde então o instituto da delação passou a ser contemplado no Código Penal italiano e também em outros diplomas, tais como a Lei nº 82, de 15 de março de 1991.⁸⁰

Na Itália, quando o agente se arrepende, depois da prática de algum crime, sendo este em concurso com organizações criminosas, caso se empenhe para diminuir as consequências desse crime, confessando-o ou impedindo o cometimento de crimes conexos, terá o benefício de diminuição especial de um terço da pena fixada na sentença condenatória, ou da substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos⁸¹.

sido ameaçada de morte, como forma de coação para que realizasse a falsificação. No caso, imputou a autoria desta conduta a Daniel Perreau. Os magistrados, considerando a conduta de Margaret como uma confissão da culpa, a admitiram como testemunha da coroa para que prestasse mais informações, sobretudo quanto à indicação de seus comparsas bem como os crimes por eles praticados. Dos esclarecimentos prestados por Margaret, os outros dois autores dos crimes, Daniel Perreau e Robert Perrau, foram executados em 17 de janeiro de 1776, cf. LEACH, Thomas. *Cases in crown Law. Determined by the twelve judges by The Court of King's Bench*. Vol. I, 4ª ed. London: 1815, p. 115-133.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ FERREIRA, Cristiano de Oliveira. Ob. cit., p. 83-84. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁷⁹ Cf. Sérgio Moro, a “operação *mani pulite*” (mãos limpas), que teve início em fevereiro de 1992, constitui um marco de extrema importância, na história do Judiciário. Teve início com a prisão do diretor da instituição filantrópica de Milão (Pio Alberto Trivulzio), Mario Chiesa. E pouco tempo depois, mais precisamente dois anos, um número significativo de mandados de prisão foram expedidos (2.993) e 6.059 pessoas foram alvo de investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, sendo que quatro haviam sido primeiros ministros. De extrema importância, esta ação judiciária revelou um gigantesco esquema de corrupção que vigorava na Itália, na qual foi descoberto o pagamento de propina para concessão contratos públicos, e que se denominou por “*Tangentopoli*” ou “*Bribesville*” (equivalente à “cidade da propina”) para qualificar a situação. MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. In: *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, p. 56-62, jul.-set./2004. Disponível em: <<http://www.enfpt.org.br/wp-content/uploads/2018/02/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁸⁰ FERREIRA, Cristiano de Oliveira. Ob. cit., p. 77-80. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁸¹ GUIDI, José Alexandre Marson. Ob. cit., p. 102.

Existem no direito italiano três espécies de colaboradores: o *arrepentido*, que abandona ou dissolve a organização criminoso e em seguida se entrega, fornece todas as informações sobre as atividades criminosas e impede a realização de crimes para os quais a organização se formou; o *dissociado*, que confessa a prática dos crimes, se empenha para diminuir as consequências e impede a realização de novos crimes conexos; e o *colaborador*, que além dos atos descritos acima, ajuda no fornecimento de elementos de prova relevantes para o esclarecimento dos fatos e possíveis autores. Vale ressaltar que em todos os casos descritos acima, a colaboração deve acontecer antes da sentença condenatória.

Mais modernamente a Itália inseriu em seu ordenamento o *patteggiamento*, o qual se mostra mais fiel ao modelo norte-americano da *plea bargaining*. Segundo Langer⁸², os tradutores jurídicos italianos tiveram muito mais poder para proceder à reforma do que os tradutores alemães e foram capazes de introduzir a *plea bargaining* italiana como parte de reformas processuais penais mais profundas e amplas, inspiradas no sistema adversarial estadunidense. Com isso, tiveram que ceder muito menos do que os alemães e tiveram muito mais poder para alterar a estrutura inquisitorial de significado e distribuição de poderes processuais.

3.4. Espanha

No direito espanhol, o mecanismo de cooperação processual equivalente à delação premiada denomina-se “arrepentimento processual” com a figura do “arrepentimento processual”, e a aplicação de tal instituto pode gerar diminuição de pena ao infrator, o qual pode se valer deste favor legal antes ou após a sentença⁸³.

3.5. Portugal

Em Portugal, de extrema importância para a temática dos institutos de cooperação processual, encontra-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça⁸⁴. Na referida decisão, entendeu-se que o direito processual português não admite os acordos negociados de sentença e que constituiria prova ilegal aquela obtida através de confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença com o Ministério Público sobre os limites máximos da pena a ser aplicada.

Figueiredo Dias⁸⁵ propôs a adoção dos acordos sobre sentença em processo penal no qual o arguido confirma os fatos que lhe são imputados pela acusação e, para

⁸² LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations*. Ob. cit., p.01-65.

⁸³ Para receber o benefício, o réu (*delinquentes arrependidos*) deverá submeter-se às seguintes condições para obter o benefício: a) abandonar as atividades criminosas; b) confessar os crimes para os quais tenha concorrido; c) auxiliar no impedimento da consumação de novos delitos ou na identificação e captura dos demais infratores da organização criminoso, ou, ainda, ajudar na obtenção de provas que impeçam a atuação da organização criminoso da qual o mesmo participava, Cf. GUIDI, José Alexandre Marson. Ob. cit., p. 107.

⁸⁴ Recurso Penal em Processo nº 224/06.07GAVZL.C1.S1. Relator: Conselheiro SANTOS CABRAL. Decisão proferida em 10 de abril de 2013. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 37-39.

tanto, alegava que a crise do judiciário português com a sobrecarga de serviço e a sua generalizada morosidade judicial seria sanada com a adoção deste instituto. Isto, pois, a colaboração do réu com a possibilidade de aplicação imediata de pena implicaria uma maior celeridade e eficiência do judiciário, justificando a adoção do instituto.

Em um primeiro momento, esta proposta encontrou ressonância no entendimento da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa e na Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, as quais chegaram a emitir orientações normativas sugerindo a exploração do caminho da via consensual, desde que houvesse a confissão do arguido. Todavia, a ideia findou rechaçada pela jurisprudência portuguesa, conforme se verifica na decisão.⁸⁶

No caso, o entendimento jurisprudencial foi ao encontro dos contrários a adoção dos acordos sobre sentença e, no caso, contrários à proposta de Figueiredo Dias. Entre eles, destaca-se Schünemann⁸⁷, para o qual a referida proposta tratava-se de “eufemismo”, “camuflagem”, procedimento “*contra legem*” e “provincianismo”, sendo grande opositor e crítico ao modelo de justiça negocial, entendendo que, mediante este procedimento há a usurpação do dever legal de esclarecimento dos fatos. A doutrina, outrossim, apontava também uma heterodeterminação da pena violadora do princípio da culpa, a violação do princípio da indisponibilidade da ação penal.⁸⁸ Assim, nos mesmos moldes do que ocorre na Espanha, o direito português demonstra manifestações residuais de relevância premial da colaboração de justiça.⁸⁹

IV. Análise crítica dos termos dos acordos à luz das coordenadas constitucionais: vantagens penais e processuais indevidas

Diante do já exposto, a colaboração premiada, fortemente influenciada por institutos análogos advindos da justiça norte-americana, instrumentos da justiça negociada⁹⁰, trata-se de mecanismo de cooperação processual que visa à colaboração do réu mediante a concessão de benefícios penais e processuais sendo que a implementação dessas vantagens se dá pela celebração de um acordo entre o réu e as autoridades persecutórias⁹¹. Por sua vez, a concessão de tais vantagens envolve o respeito e a submissão ao ordenamento jurídico, em atenção a princípios (em especial

⁸⁶ SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*. Dissertação de Mestrado em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016, p. 93-95. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/31832>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁸⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 297.

⁸⁸ SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*. Ob. cit., p. 93-894

⁸⁹ Conforme exposto pelo Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, com a exposição sobre *Colaboração premiada: uma apreciação crítica*, no Colóquio luso-brasileiro, *Corrupção e Estado de Direito Democrático*, no âmbito do curso “O direito e a sociedade de risco”, realizado nos dias 28 de janeiro a 1º de fevereiro de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coorganizado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público do Brasil – CONAMP e o IDPCC.

⁹⁰ LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations*, ob cit., p. 01-65.

⁹¹ Cf. exposto pelo Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes, com a exposição sobre *Colaboração premiada: uma apreciação crítica*, no Colóquio luso-brasileiro, *Corrupção e Estado de Direito Democrático*, no âmbito do curso “O direito e a sociedade de risco”, realizado nos dias 28 de janeiro a 1º de fevereiro de 2019, na

o da legalidade criminal) e aos limites legais e, portanto, devem estar expressamente previstas em lei⁹². Todavia, os exemplos de acordos em exame, firmados no curso da Operação Lava Jato, contrariaram o ordenamento jurídico ao concederem benefícios não previstos em lei. Vejamos.

4.1. Benefícios extralegais identificados (penais e processuais)

No acordo de colaboração firmado entre Paulo Roberto Costa⁹³ e o Ministério Público Federal, a substituição de prisão cautelar por prisão domiciliar com tornozeira eletrônica, o estabelecimento de penas em margens fixas (tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade em dois anos), a concessão de cumprimento da pena em regimes diferenciados (cumprida inicialmente em regime semiaberto e, o restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto)⁹⁴, a limitação do tempo de prisão cautelar comum, entre outros, demonstram a falta de amparo legal destes benefícios, não havendo respaldo no ordenamento jurídico, considerando inclusive o microsistema da colaboração, conforme já examinado⁹⁵.

Da mesma forma, o acordo de colaboração de Alberto Youssef⁹⁶ também encontra total ausência de amparo legal com a fixação de tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade (em cinco anos) e a progressão *per saltum*, ou seja, do regime fechado diretamente para o aberto; a permissão de utilização, por seus familiares, de bens que são declaradamente produto de crime (dois veículos blindados); o afastamento de efeitos extrapenais da condenação com a não aplicação de perdimento de bens produto de crime mediante a liberação (de dois imóveis); e, a liberação de quatro imóveis e um terreno em favor de suas filhas, que seriam inicialmente destinados ao juízo a título de multa compensatória⁹⁷. Por sua vez, não há, na Lei nº 12850/2013 nem mesmo nas legislações que compõem o microsistema de colaboração, a previsão de progressão *per saltum* e a liberdade de fixar um patamar máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade⁹⁸. Ademais, quanto à multa compensatória, não existe, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, no Código Penal, a previsão dessa espécie de penalidade⁹⁹.

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coorganizado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público do Brasil – CONAMP e o IDPCC.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171.

⁹³ 95 Termo de colaboração de Paulo Roberto Costa (Cláusula 5.ª, l, a, b, c e § 1.º e § 6.º). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019.

⁹⁴ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390; MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32.

⁹⁵ Sobre as hipóteses legais vide nota 54.

⁹⁶ Termo de colaboração de Alberto Youssef (Cláusula 7.ª, h e j e § 3.º, §4.º, d, § 5.º e 6.º). Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

⁹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

E, por fim, e também em desacordo com o ordenamento jurídico, o acordo de colaboração de Pedro José Barusco Filho¹⁰⁰, com a invenção de regime de pena que não existe (no caso, o cumprimento de todas as suas penas privativas de liberdade em regime aberto diferenciado pelo prazo máximo de dois anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial) e a obrigação do Ministério Público Federal pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador ou em suas empresas nas ações cíveis, processos estes que não são da atribuição dos membros do Ministério Público que participaram do acordo. Importante ressaltar que, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão do regime aberto diferenciado. Trata-se de mais uma inovação deste acordo de colaboração¹⁰¹.

Nos três acordos acima analisados, houve a concessão de vantagens desprovidas de cobertura legal, ferindo o princípio da legalidade em todas as suas vertentes, bem como o princípio da reserva legal, na medida em que o Ministério Público se usurpou da competência do Poder Legislativo. Ademais, em todos os acordos, os benefícios foram concedidos de forma cumulativa, contrariando o entendimento de Bitencourt¹⁰², que afirma que os benefícios a serem concedidos ao colaborador são alternativos e não cumulativos.

4.2. Da (i)lícitude e (in)constitucionalidade da prova

Analisando os termos de colaboração premiada à luz dos princípios e regras constitucionais, verifica-se uma visível violação ao princípio da legalidade estrita mediante a concessão de benefícios que excedem, em muito, as hipóteses previstas em lei, inclusive no microsistema da colaboração. Diante disto questiona-se: tais cláusulas são válidas, legais e constitucionais? Qual o valor probatório que se deve dar a tais colaborações?

Encontramos em Canotilho¹⁰³ a melhor solução para este problema, ao referir que tais acordos de colaboração “padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidade que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos”. Não há como conferir validade a acordos em que houve a frontal violação à lei e à Constituição de um Estado de Direito. Ademais, a concessão de incentivos exagerados influi não somente na dúvida quanto à legalidade do acordo, mas também na plena eficácia do instituto.

Por sua vez, outra parte da doutrina¹⁰⁴, da qual discordamos, bem como parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal defendem a possibilidade de concessão, ao colaborador, de vantagens extralegais, entendendo que, os acordos firmados no

¹⁰⁰ Termo de colaboração de Pedro José Barusco Filho (Cláusula 5.ª, I, II, III e IV e 5.ª, § 6.º). Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

¹⁰¹ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

¹⁰² BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. Ob. cit., p. 129.

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171, especificadamente, p. 164.

¹⁰⁴ Entre os quais encontra-se MENDONÇA.

âmbito da operação lava-jato, em exame, são válidos e legais. Para tanto, justificam que o instituto da colaboração advém da necessidade diante da gravidade destes crimes e da grande dificuldade na obtenção de provas, motivo pelo qual sustentam que, uma vez que trata-se de um negócio processual, pode e deve o Ministério Público, no caso concreto, em atenção a certos limites materiais, conceder os benefícios mais aptos a obterem os resultados desejados. Para traçar tais limites, a doutrina traz balizas, dentre as quais destaca-se a necessidade de haver relativa cobertura legal, com possíveis adaptações ao caso concreto; de que o benefício seja lícito e moralmente aceitável; de que respeite os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana e de que haja razoabilidade na concessão do princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁰⁵.

Da análise dos três acordos de colaboração, é possível afirmar que há razoabilidade na permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são declaradamente produto do crime? E quanto à concessão da propriedade? Seria moralmente aceitável? É razoável? Há interesse público em que, diante do grande esquema de corrupção dos crimes praticados por esses agentes e que tiveram reflexos diretos na economia do país, não sejam aplicadas sanções ao colaborador ou às suas empresas nas ações cíveis? Ou mais, é interessante, no que tange à política criminal da pena, que diante de crimes tão graves seja fixado aos agentes, como tempo máximo de pena privativa de liberdade, apenas 2 (dois) anos, ainda a ser cumprida em regime semiaberto? Haverá, de fato, uma justiça justa e equitativa?

Difícil aceitar-se que sim. A concessão de benefícios desproporcionais pode acarretar na indesejável sensação de que o crime compensa ou ainda, na certeza de impunidade, sendo inegável que, de fato, ao observar os benefícios concedidos nestes acordos de colaboração, houve uma afronta direta ao princípio da legalidade¹⁰⁶, motivo pelo qual, sustentamos existir nesses acordos uma flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade e, portanto, tais cláusulas são inválidas e ilegais, pois violam o ordenamento jurídico constitucional como um todo.¹⁰⁷

4.3. Consequências jurídicas: proibição de utilização das provas obtidas

Diante do exposto, a flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade de que os acordos de colaboração examinados padecem implica, por sua vez, sua configuração como método proibido de obtenção de prova. Tal entendimento encontra fundamento constitucional no art. 5.º, inciso LVI da Constituição brasileira, que dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”¹⁰⁸, exatamente como

¹⁰⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. Ob. cit., p. 1-32.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171.

¹⁰⁷ Em sentido contrário, a Orientação Conjunta nº 1/2018 do MPF admite outros benefícios, além dos estritamente previstos em lei.

¹⁰⁸ O repúdio a falsas e ilegais promessas ao réu em troca de colaboração é acolhido de forma expressa em diversas legislações, que entendem ferir, entre outros a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, em Portugal prevê como método proibido de prova: art. 126º, nº 2, alínea e, do Código Penal português: “(...) 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com

ocorreu com a concessão de benefícios extralegais. Da mesma forma, o Código de Processo Penal brasileiro, no art. 157, *caput*, determina que as provas obtidas mediante a violação de normas legais ou constitucionais, são ilícitas e, portanto, inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo. Diante disto, o acordo, como meio de prova, ostenta nessas hipóteses a qualidade de prova inadmissível.

Aliás, embora a lei confira proteção à sentença condenatória vedando que esta seja proferida com exclusivo fundamento nas declarações de agente colaborador, exigindo outros elementos probatórios para a condenação (art. 4.º, § 16 da Lei nº 12.850/2013), entendemos que a ilegalidade e inconstitucionalidade desses acordos implicam sua total inutilização para qualquer medida processual, ou seja, sustentamos a inexistência de força probatória nessas declarações não somente para fins de condenação, mas também para sustentar o recebimento de uma denúncia ou mesmo a imposição de uma medida cautelar¹⁰⁹.

Diante do exposto, tendo em vista o princípio da legalidade, um dos princípios basilares do Estado de Direito, como um importante limitador da atuação estatal, a violação, dessa norma constitucional – exatamente como ocorreu nos casos examinados –, ensejará a nulidade dos atos praticados dada a sua ilegalidade e inconstitucionalidade e, portanto, os três acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato devem ser desentranhados do processo diante de sua inadmissibilidade enquanto meio de prova.

V. Conclusão

É imperioso reconhecer que a atividade investigativa no âmbito acadêmico nunca termina efetivamente, eis que se trata de verdadeiro *work in progress*, contudo, o esforço voltado à elaboração de um estudo científico exige delimitação temporal, inclusive para que os frutos colhidos possam ser compartilhados com a comunidade acadêmica. Assim, ao fim e ao cabo deste esforço investigativo concluímos que:

O instituto da colaboração premiada surgiu por força da necessidade do Estado brasileiro de potencializar instrumentos jurídicos eficazes para conter crimes complexos e de difícil apuração mediante a concessão de vantagens ao réu que ajudar na persecução penal dos membros de uma organização criminosa, e que, para tanto, deverá abdicar do exercício das suas garantias de defesa. Trata-se de um negócio jurídico bilateral e de meio ostensivo de obtenção de provas e, por sua vez o acordo, embora haja entendimentos de forma contrária, é meio de prova, no caso, a prova produzida pelo instituto da colaboração.

consentimento delas, mediante: (...) e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível” e também o art. 32º, nº 8 da Constituição portuguesa: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 133-171.

¹⁰⁹ BOTTINO, Thiago. Ob. cit., p. 359-390.

Não há dúvidas de que, o instituto da colaboração premiada, inspirado nos análogos instrumentos de justiça negociada norte-americana, já operou resultados extremamente eficientes na persecução criminal. Contudo, a forma como tem sido utilizado na Operação Lava Jato, conforme os três acordos de colaboração premiada examinados acima, mediante a concessão de vantagens que extrapolaram, em muito, as hipóteses legais previstas no microsistema da colaboração premiada, revelam a sua invalidade, ilegalidade e inconstitucionalidade. Isto, pois, as garantias do processo equitativo exigem que o instituto da colaboração premiada, como meio excepcional de obtenção de prova, observe os princípios que compõem o ordenamento jurídico de um Estado de Direito, respeitando os ditames legais, sob pena de ilicitude das provas obtidas.

Diante disto, é inadmissível promessas e/ou concessões de vantagens ao colaborador que não possuem o devido e expresso amparo legal. Sendo que, do mesmo modo, o princípio da legalidade resulta também na vedação de inovações jurisprudências sem cunho legal, violando as regras de competência (princípio da reserva legal), o que se verifica da análise dos acordos de colaboração estudados: diversas homologações e decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, que aceitaram a concessão de vantagens extralegais. Por sua vez, não se trata de entendimento pacífico. Tanto é assim que, em recentes decisões, essa mesma Corte, prezando pelo princípio da legalidade não homologou um acordo de colaboração no qual se previa a concessão de benefícios não previstos na lei.

A concessão de benefícios desproporcionais pode acarretar na sensação de que o crime compensa ou ainda, a certeza de impunidade e, utilizando-se a lei como parâmetro, bem como a razoabilidade, verifica-se uma afronta direta ao princípio da legalidade.

Ademais, nos termos do código de processo penal brasileiro, as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Logo, a ampliação dos benefícios, na forma como ocorreu, implica não somente a violação de normas legais, mas também a violação de princípios cuja proteção advém da Constituição, tornando o mecanismo de cooperação inválido, e, portanto, ilícitas as provas obtidas através dele.

Desta forma, visando garantir a plena eficácia deste instituto de cooperação processual, o Ministério Público, órgão incumbido de oferecer tais vantagens, deve se limitar às hipóteses legais, garantindo que, as provas obtidas não sejam contaminadas, pois, caso contrário, serão inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining* - Aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *In: Columbia Law Review*, v. 79, nº 1, January, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 06 jul. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada*: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12850/2013. Disponível em: < <http://badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html> >. Acesso em: 06 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. 1, 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOMFIM, Daniela Santos; DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *In: Repercussões do Novo CPC – Processo Penal*, v. 13. Salvador: JusPodivm, 2016.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122/2016, p. 359-390, set.-out./2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO; Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; WUNDER, Paulo. Colaboração premiada: justa causa para quê? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 148, ano 26, p. 283-318, out. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito Processual defendida perante a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquemático*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada - No combate ao crime organizado*. 1ª ed. São José do Rio Preto: Lemos E Cruz, 2006.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure". In: *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, 2004, p. 01-65. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj45&div=6&id=&page=>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. In: BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra; COLEN, Guilherme Coelho (Ed.). *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, dez. 2017.

LEACH, Thomas. *Cases in crown Law*. Determined by the twelve judges by The Court of King's Bench. Vol. I, 4ª ed. London: 1815.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Paulo de Sousa. *A colaboração premiada à luz do direito comparado*. Artigo apresentado na conferência realizada nos dias 01 a 05 de outubro de 2018, na Escola Alemã de Ciências Criminais (EACC), organizada pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL) e pelo Departamento de Direito Penal Estrangeiro da Universidade de Göttingen, sob a direção do Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos, ao tratar do tema Justiça penal negociada: a delação premiada no direito comparado.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira*. Artigo apresentado no *Workshop* e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

_____. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. In: *Revista CEJ*, Brasília, nº 26, p. 56-62, jul.-set./2004. Disponível em: < <http://www.enfpt.org.br/wp-content/uploads/2018/02/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Organização criminosa*. Comentários à Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2018.

ORLANDI, Renzo. *I collaboratori di giustizia nell'esperienza italiana*. Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*. Dissertação de Mestrado em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/31832>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Paulo Roberto Costa, homologado em 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Alberto Youssef, homologado em 24 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Pedro José Barusco Filho, homologado em 19 de novembro de 2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2019.

THAMAN, David. *Cooperation agreements in U.S. Criminal Law: Do they enhance truth in factfinding in serious cases?* Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Índice de jurisprudência

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Inquérito nº 4405, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. *Habeas Corpus* nº 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 20 jul. 2019

BRASIL. Inquérito nº 4483 QO/DF, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=Inq&numero=4483>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Petição nº 7.265/DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 14/11/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Petição nº 5733/PR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 23/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307808669&ext=.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Penal em Processo nº 224/06.07GAVZL.C1.S1. Relator(a): Conselheiro SANTOS CABRAL. Decisão proferida em 10 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

O Estado como garantidor da liberdade de expressão na Internet

Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento*

Sumário

1. Introdução. 2. Explicando o cenário da regulamentação privada por empresas de mídia online. 3. Identificando o arcabouço jurídico: o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3.1. O conceito de obrigações positivas de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3.2. Empresas e Direitos Humanos. 3.3. Conclusão parcial. 4. Aplicando o arcabouço normativo identificado ao caso da regulamentação privada por empresas de mídia: que tipo de obrigação positiva surge no ambiente online para os Estados? 4.1. Dever de promover a transparência. 4.2. Dever de assegurar a competitividade no mercado. 4.3. Dever de exigir sistemas de apelação interna. 4.4. Dever de ofertar remédios eficazes. 4.5. Efetivando a norma. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O que acontece se um mecanismo de pesquisa na Internet censurar determinados sites sem explicitar isso para seus usuários? Ou se as plataformas de mídia social e de serviços de streaming optarem por bloquear conteúdos específicos? Em outras palavras, o que acontece quando as empresas de mídias online se tornam os legisladores, os juizes e são responsáveis por impor suas próprias decisões relacionadas à regulamentação de conteúdo e aos limites da liberdade de expressão no ambiente virtual?

Este artigo pretende analisar até que ponto se tornou essencial, nos dias atuais, que os Estados cumpram sua obrigação positiva de garantir a proteção dos direitos humanos no ambiente online devido à crescente regulamentação privada realizada pelas empresas de mídia digital. Nesse contexto, o estudo também discutirá o que concretamente pode ser exigido dos Estados para assegurar os direitos humanos dos usuários da Internet, em especial a liberdade de expressão, de acordo com o arcabouço normativo trazido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para isso, de início será estudado que embora a Internet possua uma estrutura ideal descentralizada, com servidores espalhados ao redor do mundo, ela possui

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Mestranda em Direito da Tecnologia da Informação na Universidade de Edimburgo (Escócia). Cursou Direito Penal Internacional com foco em novas tecnologias na Academia de Direito Internacional de Haia. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

agentes de mídia privados que são capazes de controlar a circulação dos dados na rede, bem como são capazes de regular o conteúdo.

O problema que surge dessa constatação é que a posição desses atores dará a cada um deles a capacidade de censura virtual, em maior ou menor grau, o que pode constituir uma violação dos direitos humanos dos usuários, especialmente da liberdade de expressão.

Vale ressaltar que tradicionalmente a liberdade de expressão é entendida como um direito que gera posições negativas do Estado. Em outras palavras, a proibição contra a censura é, em regra, dirigida ao governo, que deve abster-se de interferir nas manifestações de pensamentos das pessoas. Para ilustrar com um exemplo, é por isso que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América estabelece que o Congresso norte-americano tem o dever de abster-se de restringir a liberdade de expressão, sem se preocupar com a relação entre particulares.

No entanto, com a crescente importância da regulamentação privada no ambiente virtual, a necessidade de aplicação da eficácia horizontal dos direitos humanos à liberdade de expressão também cresce em importância. Por quê? Porque não foi o Estado que se mostrou o principal agente regulador da fala dos usuários na Internet, mas sim as empresas privadas de mídia.

A voz que as pessoas comuns têm online é, em regra, mediada. É mediada pelo dispositivo de comunicação escolhido (como um computador, *tablet*, *smartphone*, videogame, televisão ou roteador), pelo provedor de acesso à Internet utilizado e pelos serviços virtuais que a pessoa usa para expor uma ideia (como o *Facebook*, *Twitter* ou blogs), entre outros. Todos esses são, via de regra, produtos ou serviços oferecidos por agentes privados. Ao impor termos de serviço e projetar a arquitetura de rede, todos os agentes privados mencionados acima têm o poder de censurar aspectos da liberdade de expressão do usuário.

Tendo esse cenário como pano de fundo, o presente artigo pretende identificar o arcabouço normativo de Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável ao caso e, por fim, propor medidas que os Estados podem tomar para assegurar a plena fruição da liberdade de expressão de seus cidadãos na Internet.

2. Explicando o cenário da regulamentação privada por empresas de mídia online

Embora a Internet seja composta por inúmeros sites, alguns poucos controlam a maior parte do fluxo de dados, constituindo verdadeiros nós centrais.¹ Em 1º de agosto de 2020, o site Alexa², que faz medições constantes, indicou que o *Google* foi o site mais visitado do mundo, seguido do *Youtube*.

¹ GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity And Internet Regulation: Scale-Free Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 76.

² Alexa. *The Top 500 Sites On The Web*. Disponível em: <www.alexa.com/topsites>. Acesso em: 1 agosto 2020.

Portanto, a primeira companhia que merece ser estudada é o Google. Ele revolucionou a forma como as pesquisas são feitas na Internet. Sua interface simples e aparência limpa facilitou a pesquisa para usuários inexperientes. Além disso, originalmente o site era neutro e não aceitava dinheiro para promover alguns links à frente de outros³: a popularidade determinava a ordem dos resultados.

Contudo, o cenário mudou em 4 de dezembro de 2009, quando a empresa anunciou a “busca personalizada”.⁴ Por esse sistema, o algoritmo do motor passou a considerar o local de onde a pessoa estava se conectando, o navegador em uso e o que havia sido pesquisado anteriormente, entre outros elementos, para apresentar resultados com base na preferência do usuário. A partir desse momento, duas pessoas diferentes pesquisando pelo mesmo termo passaram a encontrar resultados diferentes.⁵ Consequentemente, a política de neutralidade prometida pelo Google se desfez.

A vantagem desse método é que ele permite ao usuário encontrar facilmente a informação específica desejada dentro do oceano de informações em que a Internet se transformou. O problema desse método é o que o buscador não mostra: ao customizar os resultados de acordo com o que o usuário já conhece, perde-se o benefício mais significativo que a Internet oferece, que é a descoberta do diferente. A promoção do dissenso, tão caro à democracia e à política dos direitos humanos, é substituída por bolhas de consenso, que criam massas acríticas.

Avançando, o papel da *Apple* também merece ser citado.⁶ A companhia é fortemente criticada por seus sistemas operacionais de código fechado. Críticos como Tim Wu alegam que os sistemas da *Apple* são projetados para abastecer o consumo, não a criação. A empresa permite que terceiros desenvolvam aplicativos para suas plataformas, mas de forma restrita: é a *Apple* quem decide quais programas podem ser oferecidos em sua loja virtual.⁷

Dessa forma, conteúdos políticos e religiosos polêmicos são frequentemente censurados, bem como desenhos animados que, segundo a empresa, ridicularizam figuras públicas.⁸ A companhia parece não levar em conta o fato de que o papel da caricatura muitas vezes é o de desconstruir a imagem de uma figura pública para reconstruí-la de forma cômica, porém crítica.

Para explicar como a *Apple* atua no mercado, MacKinnon cita o exemplo do aplicativo para iPad de uma das mais importantes revistas alemãs, chamada *Stern*. A *Apple* o tirou do ar por ter publicado conteúdo erótico no formato digital. No entanto,

³ VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything: and why we should worry*. California: University of California Press, 2011. p. 1-2.

⁴ PARISER, Eli. *The Filter Bubble: What the internet is hiding from you*. New York: The Penguin Press, 2012. p. 1.

⁵ *Ibid.* p. 2-3.

⁶ FOSTER, Robin. News Plurality in a Digital World, *Reuters Institute for the Study of Journalism* (Julho 2012) Disponível em: <<http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/news-plurality-digital-world>> Acesso em: 1 agosto 2020.

⁷ WU, Tim. *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires* New York: Vintage Books, 2011. p. 291.

⁸ MACKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom* [S.l.] Kindle ed., 2012. p. 126.

a edição digital estava apenas reproduzindo a revista impressa na íntegra, e a *Apple* não considerou o fato de que a Alemanha, país no qual a revista foi impressa, permitia o conteúdo. A empresa também ordenou que outra revista alemã, a *Bildt*, mudasse seu conteúdo se quisesse continuar com seu aplicativo sendo oferecido na loja online.⁹

Resumindo, ao manter o código-fonte fechado e controlar os aplicativos disponibilizados em sua plataforma, a *Apple* usa seu controle sobre o hardware para controlar o que o consumidor pode fazer com o aparelho após a venda.

Além disso, o *Skype* e o *Google Voice*, dois aplicativos para fazer chamadas gratuitas pela Internet, foram inicialmente bloqueados pela *Apple* por atingir os interesses de seu parceiro comercial, a AT&T. A *Apple* baseou seu poder de veto no direito que uma loja tem de não estocar produtos que não deseja, e apenas suspendeu os bloqueios após a interferência da Comissão Federal de Comunicações dos EUA (*Federal Communications Commission - FCC*).¹⁰

Nesse contexto, Tim Wu argumenta que todos sabem como a interface da *Apple* é amigável para o usuário, mas poucos percebem o quanto ela é amigável para Hollywood ao proteger os interesses da indústria cinematográfica.¹¹

Quanto às redes sociais, no ano de 2020, o *Facebook* é a rede social dominante, com mais de dois bilhões de usuários ativos por mês.¹²

A companhia vem sofrendo pressão internacional para regulamentar o uso de sua plataforma com o fim de limitar a disseminação de discurso do ódio e de notícias falsas. As principais acusações foram que ela teria sido usada para interferir em eleições em todo o mundo¹³ e que seria responsável pela crise de Mianmar, na qual organizações internacionais acusaram a plataforma de se omitir enquanto usuários incitavam violência na vida real contra uma minoria étnica e religiosa.¹⁴

O que aconteceu em Mianmar a partir de agosto de 2017 foram eventos que provavelmente configuram o pior conjunto de crimes cometidos até hoje impulsionados pela divulgação de desinformação online. Acredita-se que postagens do *Facebook* que misturavam mentiras com discurso de ódio incitaram violência física contra o povo Rohingya, uma minoria étnica e religiosa, muçulmana. Eles foram falsamente associados a atos terroristas e a outros atos de violência. Como consequência, em uma pretensa retaliação, o povo Rohingya foi estuprado, morto e teve suas casas queimadas, sendo forçados a deixar seus vilarejos. O caso foi submetido ao Tribunal

⁹ Ibid.

¹⁰ WU, Tim. op. cit. p. 292, nota 7.

¹¹ Ibid. p. 393.

¹² CONSTINE, Josh. 'Facebook hits 2.5B users in Q4 but shares sink from slow profits', *TechCrunch* (29 Janeiro 2020). Disponível em: <<https://techcrunch.com/2020/01/29/facebook-earnings-q4-2019/>> Acesso em: 1 agosto 2020.

¹³ FRENKEL, Sheera; ISAAC, Mike. 'Facebook 'Better Prepared' to Fight Election Interference, Mark Zuckerberg Says', *The New York Times* (13 setembro 2018). Disponível em: <www.nytimes.com/2018/09/13/technology/facebook-elections-mark-zuckerberg.html>. Acesso em: 1 agosto 2020.

¹⁴ ELLIS-PETERSEN, Hannah. 'Facebook admits failings over incitement to violence in Myanmar', *The Guardian* (6 novembro 2018). Disponível em: <www.theguardian.com/technology/2018/nov/06/facebook-admits-it-has-not-done-enough-to-quell-hate-in-myanmar>. Acesso em: 1 agosto 2020.

Penal Internacional e em 14 de novembro de 2019, a III Câmara de Instrução autorizou a Promotoria do Tribunal a abrir a investigação (Decisão ICC-01/19-27). No entanto, os crimes sob investigação não são a divulgação de notícias falsas em si, mas sim crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.

Em contraste, durante a pandemia do coronavírus, o *Facebook* foi de um extremo a outro e decidiu agir. A rede começou a banir usuários que promoviam eventos que desafiavam as recomendações e protocolos do governo sobre distanciamento social. Embora especialistas em saúde de todo o mundo defendam a prática do distanciamento social, inclusive a Organização Mundial da Saúde, a medida adotada pela rede social sofreu críticas do ponto de vista jurídico. O problema seria definir até que ponto uma empresa privada de mídia pode autonomamente regular o discurso político de seus usuários, em substituição aos tribunais de justiça.¹⁵

Portanto, uma vez reconhecido que as ameaças à liberdade de expressão na Internet de países democráticos vêm principalmente de agentes privados, a próxima pergunta é sobre qual papel resta aos Estados.

3. Identificando o arcabouço jurídico: o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) asseguram a todos o direito à liberdade de expressão e opinião “sem interferência”, sem direcionar literalmente a proibição de interferências aos governos. Além disso, o PIDCP estabelece hipóteses nas quais o direito à liberdade de expressão pode ser restrito, enquanto a DUDH não o faz.

De maneira diversa, o Artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos concede os mesmos direitos, mas com redação diferente estabelece que o direito à liberdade de expressão inclui o direito de opinar “sem interferência da autoridade pública”. A Convenção também estabelece que o exercício do direito pode ser restrito ao colidir com outros interesses.

Essas disposições, no entanto, não impedem os governos de exigir dos agentes privados o respeito pela liberdade de expressão de terceiros. Pelo contrário, os dispositivos exigem que os governos o exijam, como será analisado em sequência.

3.1. O conceito de obrigações positivas de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Tradicionalmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece que os Estados têm a obrigação de respeitar, proteger e promover direitos humanos.

¹⁵ WONG, Julia. ‘Facebook bans some anti-lockdown protest pages’, *The Guardian* (21 abril 2020). Disponível em: <www.theguardian.com/technology/2020/apr/20/facebook-anti-lockdown-protests-bans>. Acesso em: 1 maio 2020.

Essas obrigações comumente existem simultaneamente com relação a uma situação e são categorizadas como negativas e positivas.

Por um lado, a obrigação de respeitar é considerada negativa, pois os Estados não podem praticar atos que violem os direitos humanos. Este é um dever de abstenção.

Por outro lado, as obrigações de proteger e promover são consideradas obrigações positivas, uma vez que demandam ações dos governos. Elas incluem o dever de proteger as pessoas de violações a direitos humanos causadas por terceiros e o dever de tornar os direitos humanos efetivos.¹⁶

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu, em várias ocasiões¹⁷⁻¹⁸, que as obrigações positivas exigem que os governos nacionais adotem as medidas apropriadas para salvaguardar e garantir o gozo de direitos humanos. Além disso, decidindo especificamente sobre a liberdade de expressão, o Tribunal decidiu que “o exercício genuíno e efetivo dessa liberdade não depende apenas do dever do Estado de não interferir, mas pode exigir medidas positivas de proteção, mesmo no âmbito das relações entre indivíduos”.¹⁹

Essas decisões estabelecem um vínculo entre a teoria das obrigações positivas e a teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos, a qual significa que tais direitos devem incidir na relação entre atores privados. Em outras palavras, as pessoas também têm o dever de não violar os direitos humanos de outras pessoas, e os Estados devem estabelecer, em sua legislação nacional, obrigações equivalentes àquelas estabelecidas em tratados internacionais, bem como oferecer remédios eficazes em casos de violações. Se o Estado não proteger essa relação privada e permitir que abusos ocorram, ele não estará adequadamente cumprindo o seu dever de proteção. Além disso, tal falha pode levar o Estado a ser responsabilizado por tribunais internacionais. Portanto, é possível concluir que a teoria da eficácia horizontal, como delineada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, deriva da teoria das obrigações positivas.²⁰

3.2. Empresas e Direitos Humanos

O próximo passo ao discutir as múltiplas facetas do cumprimento e da violação de direitos humanos online por atores privados é analisar o papel das empresas.

O Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão emitiu dois relatórios que merecem ser citados para o propósito deste estudo.

¹⁶ UNDP. *Human Rights in UNDP: Practice Note* (2005) Disponível em: <www.un.org/ruleoflaw/files/HRPN_English.pdf> Acesso em: 1 agosto 2020.

¹⁷ *Hokkanen v. Finland* (1994) Series A no 299-A.

¹⁸ *López-Ostra v. Spain* (1994) Series A no 303-C.

¹⁹ *Özgür Gündem v. Turkey* ECHR 2000-III, para 43.

²⁰ AKANDJI-KOMBE, Jean-François. ‘Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights’, *Human rights handbooks No 7, Council of Europe* (Janeiro 2007), Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff4d>>. Acesso em: 1 agosto 2020.

No primeiro²¹, ele categoriza atores privados que influenciam a liberdade de expressão na Internet e reconhece que as autoridades públicas têm a “responsabilidade de garantir a proteção do espaço para expressão”²². No entanto, ele questiona se a normatização legal é a abordagem certa para regular o exercício da liberdade online, uma vez que a governança da Internet deve ser discutida abertamente por todas as partes interessadas e não apenas pelo legislativo.

Para desenvolver seu raciocínio, ele argumenta que embora normas de direitos humanos, em geral, não regulem expressamente as obrigações das empresas privadas²³, existem documentos que visam a estabelecer diretrizes sobre o assunto, referindo-se principalmente aos “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”, endossado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011. De acordo com tal documento, os Estados têm a obrigação de “garantir que não apenas os órgãos do Estado, mas também que as empresas sob sua jurisdição respeitem os direitos humanos”.²⁴

Além disso, ele reconhece que os agentes intermediários do setor privado podem comprometer a liberdade online, por seus termos de serviço ou por opções de arquitetura e engenharia de sistemas que podem afetar a entrega de conteúdo.²⁵ Desse modo, ele argumenta que o impacto que as decisões corporativas têm nos direitos humanos online pode ser avaliado pela análise das escolhas que cada empresa faz com relação aos termos de serviço adotados, bem como com relação às escolhas sobre desenhos e engenharia de sistemas que afetam direitos individuais ou coletivos.²⁶

Ele mostra preocupação com o fato de que os esforços comunicativos dessas empresas com relação aos seus usuários têm se revelado insuficientes, em especial no que diz respeito a explicar a eles por que determinado conteúdo foi censurado ou por que excluíram determinada conta, além de não oferecerem procedimentos adequados para a revisão interna de decisões.²⁷

Por último, ele lembra que o PIDCP exige que os Estados ofereçam remédios apropriados para as pessoas cujos direitos humanos foram violados.²⁸

No segundo relatório²⁹, ele foca nos aspectos jurídicos do conteúdo gerado por usuários da Internet, bem como sua relação com governos e empresas.

Ele começa criticando a falta de transparência das empresas online, a quem chama de “reguladores enigmáticos” que estabelecem “uma espécie de lei

²¹ UNHRC. ‘Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression’ 32nd Session (11 Maio 2016) UN Doc A/HRC/32/38.

²² *Ibid.* p. 3.

²³ *Ibid.* p. 5.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.* p. 14.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* p. 18-19.

²⁹ UNHRC. ‘Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression’ 38th Session (6 Abril 2018) UN Doc A/HRC/38/35.

da plataforma na qual clareza, consistência, prestação de contas (*accountability*) e remédios são evasivos”.³⁰

Avançando, admitindo simultaneamente as teorias das obrigações positivas e da eficácia horizontal, ele afirma que:

As normas de Direitos Humanos impõem aos Estados os deveres de garantir ambientes propícios à liberdade de expressão e de proteger seu exercício. O dever de garantir a liberdade de expressão obriga os Estados a promover, *inter alia*, a diversidade e independência da mídia e o acesso à informação. Os Estados também têm o dever de garantir que as entidades privadas não interfiram nas liberdades de opinião e expressão. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, adotados pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011, enfatizam no princípio 3 os deveres do Estado de garantir ambientes que viabilizem o respeito aos direitos humanos pelas empresas.³¹

Nesse contexto, ele sugere que os Estados adotem uma abordagem inteligente com relação à normatização da matéria, que não deve prever a imposição de penalidades muito pesadas, mas que seja rígida o suficiente para assegurar que as empresas adotem uma postura transparente, a fim de garantir que os usuários possam fazer escolhas informadas. Assim, segundo o Relator, a regulamentação do tema pelos Estados deve ser devidamente ponderada para garantir obediência, mas sem criar um efeito inibidor (*chilling effect*) pela imposição de penalidades desproporcionais tais como “multas pesadas ou prisão”.³²

Por fim, ele recomenda que os Estados evitem delegar às empresas a responsabilidade de julgar a licitude dos conteúdos, pois isso permitiria que o julgamento corporativo prevalecesse sobre os valores dos Direitos Humanos, tudo em prejuízo dos usuários.³³

3.3. Conclusão parcial

As questões debatidas neste tópico levam à conclusão de que a necessidade de regular o papel das empresas intermediárias de Internet foi criada pela sua própria existência. Em outras palavras, serviços como o *Google*, o *Facebook* e o *Youtube* criaram um papel na esfera pública que não existia antes.

Quando as normas tradicionais de proteção à liberdade de expressão foram escritas, o cenário era diferente. Tratava-se de uma relação direta e vertical entre duas

³⁰ Ibid. p. 3.

³¹ Ibid. p. 4.

³² Ibid. p. 19.

³³ Ibid. p. 20.

partes, que eram o governo e os particulares. Mesmo o papel do editor, colocado entre o jornalista e a publicação, não tinha o condão de descaracterizar essa relação dual, porque no final o que acontecia era que o governo censuraria ou não a mídia (o jornal, a televisão), que emprega tanto jornalistas como editores. Em outras palavras, jornalistas, editores e a mídia em si sempre foram jogadores do mesmo time.

A Internet veio para abalar essa equação. Isso porque ao mesmo tempo em que ela empoderou cidadãos, criando um amplo espaço de fala acessível a todos, ela também trouxe um novo agente para o jogo, que são os intermediários virtuais, inserindo um modelo de negócios recém-criado entre as pessoas comuns e seu governo. A nova equação força o direito a se adaptar. Em outras palavras, ao assumir o papel de intermediário da liberdade de expressão, embora as plataformas digitais sejam empresas privadas, elas assumem uma função de interesse público, proporcional ao tamanho do seu negócio e ao número de usuários que conseguem reunir. Além disso, por se colocarem nessa posição de intermediários da fala, elas devem cumprir rigorosamente as normas de direitos humanos.

4. Aplicando o arcabouço normativo identificado ao caso da regulamentação privada por empresas de mídia: que tipo de obrigação positiva surge no ambiente online para os Estados?

Uma vez estabelecido que as empresas privadas de mídia podem violar os direitos humanos dos cidadãos no ambiente online de uma maneira que nunca foi possível antes, a próxima pergunta é sobre o que um Estado deve fazer para cumprir sua obrigação positiva de proteger a liberdade de expressão na Internet. Sem pretender esgotar o assunto, cinco possíveis medidas serão abordadas em sequência. É importante observar que as medidas não pretendem resolver o problema por si só, mas devem ser utilizadas em conjunto.

4.1. Dever de promover a transparência

O primeiro aspecto que parece ser unanimemente sustentado por todos os atores³⁴ é que as empresas online devem ser transparentes sobre todas as suas decisões e ações que afetem o direito das pessoas à liberdade de expressão. A transparência é necessária para que a haja a adequada prestação de contas à sociedade (*accountability*), assim como é a base da integridade e da democracia. O sigilo, em contraste, é uma característica dos regimes totalitários.

Colocando em outros termos, o ponto principal é que se os cidadãos sequer souberem que estão tendo suas manifestações de pensamentos censuradas, eles não serão capazes de contestar a decisão.

³⁴ RONA, Gabor; AARONS, Lauren. State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace. *Journal of National Security Law and Policy*. Washington: Cardozo Legal Studies Research Paper No. 503. 26 outubro 2016.

Portanto, para cumprir seu dever de proteção, os Estados devem exigir transparência das empresas de mídia online. Isso significa exigir que tais empresas se comuniquem com seus usuários e interessados por mensagens claras e diretas toda vez que forem tomadas decisões pontuais que afetem pessoas específicas. Além disso, deve ser exigido que as plataformas comuniquem todo o universo de usuários acerca das mudanças nos termos de serviço ou nos procedimentos internos, tanto por meio de mensagens diretas como por comunicados públicos.

4.2. Dever de assegurar a competitividade no mercado

Como previamente exposto, existem poucas empresas que dominam a função de intermediários da liberdade de expressão na Internet. A concentração de mercado leva ao abuso de posições dominantes. Para evitar que isso ocorra, o papel do Estado deve ser o de estimular um ambiente competitivo para negócios online. Espera-se que a livre e justa concorrência conceda pluralismo aos meios de comunicação, dando igual voz aos diferentes atores, além de permitir ao usuário escolher qual empresa melhor protege seus direitos humanos, especialmente a liberdade de expressão e a privacidade no mundo online.

Em outras palavras, se novas empresas surgirem no mercado e o usuário puder escolher entre concorrentes, essas empresas farão o possível para criar um ambiente online saudável; caso contrário, elas não atrairão pessoas para sua plataforma. Além disso, se houver uma gama de opções disponíveis, usuários passam a poder escolher qual serviço melhor expressa seus valores e respeita suas culturas.

É preciso reconhecer que a proposta de multiplicação de plataformas carrega consigo o risco de fragmentação de espaços de fala na Internet e de criação de “casulos de informação”³⁵. Não obstante, o risco parece compensar, pois o cenário atual é extremamente concentrado, e o esforço deve ser para que se alcance um mercado equilibrado.

Juridicamente, para que a livre e justa concorrência se torne efetiva, os governos devem fazer uso da legislação antitruste e aplicá-la às empresas de mídia online. Portanto, as agências reguladoras e os departamentos antitruste devem agir de forma eficaz para evitar a concentração de mercado por negócios digitais.

4.3. Dever de exigir sistemas de apelação interna

O Estado pode exigir que as empresas de mídia online criem mecanismos de revisão e sistemas de apelação internos para decisões que afetem os direitos humanos de usuários, procedimentos esses que serão mais rápidos e baratos do que um processo judicial.

³⁵ SUNSTEIN, Cass. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Tais procedimentos devem ser oferecidos em âmbito individual e coletivo. Ou seja, as pessoas devem ser capazes de questionar as decisões que as afetem pessoalmente ou na qualidade de membros de uma comunidade online. Da mesma forma, as instituições ou organizações que possuem legitimidade para representar coletivamente os usuários também devem ter acesso a esses recursos extrajudiciais.

Dialogando com a recomendação do Relator Especial da ONU³⁶, os órgãos de proteção a consumidores podem assumir tal função, além do Ministério Público.

Por fim, o Estado pode exigir que as plataformas tenham um representante da sociedade civil na composição de seu órgão interno responsável pela fiscalização das reclamações dos usuários, ou demandar delas a criação de uma ouvidoria.

4.4. Dever de ofertar remédios eficazes

Os Estados devem fornecer ferramentas judiciais eficazes para todos aqueles que acreditam que seus direitos foram violados. Em outras palavras, as pessoas devem sempre poder confiar no poder judiciário para revisar a legalidade da filtragem de conteúdo imposta pela plataforma virtual. Se houver censura específica de um determinado material, seja impedindo que um usuário publique algo ou seja impedindo que um usuário acesse determinadas informações online, essas pessoas podem provocar o judiciário a decidir sobre a legalidade do bloqueio imposto.

Vale notar que remédios eficazes exigem uma dupla perspectiva, tanto com relação a quem fala como com relação a quem escuta. Portanto, por exemplo, se um usuário da Internet publica um *site*, um vídeo, um texto ou qualquer outro tipo de dado na rede e o acesso de outros usuários da Internet aos dados que ele publicou são bloqueados por agentes privados, ele pode recorrer ao judiciário alegando violação de sua liberdade de expressão. Por outro lado, os usuários da Internet impedidos de acessar os mesmos dados também podem recorrer alegando violação de seu direito de acessar informações.

Além disso, se houver um bloqueio sistemático de conteúdo, ações coletivas poderão ser usadas.

Seja o caso de direito individual ou coletivo, caberá ao juiz, caso a caso, decidir sobre a legalidade da filtragem, recorrendo à proporcionalidade sempre que necessário, ponderando os princípios envolvidos.

4.5. Efetivando a norma

Finalmente, para tornar efetivas essas obrigações, os Estados podem aplicar multas ou fazer uso da lei antitruste. No entanto, as medidas escolhidas devem ser proporcionais, a fim de não causar um efeito inibidor (*chilling effect*) na liberdade de

³⁶ UNHRC. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 32nd Session (11 May 2016) UN Doc A/HRC/32/38 p. 19.

expressão ao impor encargos excessivamente onerosos aos intermediários, como já foi dito ao analisar o relatório do Relator Especial da ONU.

5. Conclusão

Após analisar o cenário atual da regulamentação online por empresas de mídia privadas (o elemento factual) e o que obrigação positiva significa no Direito Internacional dos Direitos Humanos (o elemento normativo), o estudo desenvolvido neste artigo permite alcançar a conclusão de que atualmente é essencial que os Estados sejam chamados a efetivar sua obrigação positiva de proteger direitos humanos no ambiente virtual.

Com o crescimento constante da importância da Internet, os problemas offline migraram para o mundo online com um ganho de escala. Portanto, uma vez que uma empresa gigante da tecnologia surge, ela se torna extremamente poderosa devido ao seu alcance e amplitude. Nesse contexto, o presente artigo demonstrou que é crucial que os estados exijam das empresas digitais o cumprimento do direito internacional dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito às decisões que afetam a liberdade de expressão dos usuários da Internet.

Assim, para finalizar, o artigo apresentou brevemente sugestões de medidas concretas que os Estados podem adotar ou cobrar das empresas de mídia online para garantir os direitos humanos dos usuários da Internet, especialmente a liberdade de expressão, tudo de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Foi proposto que os Estados exigissem das empresas transparência e oferecimento de recursos extrajudiciais para solução de controvérsias com os usuários, bem como garantissem a existência de recursos judiciais, assegurassem a justa concorrência no mercado e adotassem sanções coercitivas proporcionais.

Referências bibliográficas

AKANDJI-KOMBE, Jean-François. Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks No 7, *Council of Europe* (Janeiro 2007), Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff4d>>. Acesso em: 1 agosto 2020.

ALEXA. *The Top 500 Sites On The Web*. Disponível em: <www.alexa.com/topsites>. Acesso em: 1 agosto 2020.

CONSTINE, Josh. Facebook hits 2.5B users in Q4 but shares sink from slow profits, *TechCrunch* (29 Janeiro 2020). Disponível em: <<https://techcrunch.com/2020/01/29/facebook-earnings-q4-2019/>>. Acesso em: 1 agosto 2020.

ELLIS-PETERSEN, Hannah. Facebook admits failings over incitement to violence in Myanmar, *The Guardian* (6 novembro 2018). Disponível em: <www.theguardian.com/

technology/2018/nov/06/facebook-admits-it-has-not-done-enough-to-quell-hate-in-myanmar>. Acesso em: 1 agosto 2020.

FOSTER, Robin. News Plurality in a Digital World, *Reuters Institute for the Study of Journalism* (Julho 2012). Disponível em: <<http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/news-plurality-digital-world>>. Acesso em: 1 agosto 2020.

FRENKEL, Sheera; ISAAC, Mike. Facebook Better Prepared to Fight Election Interference, Mark Zuckerberg Says, *The New York Times* (13 Setembro 2018). Disponível em: <www.nytimes.com/2018/09/13/technology/facebook-elections-mark-zuckerberg.html>. Acesso em: 1 agosto 2020.

GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity And Internet Regulation: Scale-Free Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

MACKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom* [S.l.] Kindle ed., 2012.

PARISER, Eli. *The Filter Bubble: What the internet is hiding from you*. New York: The Penguin Press, 2012.

RONA, Gabor; AARONS, Lauren. State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace. *Journal of National Security Law and Policy*. Washington: Cardozo Legal Studies Research Paper No. 503. 26 outubro 2016.

SUNSTEIN, Cass. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

UNDP. *Human Rights in UNDP: Practice Note (2005)* Disponível em: <www.un.org/ruleoflaw/files/HRPN_English.pdf>. Acesso em: 1 agosto 2020.

UNHRC. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 38th Session (6 Abril 2018) UN Doc A/HRC/38/35.

_____. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. 32nd Session (11 Maio 2016) UN Doc A/HRC/32/38.

VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything: and why we should worry*. California: University of California Press, 2011.

WONG, Julia. Facebook bans some anti-lockdown protest pages, *The Guardian* (21 abril 2020). Disponível em: <www.theguardian.com/technology/2020/apr/20/facebook-anti-lockdown-protests-bans>. Acesso em: 1 maio 2020.

WU, Tim. *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York: Vintage Books, 2011. p. 291.

Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio?

Carlos Gustavo Coelho de Andrade*
Douglas Fischer**

Sumário

Introdução. 1. O caráter dúplice dos direitos humanos, vedação de Proteção Deficiente, mandados implícitos de criminalização e obrigações processuais penais positivas. 2. A tutela penal para proteção de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. A tutela penal como meio de proteção dos direitos humanos na jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. 4. Mandados implícitos de criminalização, obrigações processuais penais positivas e a imposição de controle sobre a clemência arbitrária (manifestamente contrária à prova dos autos). 5. Da arbitrariedade da clemência e sua vedação constitucional para crimes hediondos. 6. Considerações finais. 7. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 7.5.2020, à unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral sobre a possibilidade ou não de interposição de recurso em face de sentença absolutória proferida no âmbito do Tribunal do Júri em resposta ao quesito genérico defensivo (art. 483, III, e § 2º, do CPP), por manifesta contrariedade à prova dos autos (art. 593, III, d, do CPP), diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CRFB), em acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C § 2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

* Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS. Procurador Regional da República na 4ª Região.

A questão passou a ser controvertida na jurisprudência após a reformulação da quesitação defensiva no tribunal do júri pela Lei nº 11.689/08, que unificou a votação de todas as teses defensivas (antes articuladas em quesitos independentes para cada assertiva de cada tese), no quesito único do art. 483, III, e § 2º do CPP: “O jurado absolve o acusado?”. Anteriormente, era possível que uma maioria pró-absolvição fosse desconsiderada porque diversos os fundamentos absolutórios (e.g. três jurados votavam pela legítima defesa e dois pelo estado de necessidade: como nenhuma tese atingira quatro votos, o réu era condenado, mesmo que cinco jurados considerassem que ele deveria ser absolvido). Para sanar tal problemática, evitar frequentes nulidades na enunciação de quesitos e ampliar as chances defensivas, a reforma unificou a quesitação das teses de defesa. Parte da doutrina passou a defender que o inciso III encerrava, ainda, uma faculdade de clemência ao jurado, não sendo necessária a motivação do porquê da vontade absolutória, ainda que houvesse sido reconhecida a materialidade, dolo e autoria e que a única tese defensiva fosse negativa de autoria. E, ademais, que tal direito potestativo de clemência era soberano, não podendo o veredicto absolutório ser objeto de cotejo com a prova dos autos, tornando privativo da defesa o recurso de mérito do art. 593, III, d, do CPP.

A tese teve adeptos no Superior Tribunal de Justiça, mas ficou vencida, por maioria, no julgamento do HC 313.251-RJ, pela 3ª Seção do STJ, assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA. ART. 593, III, D, DO CPP. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. O JUÍZO ABSOLUTÓRIO PREVISTO NO ART. 483, III, DO CPP NÃO É ABSOLUTO. POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS PRESERVADA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE EM *HABEAS CORPUS*. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. As decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal *ad quem*, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda.

3. A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição. Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP.

4. O Tribunal de Justiça local, eximindo-se de emitir qualquer juízo de valor quanto ao mérito da acusação, demonstrou a existência de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos amparado por depoimento de testemunha e exame de corpo de delito. Verifica-se que a decisão do conselho de sentença foi cassada, com fundamento de que as provas dos autos não deram respaldo para a absolvição, ante a inexistência de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, não prevalecendo, a tese defensiva da acidentalidade, tendo em vista a demonstração de que o acusado continuou a desferir golpes à vítima já caída ao chão, sendo a causa da sua morte, traumatismos no crânio, pescoço e tórax.

5. Havendo o acórdão impugnado afirmado, com base em elementos concretos demonstrados nos autos, que a decisão dos jurados proferida em primeiro julgamento encontra-se manifestamente contrária à prova dos autos, é defeso a esta Corte Superior manifestar-se de forma diversa, sob pena de proceder indevido revolvimento fático-probatório, incabível na via estreita do *writ Habeas corpus* não conhecido. (STJ, 3ª Seção, HC 313.251-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28.2.2018).

Na ocasião, o Exmo. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca apresentou voto-vencido, sintetizando da seguinte forma seus fundamentos:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. TRIBUNAL DO JÚRI. LEI N. 11.689/2008. ART. 483, III, DO CPP. “O JURADO ABSOLVE O ACUSADO?”. QUESITO OBRIGATÓRIO. 3. ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA. POSSIBILIDADE. SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICTÃO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS E PLENITUDE DE DEFESA. 4. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ART. 593, III, d, DO CPP. RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO CABIMENTO. 5. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DUPLO GRAU. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS RECURSAIS E DO JÚRI. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Após a inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.689/2008, todas as teses defensivas que não estejam relacionadas à materialidade e autoria delitivas passaram a ser objeto de um único quesito genérico obrigatório, previsto no art. 483, inciso III, do CPP. Sua formulação é obrigatória independentemente das teses defensivas expostas durante todo o procedimento bifásico do Júri, sob pena de nulidade absoluta. Precedentes do STJ.

3. Diante desta unificação, possível a absolvição do réu por qualquer tese defensiva, ainda que não amparada em substratos fáticos nos autos, dentre elas, a clemência, porquanto possível que os jurados, a despeito de formar sua convicção pelo reconhecimento da materialidade e autoria delitivas, estejam convencidos da desnecessidade ou injustiça de eventual pena a ser imposta, resolvendo, pois, absolver o acusado. A quesitação genérica potencializou o sistema da íntima convicção e da plenitude de defesa no Tribunal do Júri diante da possibilidade de absolvição por qualquer fundamento, pouco importando a razão que motivou os jurados, até mesmo porque estes não se encontram adstritos a qualquer tese defensiva articulada. Com isso, os jurados podem proferir decreto absolutório de acordo com o senso de justiça, por causas supraleais de exclusão da culpabilidade, por razões humanitárias e por clemência – perdão –, ainda que tenham, anteriormente, reconhecido a materialidade e autoria delitivas.

4. O édito absolutório proferido pelo Conselho de Sentença com fundamento na resposta ao quesito do art. 483, inciso III, do CPP, não está atrelado aos elementos probatórios constantes dos autos, mas sim a razões de convicção íntima, subjetiva, de equidade, justiça, clemência, e, não se referindo a fatos, não se refere, consequentemente, a provas, e, não se referindo a provas, não há que se falar em julgamento contrário às provas dos autos. Portanto, inviável a interposição do recurso de apelação previsto no art. 593, III, “d”, do CPP.

5. Não sendo possível se perquirir acerca da contrariedade manifesta às provas dos autos, a decisão absolutória dos jurados fundada no quesito genérico previsto no art. 483, inciso III, do CPP, não está sujeita ao recurso de apelação descrito no art. 593, III, “d”, do CPP, ocorrendo, portanto, uma limitação, mas não exclusão, do direito de recurso neste pormenor, compatibilizando-se as garantias do Júri Popular previstas na Constituição Federal com o direito de recurso – art. 5º, LV, da CF –, em observância aos princípios da unidade da Constituição e da convivência das liberdades públicas.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri.

No Supremo Tribunal Federal, o tema vinha sendo objeto de decisões conflitantes entre as duas turmas do Supremo Tribunal Federal: no âmbito da 2ª Turma, o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática de 1º.08.2019, no HC 117.076-PR, decidiu que o recurso do art. 593, III, “d”, passou a ser privativo da defesa após a Lei no 11.689/08:

Recurso ordinário em “*habeas corpus*”. Tribunal do Júri. Quesito genérico de absolvição (art. 483, inciso III, e respectivo § 2º, do CPP). Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Descabimento. Doutrina. Jurisprudência. Recurso ordinário provido.

– A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente

metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência.

– Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “*Parquet*”. Magistério doutrinário e jurisprudencial.

Recentemente reiterou entendimento no seguinte sentido, dizendo que:

[a] apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “*Parquet*”. (*Habeas Corpus* nº 185.068-SP, decisão de 7.7.2020).

Por sua vez, a 1ª Turma, nos julgamentos dos RHC 146.672-DF e 170.559-MT, votaram pela possibilidade de anulação de sentença decorrente de veredicto absolutório manifestamente contrário à prova dos autos, nos termos do art. 593, III, d, e § 2º, do CPP, conforme noticiado no sítio oficial do STF.¹

¹ V. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438965>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Diante da divergência e relevância do tema, o tema foi afetado ao Plenário para julgamento do tema nº 1087 de repercussão geral:

Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos.

Posteriormente a 1ª Turma reafirmou que:

[o] princípio da soberania dos vereditos resta incólume diante da manifestação do Tribunal ad quem que reconhece decisão manifestamente contrária à prova dos autos proferida pelo Conselho de Sentença. Precedentes: HC 134.412, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/6/2016; RHC 170.426, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 24/5/2019; HC 173.582, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 7/8/2019, e RHC 135.784, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25/6/2018 [...] (Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 172.636-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento encerrado em 15.6.2020, publicado no DJ em 14.7.2020).

Passamos a analisar a controvérsia à luz sobretudo da doutrina dos mandados implícitos de criminalização e das obrigações processuais positivas em matéria penal, que sustentam o *caráter dúplice dos direitos fundamentais*, reconhecido pela jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e pela jurisprudência de tribunais internacionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH).

1. O caráter dúplice dos direitos humanos, vedação de Proteção Deficiente, mandados implícitos de criminalização e obrigações processuais penais positivas

Diante da viragem do paradigma do Estado Liberal de Direito para aquele do Estado Social e Democrático de Direito e da consolidação da superioridade hierárquico-normativa das regras e princípios constitucionais, os direitos fundamentais passaram a ser vistos não apenas como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também em direitos a serem assegurados e concretizados por intermédio do Estado².

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 63.

Percebeu-se, pois, que “a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional”, sendo necessário também que o indivíduo possa *desfrutar* dessa liberdade *mediante atuação do Estado*³, evoluindo da posição de *adversário* para uma função de *guardião* destes direitos.⁴

Transposta a questão para a seara penal, onde os bens jurídicos protegidos constituem concretizações de valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais, constata-se ser preciso superar a contraposição maniqueísta entre Estado *mau* e sociedade *boa*. Reconhece-se, pois, que o Estado atua não apenas como potencial opressor, mas também como guardião dos direitos humanos, e que se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro existe a vedação de proteção deficiente (*Untermassverbot*), devendo ser buscada a defesa de um garantismo penal integral⁵, positivo e negativo, levando em consideração direitos fundamentais dos acusados e das vítimas.

Com base nestes pressupostos, passou-se a reconhecer a existência de obrigações, cláusulas, deveres ou mandados constitucionais (e internacionais) de proteção – inclusive pela via penal – dos direitos fundamentais: o *jus puniendi* volta a ser, pois, reconhecido como *instrumento necessário* para a proteção daqueles direitos, nascendo um dever estatal de criminalização e de efetiva investigação e persecução penal de graves ataques contra os direitos fundamentais à vida, integridade física e graves violações de direitos humanos.⁶

Percebe-se, pois, que o Estado pode violar a Constituição também por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, “seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio

³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais*. 3ª ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

⁴ *Ibid.*, p. 11. Em sentido semelhante, v. DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd. Edition. Ithaca/London: Cornell University Press, 2013, p. 35: “Nonetheless, a state that does no active harm itself is not enough. The state must also protect individuals against abuses by other individuals and private groups. The right to personal security, for example, is about safety against physical assaults by private actors, not just attacks by agents of the state. The state, although needing to be tamed, is today the principal institution we rely on to discipline social forces no less dangerous to the rights, interests and dignity of individuals, families and communities”.

⁵ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. Também em FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). 4ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 59-95.

⁶ ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos*. In: *Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos*. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.). 2020, no prelo; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 136-139; PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 77.

da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência⁷, violando mandados implícitos de criminalização decorrentes da proteção constitucional aos valores e direitos fundamentais.

De forma semelhante, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, construiu-se sólida jurisprudência no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos do Homem, reconhecendo a existência de *obrigações processuais positivas* em matéria penal por parte dos Estados, a determinarem a necessidade de proteção, inclusive penal, de direitos humanos assegurados nas respectivas convenções. Assim, além da edição de norma penal criminalizante (da tortura, do homicídio, do trabalho escravo etc.), a necessidade de proteção dos direitos humanos exige a promoção de atividades investigativas e persecutórias adequadas diante de sua violação, de ordem a que o Estado cumpra o dever de tratar os atos lesivos dos direitos fundamentais como ilícitos e a eles responder no modo exigido pelas convenções, assegurando *efeito útil* à norma convencional assecuratória de direitos humanos.⁸

Ainda que as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (e seu *corpus iuris*, incluída a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos) gozem de status supralegal em nosso ordenamento jurídico⁹, as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos paulatinamente passaram a permear o ordenamento constitucional e vice-versa, numa *constitucionalização do Direito Internacional* simultânea a uma *internacionalização do Direito Constitucional*¹⁰. Neste processo, acolhido pela Constituição de 1988 (conforme cláusulas abertas do inciso II do art. 4º, dos §§1º e 2º do art. 5º da CRFB e do art. 7º do ADCT), o Direito Constitucional se abre ao processo de internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana, numa interpretação constitucional cosmopolita, típica do Estado Constitucional Cooperativo, passando a levar em consideração a jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos¹¹.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 408.

⁸ ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 388; BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penali*. Vita e Pensiero. Milano, 2003. p. 55; RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225.

⁹ Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 466.343-1/SP, julgado em 03.12.2008.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 418-419.

¹¹ AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011; PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011; SARMENTO, Daniel. *Interpretação*

Assim, a partir do direito à proteção judicial e recurso efetivo contra violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), do devido processo legal (art. 8.1 da CADH) e do dever de os Estados garantirem o livre e pleno exercício dos direitos convencionais, além de meramente respeitá-los (art. 1.1 da CADH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (e de forma análoga, a europeia) consolidou firme jurisprudência reconhecendo a existência de obrigações positivas por parte dos Estados, inclusive em matéria penal. Dessa maneira, têm os Estados signatários, por todos os seus órgãos, o dever de realizar diligente investigação, persecução e processamento penal de violações de direitos humanos e, em sendo o caso, de impor sanção proporcional aos responsáveis.¹²

Em síntese, não se pode olvidar que a justiça criminal tem dupla função: de servir como escudo e, igualmente, como espada dos direitos fundamentais. Conforme se colhe em doutrina:

[a]s expressões são mencionadas, por ex., por Tulkens, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, vol., nº 3, p. 578, July 2011, a qual atribui a origem da locução: “*the dual ‘shield’ and ‘sword’ function of criminal justice*” a uma exposição feita pela ex-juíza da Corte Penal Internacional Christine Van den Wyngaert em 1995. Com senso diverso, apenas pela ótica da pessoa ofendida, ou seja, no sentido de que o processo opera tanto como fundamental instrumento de proteção e mecanismo destinado a satisfazer o anseio de justiça, mas que pode também reproduzir uma experiência traumática a vítimas vulneráveis, a exigir, assim, que a vítima seja protegida “pelo” e “do” processo, funcionando, portanto, como: “*Lo scudo e la spada*” é o título da obra Allegrezza, Silvia et al., *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2012.¹³

constitucional cosmopolita: nem provincianismo constitucional, nem imperialismo internacional. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interpretacao-constitucional-cosmopolita-13042015>>. Acesso em: 06 jul. 2020. Vide, ainda, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso Mello no julgamento do RE 466.343-1/SP, em 03 dez. 2008.

¹² ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 141-246; ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos*. In: *Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos*. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.). 2020, no prelo; FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 93-199; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 245-250.

¹³ PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos* 2019. 2ª ed. Porto Alegre/Livraria do Advogado, nota de rodapé nº 7, p. 18.

Efetivamente, e:

[t]endo por inspiração principal a jurisprudência mais desenvolvida do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, trata-se já de verdadeira obrigação imposta aos Estados membros de conduzir mecanismo penal apto ao esclarecimento dos fatos lesivos aos interesses das vítimas, o que inclui os parentes da vítima direta, e que seja idôneo à identificação dos autores, como uma projeção necessária da defesa penalmente conferida aos direitos individuais e à coletividade na qual estão inseridas as pessoas atingidas pelos delitos. A preocupação com os interesses das vítimas e seus familiares apresenta-se com a mesma intensidade nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E nem poderia ser diferente, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles relacionados com os autores de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade¹⁴.

Dessa forma:

[a] visão não pode ser parcial, unicamente pelo prisma de direitos fundamentais do processado, como normalmente alguns se limitam a defender. Em razão disso, para assegurar o objetivo de uma tutela penal efetiva dos direitos humanos, é fundamental levar em consideração a maneira como foi conduzido o procedimento penal, principalmente para verificar a qualidade do mecanismo de acerto dos fatos posto em prática pelas autoridades investigativas e judiciais¹⁵.

¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos* 2019. 2ª ed. Porto Alegre/Livraria do Advogado, p. 93-94.

¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos* 2019. 2ª ed. Porto Alegre/Livraria do Advogado, p. 106. Em sentido semelhante, asseverou-se: “Assim, há um condicionamento constitucional – e internacional – determinando uma maior eficiência e adequação das atividades investigativas e persecutórias penais, bem como de duração razoável dos respectivos processos penais – como garantias não apenas do imputado e dos suspeitos, mas também das vítimas de graves violações de direitos humanos e da sociedade”. Cf. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 400.

2. A tutela penal para proteção de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Passa-se, então, ao breve exame dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais se reconheceu ou discutiu a vedação da denominada proteção penal deficiente.¹⁶

No julgamento do HC 82.424-RS (Caso Ellwanger), o STF reconheceu que a imprescritibilidade constitucionalmente estabelecida para racismo (art. 5º, XLII, da CRFB) abrangia os crimes decorrentes de discriminação religiosa praticados em detrimento dos judeus.

No julgamento do RE 418.376, o voto concorrente do Min. Gilmar Mendes aduziu expressamente que a vetusta causa de extinção de punibilidade pelo casamento de vítima de crime sexual (antigo art. 107, VII, do CP) caracterizaria “típica hipótese de proteção insuficiente”, violando dever de proteção penal de direitos fundamentais. Em seguida, no julgamento da ADI 3.112, considerando constitucionais as restrições do Estatuto do Desarmamento para a concessão de fiança, o voto-vencido do Min. Gilmar Mendes se fundamentou expressamente nos mandados implícitos de criminalização e na vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*):

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem

¹⁶ Sobre a origem da construção dos mandados implícitos de criminalização na Alemanha, propostas doutrinárias e uso jurisprudencial no Brasil, v. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 66-128.

constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) impõe ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (...)

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como limite mínimo da intervenção legislativa penal. Abre-se, com isso, a possibilidade de controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Sua posição foi acompanhada pelos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence e, quanto ao crime de disparo de arma de fogo, pelo Ministro Marco Aurélio. Ainda com relação à Lei nº 10.826/03, os mandados implícitos de criminalização e a vedação de proteção penal insuficiente fundamentaram decisão unânime da 2ª Turma no HC 104.410-RS, considerando constitucional a criminalização do porte de arma de fogo desmuniçada.

No julgamento da ADI 3.096, considerou o STF que o teor literal da norma do art. 94 do Estatuto do Idoso era desproporcional e feria a isonomia ao tutelar os idosos vítimas de crimes de forma insuficiente, declarando sua inconstitucionalidade parcial para excluir a aplicação de medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica a autores de crimes praticados contra idosos.

No julgamento do HC 106.212, considerou constitucional a vedação de aplicação de institutos despenalizadores aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher. Em seguida, analisando a ADI 4.424 e a ADC 19, sobre a mesma lei, declarou sua constitucionalidade, afirmando o Ministro Luiz Fux a existência de “deveres de proteção (*Schutzpflichten*) dos direitos fundamentais”, “também por medidas de caráter criminal”, consignando o Ministro Luiz Fux que:

[c]omo o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores.

E concluiu:

[a] impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

De forma semelhante, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que o texto constitucional, mais do que recomendar, determinava uma ação positiva do legislador para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica, enquanto o Ministro Celso de Mello afirmou que o dever de tutela se assentava na Constituição, bem como na Convenção de Belém do Pará para prevenir, punir e erradicar toda a forma de violência contra a mulher. A Ministra Rosa Weber ressaltou que o propósito era afirmar “um sistema de persecução e punição minimamente eficaz” de tais crimes, devendo o Estado criar mecanismos para coibir a violência doméstica, fazendo menção ao julgado OPUZ v. TURQUIA, da Corte Europeia de Direitos do Homem, que considerou inválida a retratação automática e reiterada da vítima de violência doméstica frente à Convenção Europeia de Direitos Humanos, exigindo os deveres de proteção dos direitos humanos que a persecução penal pudesse ocorrer de ofício em determinadas hipóteses de violência doméstica. O relator, Ministro Marco Aurélio, aduziu que “sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais”, concretizando os preceitos contidos na Carta da República, retirando “da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades”.

A vedação à proteção penal insuficiente ainda fundamentou a suspensão do curso da prescrição penal durante a suspensão processual por repercussão geral (art. 1035 do CPC) no RE 966.177-RG-QO. Consta do v. acórdão:

[...] 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida.

5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais.

6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do *Parquet* e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*.

7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal.

A questão foi novamente debatida na ADI 5.874, tendo a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Luiz Fux considerado que o decreto nº 9.246/2017, que concedia indulto, violava a vedação da proteção penal deficiente, por propiciar punições desproporcionalmente reduzidas a crimes graves como corrupção, peculato, lavagem de dinheiro, entre outros, tendo os efeitos do decreto sido suspensos liminarmente por decisão da Ministra Cármen Lúcia, que consignou:

16. Mostra-se plausível, ainda, a alegação de afronta ao princípio da proporcionalidade, vinculada à proibição de se negar a proteção suficiente e necessária de tutela ao bem jurídico acolhido no sistema para garantia do processo penal. Tanto se comprova pela circunstância de os dispositivos impugnados parecerem substituir a norma penal garantidora da eficácia do processo, afrontando

a finalidade e superando os limites do indulto. Invade-se, assim, competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário.

Também o princípio da proporcionalidade consubstanciado na proibição de proteção deficiente parece afrontado pelos dispositivos impugnados na presente ação direta de inconstitucionalidade, porque dão concretude à situação de impunidade, em especial aos denominados “crimes de colarinho branco”, desguarnecendo o erário e a sociedade de providências legais voltadas a coibir a atuação deletéria de sujeitos descompromissados com valores éticos e com o interesse público garantidores pela integridade do sistema jurídico.

No julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu nos mandados constitucionais de criminalização dos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição eficácia para determinar a subsunção da homofobia e da transfobia nos tipos penais de racismo definidos pela Lei nº 7.716/89¹⁷, reconhecendo a mora do Congresso Nacional em criminalizar tais condutas, firmando tese jurídica no sentido de que:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela

¹⁷ Os autores são contrários ao *modo* que se deu o resultado final (não observância do princípio da reserva legal), mas é importante o destaque diante de *mais* uma decisão do STF que, *na fundamentação*, reconheceu a existência e validade dos mandados de criminalização. Ademais, a decisão do STF reforça a argumentação acerca da impossibilidade de o jurado agradecer livremente o homicida homofóbico com impunidade, por sua mera vontade, empatia com o assassino ou aversão à vítima.

palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integram grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

Igualmente no HC 123.971, o Ministro Roberto Barroso destacou que:

[a] redação original do art. 225 do Código Penal já previa situações excepcionais autorizadoras da utilização da ação penal pública (carência material da vítima e abuso do pátrio poder). Além da já mencionada Súmula 608 do STF que também permitia o oferecimento de denúncia nos crimes de estupro com violência real. De modo que o risco de absoluta desproteção da menor na concretude da causa pode, e deve, constituir exceção pontual a autorizar a manutenção da decisão impugnada, com base em fundamento diretamente constitucional.

Assim, concluiu:

[p]ara evitar tal consequência, e tendo em vista a excepcionalidade da causa, o art. 227 da CF/88, aliado à vedação da proteção deficiente, que é específica manifestação do princípio da proporcionalidade

em matéria penal, paralisa a incidência do art. 225 do Código Penal, na redação originária. Fica legitimada, assim, a ação penal pública ajuizada na concreta situação dos autos, nos termos da regra geral prevista no art. 100 do Código Penal.

Constata-se, pois, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo, de forma sólida, firme e reiterada, o caráter dúplice dos direitos fundamentais e a existência de deveres de proteção suficiente, inclusive pelo meio penal, diante de atos ilícitos que atentem gravemente contra direitos e valores fundamentais assegurados na Carta Constitucional.

Por outro lado, os elementos emocionais, psicológicos, ideológicos, classistas, raciais, de gênero e sociológicos que confluem no íntimo de cada um dos jurados no momento da deliberação do veredicto são insindicáveis, não se podendo admitir, em um Estado Democrático de Direito, que a simples vontade de absolver, seja pela empatia com o matador ou aversão à vítima, não seja passível de controle.

Assim, faz-se necessário ao menos permitir-se o cotejo da absolvição geradora de impunidade de uma violação que ceifou o direito fundamental à vida de uma ou mais pessoas com o conjunto probatório coligido nos autos e, caso o veredicto seja manifestamente contrário à prova, deve ser passível de ser cassado, para que se devolva o feito ao Tribunal do Júri, que deliberará soberanamente.

Voltaremos a tal questão após a análise da jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos.

3. A tutela penal como meio de proteção dos direitos humanos na jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos

Como asseverado, as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos também construíram firme jurisprudência exigindo adequada investigação, persecução e processo penal ilícitos que importem em violações de direitos humanos, de forma a se assegurar um efeito útil à norma convencional.¹⁸ Assim, mais que a edição de norma penal criminalizante, as decisões dos tribunais internacionais de direitos humanos cobram um concreto e adequado exercício do *jus puniendi*, sindicando a presteza e eficiência das medidas concretamente adotadas pelas autoridades estatais e a amplitude de direitos assegurados às vítimas (e seus familiares) durante todas as fases da investigação e processo, de forma a verificar se lhes foi concedido *recurso efetivo* para a tutela dos direitos humanos violados.

¹⁸ V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42; RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde sua primeira sentença de mérito no Caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras em 1988, reconheceu na Convenção Americana de Direitos Humanos um dever estatal de investigar e sancionar aqueles que tenham violado direitos humanos, em hipótese de desaparecimento de um estudante preso pelas forças armadas.¹⁹

Em Chumbipuma Aguirre v. Peru (Barrios Altos), a Corte Interamericana consignou serem inadmissíveis as disposições de autoanistia, prescrição e excludentes de responsabilidade para responsáveis por execuções sumárias, torturas e desaparecimentos forçados, em hipótese de chacina praticada por um *esquadrão da morte*, indicando as investigações a participação de agentes públicos.

Em Almonacid Arellano v. Chile, La Cantuta v. Peru, Gomes Lund v. Brasil e Herzog v. Brasil²⁰, a Corte IDH considerou não ser válida a incidência de anistia, de prescrição ou mesmo de coisa julgada absolutória tida como fraudulenta para obstar (novo) exercício do *ius puniendi* diante de graves violações de direitos humanos praticadas por agentes de regimes autoritários.

Porém, o reconhecimento de obrigações positivas em matéria penal nas cortes internacionais de direitos humanos não se limita à Justiça de transição ou a fatos praticados por agentes de regimes ditatoriais, sendo aplicáveis também a fatos praticados em ambiente democrático e mesmo por particulares²¹.

Com efeito, em Villagrán Morales (Niños de la Calle) v. Guatemala a Corte IDH condenou aquele Estado porque não teria agido de forma eficiente para promover a persecução e processo penal em face dos responsáveis por tortura e chacina de adolescentes em situação de rua, considerando inadequadas as autópsias, perícias de local, a falta de oitiva de testemunhas referidas e a forma de valoração da prova no processo penal, determinando a reabertura das investigações.

Nos casos dos Massacres de Pueblo Bello, Ituango e da Rochela v. Colômbia, relativos a execuções arbitrárias promovidas por grupos armados paramilitares, de autodefesa ou ligados a latifundiários, a Corte Interamericana afirmou que a *proteção devida* assegurada na CADH implicava *obrigações positivas* de impedir

¹⁹ Referências jurisprudenciais completas ao final, em anexo. Para análise detalhada dos casos, v. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 160-266. Vide também PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas: Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos* 2019. 2ª ed. Porto Alegre/Livraria do Advogado, p. 18, 20, 80, 81 e 112.

²⁰ Para perspectivas de diálogo no embate entre o STF e a Corte Interamericana com relação da Lei de Anistia (ADPF 153), diante das condenações do país pela Corte IDH nos casos Gomes Lund e Herzog v. Brasil e da pendência da ADPF 320 e de embargos sobre a ADPF 153, v.: ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Graves violações de direitos humanos e anistia: os casos Gomes Lund e Herzog e as ADPFs 153 e 320*. In: *Hard Cases – Controle de convencionalidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (dir.); BRANDELISE, Ane Elise; COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (coord.); LEAHY, Érika (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 32-54.

²¹ ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 200-228; FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.105-108.

que terceiros perpetrem violações contra civis, fixando-se parâmetros mínimos de proteção e exigindo-se a remoção dos obstáculos de fato e de direito que mantinham a impunidade.

Em *Ximenes Lopes v. Brasil*, a Corte Interamericana condenou o país pela falta de prevenção e repressão penal adequada a tortura e maus tratos verificados em clínica psiquiátrica conveniada ao SUS, considerando violado o dever estatal de agir para impedir violações à vida, à integridade física e psíquica e de investigar atos que violem direitos fundamentais, reputando que o trâmite do processo penal por seis anos em primeira instância ofendia o direito dos familiares da vítima a um recurso judicial efetivo.

Em *Garibaldi v. Brasil*, a Corte Interamericana considerou que a falta de diligente investigação e perseguição de homicídio de trabalhador sem-terra praticado por homens encapuzados que expulsavam famílias acampadas em imóvel rural violava a CADH e que tão só a demora no desenvolvimento do inquérito policial violava o direito *dos familiares da vítima* a obter resposta judicial em face do homicídio, considerando irrazoável e violatória da CADH o decurso de cinco anos sem a identificação e início de perseguição dos responsáveis.

Em *González e outras (Campo Algodonero) v. México*, a Corte IDH condenou aquele país por falhas na prevenção e investigação penal de desaparecimentos, estupros e feminicídios de três jovens, determinando fossem criados protocolos e critérios de investigação e perícia forense com relação a tais crimes e fossem promovidos a investigação e o processamento penal célere dos fatos.

Em *Fazenda Brasil Verde v. Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil pela demora na perseguição e processamento penal de hipótese de trabalho escravo e pela sucessiva extinção do feito em decorrência da prescrição.

Também a Corte Europeia de Direitos do Homem reconhece deveres de tutela penal dos direitos humanos assegurados na respectiva convenção.²² Assim é que, em *X. e Y. v. Países Baixos*, considerou a impossibilidade processual de perseguição penal de estupro de vulnerável (diante da inexistência de representantes legais da vítima incapaz) violatória do dever estatal de proteção à liberdade sexual, consagrado na convenção europeia.

Posteriormente, em *A. v. Reino Unido*, considerou que a amplitude da discricionariedade concedida aos jurados na apreciação da causa de exclusão da ilicitude da razoabilidade dos castigos (*reasonable chastisement*) violava o dever de proteção contra a tortura previsto na Convenção, diante de maus tratos de padraço

²² Caterina Paonessa anota que, assim como a Corte Interamericana, a Corte Europeia de Direitos do Homem considera que tais obrigações abrangem não apenas a mera tipificação de condutas, mas também o concreto exercício dos mecanismos de repressão penal contra violações de direitos assegurados na convenção, passando-se da tradicional defesa de direitos fundamentais contra o direito penal para a tutela de direitos fundamentais *por meio do* direito penal. (PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009, p. 174-185).

contra enteado. Posteriormente, o país reconheceu a insuficiência da proteção penal dada a menores contra maus tratos e reformulou seu ordenamento interno.

A necessidade de investigação eficiente de execuções extrajudiciais, esquadrões da morte e desaparecimentos forçados e de combate à sua impunidade foi objeto de decisão na Corte Europeia nos casos *Osman v. Reino Unido*, *Mahmut Kaya v. Turquia* e *Kurt v. Turquia*.

De forma semelhante à Corte Interamericana, a Corte Europeia considerou que a tortura e as execuções sumárias eram incompatíveis com a concessão de anistia ou graça e com a incidência da prescrição, conforme *Abdulsamet Yaman v. Turquia* e *Mocanu e outros v. Romênia*.

A Corte de Estrasburgo considera, outrossim, que o âmbito de licitude do uso da força por agentes públicos é restringido pela Convenção Europeia, consignando em *Makaratzis v. Grécia* e *Nachova v. Bulgária* que as causas de justificação do estrito cumprimento do dever legal e da legítima defesa não poderiam desconsiderar a exigência de proporcionalidade e moderação, o que deveria ser objeto de apuração exauriente.

A possibilidade de sucessivas retratações da persecução penal em hipótese de violência doméstica foi considerada violatória à Convenção em *Opuz v. Turquia*, citado no julgamento da ADI 4.424 e ADC 19 (Lei Maria da Penha).

Por fim, interessantes precedentes foram firmados em *Siliadin v. França*, *Okkali v. Turquia*, *Gäfgen v. Alemanha* e *Nikolova e Velichkova v. Bulgária*, estabelecendo a Corte Europeia de Direitos do Homem que a falta de tipificação, persecução e *punição proporcional* de fatos caracterizadores de servidão forçada, maus tratos, tortura e homicídio constituíam violações do dever de proteção penal contra tais fatos, reconhecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ainda que a Corte tenha afirmado que não lhe caberia estipular parâmetros mínimos e máximos de pena, tarefa do legislador nacional, assentou que a imposição de curta sanção privativa de liberdade simultaneamente objeto de suspensão condicional (*sursis*), ou de multa pecuniária, violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que exige sanção minimamente proporcional à gravidade dos fatos para inibir novas violações aos direitos humanos convencionalmente assegurados.

Vale dizer, tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Europeia têm firme jurisprudência, exigindo adequada investigação, persecução e processamento de violações a direitos e valores protegidos nas respectivas Convenções. Tais mandados de criminalização, fundados na proteção internacional dos direitos humanos, impõem limites a anistias, indultos, clemências e à incidência da prescrição e de causas justificantes (cumprimento de dever legal) e exculpantes (obediência hierárquica), no que tange a execuções sumárias, chacinas e tortura, por exemplo.

4. Mandados implícitos de criminalização, obrigações processuais penais positivas e a imposição de controle sobre a clemência arbitrária (manifestamente contrária à prova dos autos)

Em consequência da doutrina e jurisprudência expostas, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto das principais Cortes Internacionais de Direitos Humanos, impõe-se a necessidade constitucional e internacional da recorribilidade do mérito dos veredictos absolutórios do Tribunal do Júri.

Veja-se: dizer que a soberania dos veredictos impede a possibilidade de apelação contra decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos equivale a dizer que a impunidade de assassinatos pode ser definitivamente concedida por mera vontade do jurado leigo, por fatores metajurídicos, culturais, ideológicos, raciais ou econômicos.

Em nossa concepção, não é compatível com o Estado Democrático de Direito tornar irrecorrível a impunidade de homicídios pela mera empatia dos jurados com os réus e a possível antipatia ou aversão pelas vítimas, sem que se conceda a possibilidade de o Tribunal de 2º grau cassar o veredicto manifestamente contrário à prova dos autos e de devolver a questão ao Tribunal do Júri para novo e soberano julgamento (conforme art. 593, III, d, do CPP).

A Constituição e as convenções internacionais de direitos humanos (como a Convenção Americana de Direitos Humanos e todo seu *corpus juris*) não autorizam a impunidade por mera empatia com quem mata, de chacinas como as da Candelária e Vigário Geral, de torturas conexas a homicídios, de assassinatos como os de Chico Mendes, Dorothy Stang, Marielle Franco ou da Juíza Patrícia Acioli, homicídios decorrentes de pistolagem, execuções sumárias de moradores pelos tribunais do narcotráfico ou milícias, crimes de ódio praticados por motivos homofóbicos, racistas, de intolerância religiosa ou outros motivos torpes ou fúteis, execuções de policiais militares, de políticos, lideranças camponesas e homicídios de trabalhadores sem-terra, adolescentes infratores, detentos e pessoas em situação de rua, ou mesmo de qualquer cidadão ou ser humano em território brasileiro.

Impedir-se que o Tribunal de 2º grau possa conhecer recurso de mérito contra veredicto absolutório manifestamente contrário à prova dos autos significa outorgar aos jurados uma livre e arbitrária faculdade de tornar impunes tais fatos, por sua mera vontade ou empatia com os homicidas (ou antipatia e aversão às vítimas).

Negar a possibilidade de recurso *pro societate* é permitir que mundividências ocultas sob o manto da íntima convicção, conscientes ou não, agraciem com impunidade, entre outros, homicídios praticados contra grupos vulneráveis, minorias, contra pessoas com antecedentes criminais, ou mesmo contra vítimas em posição de destaque político, jurídico e social.

Não se pode olvidar que o poder punitivo estatal pode ser usado de modo arbitrário *tanto* mediante seu *exercício como por omissão*²³, deixando indefesas as vítimas hipossuficientes ante seus agressores, em especial quando detentores de poder local (político, militar, paramilitar, econômico etc.), beneficiados pela cumplicidade, tolerância ou *empatia* do Poder Público.

O Estado Democrático de Direito exige que os poderes de Estado ajam (positivamente, portanto) para evitar coonestar violações de direitos humanos, estabelecendo freios e contrapesos, em atendimento aos mandados constitucionais de criminalização e às obrigações positivas fundadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Veja-se que o juízo de clemência não é passível de ser conforme ou contrário à prova dos autos, senão a absolvição do réu que o é. Uma decisão de clemência encerra um juízo de dever-ser (o que deve ser feito com o homicida?) e não propriamente fático (se praticou ou não o crime), que é o objeto da prova dos autos e do veredicto dos jurados. Ainda que haja certo âmbito de discricionariedade do jurado na apreciação da prova dos autos, sua vontade não pode ser absoluta, sob pena de converter-se em arbítrio. Cabe, pois, ao legislador, com os limites mínimo e máximo trazidos pela Constituição e pelo Direito Internacional, estabelecer as respectivas sanções e hipóteses de justificantes e exculpantes, qualificadoras, minorantes e, excepcionalmente, de *sursis* e garantir as possibilidades de recurso caso o veredicto seja *manifestamente* contrário à prova dos autos.

É de se recordar que a impunidade de violações de direitos humanos propicia a total vulnerabilidade das vítimas e seus familiares, a invisibilidade das lesões e a perpetuação do terror, da lei do silêncio, da vingança privada e da resignação da população carente a não ter direitos²⁴, gerando ausência de proteção à população não privilegiada, descrédito da Justiça e à desconfiança do povo a respeito das instituições estatais.²⁵

Com as devidas vênias aos entendimentos diversos, o dia em que a íntima convicção puder coonestar, de forma manifestamente contrária à prova dos autos e impassível de controle pelo Tribunal *ad quem*, sentimentos empáticos àqueles que ceifaram dolosamente a vida alheia, o Tribunal do Júri se converteria em órgão de legitimação do extermínio das vidas antipáticas às visões dos julgadores leigos: seja por terem antecedentes criminais, seja por serem usuárias de drogas, por serem partidárias de ideologias diversas, por serem policiais, camponeses ou políticos. Legitimar-se-ia a homofobia, o feminicídio, o assassinato e a pistolagem, pela mera vontade ou simpatia de quatro dos jurados com os agressores.

²³ VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In: *Studi in onore di Mario Romano*. IV. Jovene Editore. Napoli, 2011, p. 2.703-2.704.

²⁴ OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation, In: *Post-conflict Justice*. BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley, 2002, Transnational Publishers, p. 201-203.

²⁵ AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2ª ed, Editora Ad-Hoc. Buenos Aires: 1999, p. 42-44.

Evidentemente tal situação não se coaduna com a Constituição brasileira nem com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que exigem mecanismos de freios e contrapesos para o exercício das funções estatais, inclusive a judiciária.²⁶

No âmbito processual penal dos crimes dolosos contra a vida, tal mecanismo é provido pela possibilidade de recurso do Ministério Público contra decisões absolutórias que sejam manifestamente contrárias às provas dos autos, na forma do art. 593, III, d, do CPP.

Embora no ponto estivesse (com absoluta razão) fazendo críticas a posicionamento de seu maestro, Luigi Ferrajoli, Alexander Araújo de Souza corretamente relembra que:

Ferrajoli sustenta firmemente, como uma das premissas do sistema garantista, a possibilidade de controle das decisões judiciais por ambas as partes, o que deriva da necessidade irrefutável de motivação das decisões.²⁷ Ora, se o juiz souber, de antemão, que possível sentença de absolvição que ele venha a prolatar não poderá ser contestada por intermédio de recurso do Ministério Público (e, por conseguinte, também do ofendido), isso poderá gerar, para o Juiz, a certeza de que lhe foi conferido um poder (de absolver) sem qualquer tipo de controle. Neste contexto, cumpre remarcar que Ferrajoli sustenta, de maneira irrestrita, citando a célebre passagem de Montesquieu, que todo poder, inclusive o jurisdicional, precisa de limites e de controles: *“c’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le droit! La vertu même a besoin de limites”*.²⁸

²⁶ Vide que o âmbito de discricionariedade então atribuído ao júri inglês para reconhecer causa justificante foi considerado atentatório à Convenção Europeia de Direitos Humanos no caso A. x REINO UNIDO, como acima mencionado. Outrossim, como anota Stephen C. Thaman, a Corte Europeia de Direitos do Homem, no julgamento TAXQUET v. BELGICA (App. 926/05), em 16.11.2010, decidiu que a falta de fundamentação dos veredictos do júri, aliada à falta de quesitação precisa e de explicação detalhada dos quesitos aos jurados então vigentes no sistema belga eram violadoras da Convenção Europeia de Direitos Humanos, levando a reformas nos sistemas de júris e escabinatos de diversos países europeus para previsão de recurso quanto à matéria de fato, o detalhamento da quesitação, a inclusão de questionário para que os jurados explicitem as razões pelas quais chegaram ao veredito e o dever de um magistrado togado fornecer explicações e diretivas sobre questões jurídicas e probatórias. V. THAMAN, Stephen C. *Should criminal juries give reasons for their verdicts? The spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in TAXQUET v. BELGIUM*. Chicago-Kent Law Review. Vol. 86:2, 2011). O autor comenta, ainda, o Caso Otegi, em que a absolvição de homicida de dois policiais por “insanidade temporária” no país basco espanhol foi anulada pelo tribunal regional, pela Suprema Corte e pelo Tribunal Constitucional da Espanha, assentando-se que também o veredito absolutório deve ser motivado e fundado nas provas dos autos.

²⁷ Como assevera L. Ferrajoli, *“precisamente, la motivazione consente la fondazione e il controllo delle decisioni sia in diritto, per violazione di legge o difetti d’interpretazione o sussunzione, sia in fatto, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicazione del nesso tra convincimento e prove. E non solo in appello ma anche in cassazione.”* (Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit., p. 640).

²⁸ SOUZA, Alexander Araújo de. A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: Quando Ferrajoli si è sbagliato. In: *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). 4ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 493-517.

Daí se vê, com mais razão ainda, no caso submetido ao tribunal popular, em que, sabendo de antemão que suas decisões não poderão ser revistas em nenhuma hipótese de “clemência”, está-se concedendo verdadeira *carta branca* aos julgadores para decidirem *de qualquer maneira* ou, noutras palavras, *até arbitrariamente*.

Dessa forma, as normas constitucionais e internacionais que exigem a proteção dos direitos humanos devem orientar e condicionar a interpretação da legislação ordinária, excluindo-se da interpretação conjugada do art. 483, III, e §2º, e do art. 593, III, d, do CPP, qualquer espaço para concessão de clemência irreversível no âmbito do Tribunal do Júri, por mero voluntarismo do corpo de jurados e empatia com o homicida ou antipatia com a vítima, sendo facultado o recurso de mérito por manifesta contrariedade à prova dos autos, na forma do art. 593, III, d, e §3º do CPP, contra veredicto absolutório ou condenatório.

5. Da arbitrariedade da clemência e sua vedação constitucional para crimes hediondos

Em rigor, a própria clemência em si, ainda que passível de recurso, é de ser questionada, na medida em que atua em contrariedade ao Estado de Direito e da separação de poderes: o Legislador estabeleceu hipóteses *numerus clausus* de perdão judicial e perdão do ofendido (na ação penal privada) como causa de extinção da punibilidade (e não de absolvição!) e estabeleceu o privilégio do §1º do art. 121 do Código Penal como causa de redução de pena nas hipóteses de homicídio praticado por relevante valor moral ou social ou sob violenta emoção logo após injusta provocação da vítima.

Se a lei estabelece *redução de pena*, não haveria o Judiciário de impor absolvição e impunidade. Veja-se, a subjetividade absoluta da clemência por *exclusiva* íntima convicção nega cientificidade ao Direito e viola o princípio da isonomia, permitindo como regra que o Estado dê soluções diversas a situações idênticas – e por razões intangíveis (às vezes inconfessáveis, outras até mesmo inconscientes), tolhendo a proteção constitucional e convencionalmente exigida ao direito à vida.²⁹

Por outro lado, se a lei admite o *perdão judicial* em hipóteses estritas como o homicídio *culposo* no qual as consequências do crime atinjam o próprio agente de forma impactante (art. 121, §5º, do CP), tal excepcional perdão extintivo da punibilidade tampouco se confunde com absolvição, nem pode ser transposto acriticamente para os crimes dolosos contra a vida. Aqui, há *vontade* de violar diretamente o bem jurídico maior, a vida, evidenciando maior grau de reprovabilidade, tornando imprópria a analogia com o homicídio culposo.³⁰

Também as hipóteses de suposta desnecessidade de pena são reguladas por lei, por meio da suspensão condicional da pena, previstas no art. 77 do CP. Tal

²⁹ COSTA, Diogo Erthal Alves da. A clemência no Tribunal do Júri no Brasil. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 71, p. 49-76, jan./mar. 2019, p. 54-56.

³⁰ *Ibid*, p. 63-64.

hipótese pode ser aplicável no Tribunal do Júri apenas com relação a homicídio tentado privilegiado ou aborto, quando a pena poderia ser fixada em montante igual ou inferior a 2 anos, ou se o réu dispuser de idade avançada ou saúde precária, hipóteses já consideradas pelo legislador, nos casos em que a pena fosse fixada até o limite máximo de 4 anos. Tais situações, porém, já foram reguladas pela lei de forma expressa, não cabendo ao Judiciário substituir-se ao Legislador, sob pena de violação da isonomia e separação de poderes.³¹

Outorgando o júri uma absolvição *empática* ao homicida, sequer a verdade real dos fatos poderia ser contada por familiares da vítima sem que incidissem em crime de calúnia, eis que vedada a exceção da verdade se o réu houver sido absolvido em crime de ação penal pública (art. 138, §3º, III, do CP). Perceba-se: a vítima é assassinada, seu algoz permanece impune por razões metajurídicas ou mero voluntarismo do corpo de jurados e sequer sua memória poderá ser preservada, impedindo-se que se conte como morreu ou quem a matou, sem que se incorra em crime.³²

Mesmo em sistemas jurídico-penais costumeiros, onde não vigem o princípio da legalidade nem o da obrigatoriedade (mesmo que mitigada) da ação penal pública e há larga discricionariedade para negociação de penas e possibilidade de renúncia ao julgamento e imediato cumprimento de longa pena privativa de liberdade, onde se atribui responsabilidade penal até a crianças e em que não há vedação à aplicação de penas de morte ou perpétua (mas, ao revés, sua previsão ocorre exatamente em condenações por homicídio qualificado), como nos Estados Unidos e Inglaterra, razões pelas quais³³ o júri ali pode funcionar como juiz dos fatos e do direito, a prática de veredictos absolutórios ou benevolentes contrários às provas dos autos não é isenta de críticas, por não ser imune ao viés classista e racista.³⁴

Tantas são as diferenças históricas, sociais, jurídico-constitucionais e penais dos Estados Unidos e Inglaterra para nosso país³⁵ que não faz qualquer sentido pretender ignorá-las por completo, para importarmos acriticamente a outorga ao júri de um juízo não apenas fático, mas também jurídico sobre o ordenamento.

³¹ Ibid, p. 68-69.

³² Ibid, p. 60.

³³ DYKE, Jon van; SCHEFLIN, Alan. *Jury nullification: the contours of a controversy*. In: Law and contemporary problems. Vol. 43, (1980), n. 4, p. 77.

³⁴ TETLOW, Tania. *Discriminatory Acquittal*. 18 Wm. & Mary Bill Rts. J. 75 (2009).

³⁵ Alexander Araújo de Souza ainda recorda que na Inglaterra o recurso de apelação contra a condenação constitui novo processo, inclusive com a reinquirição de testemunhas, enquanto nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, os recursos são considerados uma extensão ou modalidade dos direitos de ação e defesa, não instituindo nova relação processual. Ressalta, ainda, que os *prosecutors* americanos são eleitos, buscando o consenso de seus eleitores, não gozando da imparcialidade do Ministério Público brasileiro, configurado como parte imparcial e fiscal da correta aplicação da lei, podendo opinar pela absolvição, impetrar *habeas corpus* e recorrer em favor do réu, tratando-se de instituição de garantia e concretização do Estado Democrático de Direito. (SOUZA, Alexander Araújo de. A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: quando Ferrajoli si è sbagliato. In: *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). 4ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 493-517).

Certamente, não há sentido algum em admitir essa premissa de *clemência irrestrita*, sobretudo em nosso país, recordista mundial de homicídios (com mais de 50.000 mortes anuais), em que grande parte dos fatos ocorre da ação da criminalidade organizada, de milícias e grupos de extermínio³⁶, muito menos se coaduna e compatibiliza com o princípio republicano, com o dever de proteção aos Direitos Humanos e a ordem *integral* de valores consagrados na Constituição.

Ademais, no caso dos crimes hediondos, violar-se-ia, ainda, mandado expresso de criminalização trazido pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, determinando maior rigor penal contra a tortura, o tráfico de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos e vedando a concessão de qualquer espécie de graça (*lato sensu*) aos mandantes, executores e aos que, podendo evitá-los, se omitirem.

Em suma, sendo fiel à Constituição e ao ordenamento jurídico pátrio, não seria lícito ao Tribunal do Júri absolver por clemência, empatia ou antipatia, ou outras razões metajurídicas, mesmo que tal veredicto se sujeite ao controle do recurso de mérito do art. 593, III, d, do CPP. Assim, deve tal âmbito de interpretação ser afastado da norma do art. 483, III e §2º do CPP, por *interpretação conforme sem redução de texto*, diante dos princípios constitucionais do devido processo legal, da isonomia, da separação de poderes e do dever de tutela penal do direito fundamental à vida.

A hipótese, de afirmação dos dois primeiros quesitos (materialidade e autoria) e de absolvição do réu, quando a negativa de autoria for a única tese jurídica defensiva, ensejaria a nulidade do julgamento por contradição entre os quesitos, desafiando recurso do art. 593, III, a, do CPP, ou interpretação constitucional do art. 483, III, e §2º, no sentido da dispensabilidade do terceiro quesito nesta hipótese.

6. Considerações finais

a) No paradigma do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais positivados na norma constitucional assim como os direitos humanos reconhecidos na ordem internacional têm natureza dúplice, não se esgotando nos direitos de defesa contra o Estado, mas exigindo também necessários deveres de proteção (*Schutzpflichten*) por parte do Estado, inclusive por intermédio do Direito Penal;

b) Constituição brasileira, como reconhecido pela sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veicula mandados implícitos e explícitos de criminalização, vedando a proteção penal deficiente de bens jurídicos que espelhem direitos humanos fundamentais (vide ADI 3.096, ADI 4.424, ADC 19, RE 966.177-RG-QO, ADI 5.874, ADO 26 e MI 4.733);

c) O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como reconhecido pela reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte

³⁶ Vide a manifestação do Estado do Rio de Janeiro e relatório da PCERJ juntada à ADPF 635 (índice 198), noticiando a existência de 1.413 favelas dominadas ou influenciadas pela ação de organizações criminosas e milícias apenas no Estado do Rio de Janeiro, e informando que as mortes decorrentes de execuções envolvendo estes grupos equivalem a mais de 50% do total de homicídios no Grande Rio.

Europeia de Direitos Humanos, traz obrigações processuais penais positivas dos Estados, para garantia de efeito útil aos direitos assegurados nas convenções internacionais, informando a interpretação do texto constitucional, diante do constitucionalismo de cooperação e da internacionalização do direito constitucional (cf. CRFB, art. 4º, II, e ADCT, art. 7º);

d) Os artigos 1.1, 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e a reiterada jurisprudência da Corte Interamericana impõem obrigações processuais penais positivas, ou mandados implícitos de criminalização decorrentes do direito internacional, determinando a adequação das atividade de persecução e processamento penal a padrões mínimos que garantam às vítimas e seus familiares o acerto dos fatos, o julgamento em tempo adequado e o sancionamento minimamente proporcional de responsáveis por violações de direitos humanos, sejam elas praticadas por agentes públicos, sejam por particulares, vedando a concessão de graça, indulto ou anistia;

e) A vedação de recurso de mérito (art. 593, III, d, do CPP) contra veredicto absolutório fundado no art. 483, III, do CPP, importa em violação a mandados implícitos de criminalização e obrigações processuais penais positivas dos direitos humanos, ao outorgar aos jurados direito potestativo irrecorrível para conceder, arbitrariamente, impunidade a violações dolosas do direito à vida por razões metajurídicas (como empatia pelo homicida ou aversão às suas vítimas e preconceitos, conscientes ou não, de classe, raça, gênero, orientação sexual, podendo se prestar até a legitimar motivações eugênicas e crimes de ódio contra vítimas vulneráveis), não sendo compatível com o Estado Democrático de Direito.

f) A clemência diz respeito a juízo de dever-ser (o que se deve fazer com o homicida), não sendo passível de contrariedade ou conformidade à prova dos autos (juízo fático), não sendo facultada por lei (nem pela ordem constitucional e internacional) para crimes dolosos contra a vida. Resultando, porém, a resposta ao quesito defensivo genérico (art. 483, III, do CPP), em absolvição manifestamente à prova dos autos, o veredicto necessariamente deve ser passível de recurso, para possibilitar controle (freios e contrapesos) de hipotética clemência arbitrária, na forma do art. 593, III, d, do CPP.

g) Em rigor, deve ser excluída do âmbito normativo do inciso III e do §2º do art. 483 do CPP, *mediante interpretação conforme sem redução de texto*, qualquer possibilidade de que a absolvição seja fundada *em mera clemência* por parte do corpo de jurados, por violação ao devido processo legal, à separação de poderes, ao princípio da isonomia e, com relação a crimes hediondos e equiparados, por violação do mandado expresso de criminalização do art. 5º, XLIII, da CRFB, sendo dispensada a formulação do terceiro quesito *quando* a tese de defesa fundar-se *exclusivamente* na negatividade de autoria e o júri houver reconhecido a materialidade e autoria nos dois primeiros quesitos.

7. Conclusões

Impõe-se que o veredicto decorrente da íntima convicção, ante a insindicabilidade de suas razões, possa ser cotejado pelo Tribunal de 2º grau quanto à sua manifesta contrariedade à prova dos autos, como mecanismo mínimo de freios e contrapesos a evitar a clemência arbitrária a homicidas, que nulifica o valor do direito humano à vida, objeto de especial dever de proteção penal na ordem constitucional e internacional, por meio de mandados implícitos de criminalização e das obrigações positivas em matéria penal.

Em rigor, a clemência em si constitui violação à separação de poderes, isonomia, legalidade e devido processo legal, e é vedada de qualquer sorte para crimes hediondos e assemelhados, devendo ser realizada interpretação conforme ao art. 483, III, e §2º, do CPP, no sentido da não formulação do quesito quando a única tese jurídica defensiva seja a negativa de autoria.

Referências bibliográficas

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. *In: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

ALLEGREZZA, Silvia et al. *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2ª ed. Editora Ad-Hoc. Buenos Aires: 1999.

_____; BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? *In: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Monteideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. Graves violações de direitos humanos e anistia: os casos Gomes Lund e Herzog e as ADPFs 153 e 320. *In: Hard Cases – Controle de convencionalidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (dir.); BRANDELISE, Ane Elise; COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (coord.); LEAHY, Érika (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2020.

_____. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. *In: Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos*. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.), 2020, no prelo.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penali*. Vita e Pensiero. Milano, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *In: Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COSTA, Diogo Erthal Alves da. A clemência no Tribunal do Júri no Brasil. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 71, p. 49-76, jan./mar. 2019.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd. Edition. Ithaca/ London: Cornell University Press, 2013.

DYKE, Jon van; SCHEFLIN, Alan. Jury nullification: the contours of a controversy. *In: Law and contemporary problems*. vol. 43, (1980), n. 4.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In: Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 59-95.

_____; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 93-199.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation. *In: Post-conflict Justice*. BASSIOUNI, Cherif M. (edit). Ardsley: Transnational Publishers, 2002.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daurý Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional cosmopolita: nem provincianismo constitucional, nem imperialismo internacional*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interpretacao-constitucional-cosmopolita-13042015>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SOUZA, Alexander Araújo de. A supressão do recurso criminal do Ministério Público em caso de absolvição do acusado: quando Ferrajoli si è sbagliato. In: *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

TETLOW, Tania. *Discriminatory Acquittal*. 18 Wm. & Mary Bill Rts. J. 75 (2009).

THAMAN, Stephen C. *Should criminal juries give reasons for their verdicts? The spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in TAXQUET v. BELGIUM*. Chicago-Kent Law Review. Vol. 86:2, 2011).

TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, vol., nº 3, p. 578, July 2011.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In Studi in onore di Mario Romano. IV. Jovene Editore. Napoli, 2011.

Sentenças referidas da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Almonacid Arellano y otros c. Chile, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Séries C nº 154.

Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) v. Peru, Mérito, Sentença de 14 março 2001, Série C no 75.

Garibaldi c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de setembro de 2009, Série C no 203.

Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C no 219.

Gonzáles e outras (“Campo Algodonero”) c. México, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro de 2009, Série C no 205.

Herzog e outros c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C no 353.

La Cantuta v. Peru, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006, Série C no 162.

Massacre da Rochela c. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 11 de maio de 2007, Série C no 163.

Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C no 140.

Massacres de Ituango c. Colômbia, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C no 148.

“Ninõs de la Calle” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala, Reparações e Custas, Sentença de 26 de maio de 2001, Série C no 77.

Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C no 318.

Velásquez Rodrigues c. Honduras, Mérito, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C no 4.

Ximenes Lopes c. Brasil, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C no 149.

Sentenças referidas da Corte Europeia de Direitos Humanos

A. v. REINO UNIDO (25.599/94). Julgamento em 23.09.1998. ECHR, 1998-VI.

ABDULSAMET YAMAN v. TURQUIA (32.446/96). Julgamento em 02.11.2004.

GÄFGEN v. ALEMANHA (22.978/05). Grand Chamber, julgamento em 03.06.2010.

KURT v. TURQUIA (24.276/94). Julgamento em 25.05.1998. Recueil 1998, III.

MAHMUT KAYA v. TURQUIA (22.535/93). Julgamento em 28.03.2000. ECHR, 2000, III.

MAKARATZIS v. GRÉCIA (50.385/99). Julgamento em 20.12.2004. ECHR, 2004-XI.

MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA (10.865/09, 45.886/07 e 32.431/08). Julgamento em 17.09.2014. RJD 2014.

NACHOVA v. BULGARIA. (43577/98 e 43579/98). Julgamento em 06.07.2005. ECHR, 2005-VII.

NIKOLOVA e VELICHKOVA v. BULGARIA (7.888/03). 1ª Seção. Julgamento de 20.12.2007.

OKKALI v. TURQUIA (52.067/99). Julgamento em 17.10.2006. RJD 2006-XII.

OPUZ v. TURQUIA (33.401/02). 3ª Seção. Julgamento em 09.06.2009.

OSMAN v. REINO UNIDO (23.452/94). Julgamento em 28.10.1998. ECHR, 1998-VIII.

SILIADIN v. FRANÇA (73.316/01). Julgamento em 26.07.2005. ECHR, RJD 2005-VII.

TAXQUET v. BÉLGICA. (926/05). Grand Chamber. Julgamento em 16.11.2010.

X e Y v. PAÍSES BAIXOS (8.978/80). Julgamento em 26.03.1985. A91.

Acórdãos e decisões do STF e STJ

STF. Tribunal Pleno. HC 82.424-RS. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 17.09.2003. DJ 19.03.2004.

_____. Tribunal Pleno. RE 418.376. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09/02/2006. DJ 23/03/07.

_____. Tribunal Pleno. ADI 3.112. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 02.05.2007. DJe 26.10.2007.

_____. 2ª Turma. HC 104.410. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06.03.2012. DJe 27.03.2012.

_____. Tribunal Pleno. ADI 3.096. Julgamento em 16.06.2010. DJe 03.09.2010.

_____. Tribunal Pleno. ADC 19-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09.02.2012. DJe 29.04.2014.

_____. Tribunal Pleno. ADI 4.424-DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09.02.2012. DJe 01.08.2014.

_____. 2ª Turma. RHC 108.970-DF. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 09.08.2011. DJe 19.12.2011.

_____. Tribunal Pleno. RE 966.177-RG-QO/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 07.06.2017. DJe-019 public. 01.02.2019.

_____. Tribunal Pleno. ADI 5.874-MC/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Decisão liminar da presidência em 28.12.2017. DJe-018 public. 01.02.2018. Acórdão de mérito em 09.05.2019, pendente de publicação.

_____. Tribunal Pleno. ADO 26, julg. em 13.06.2019. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão pendente de publicação.

_____. Pleno. ARE 1.225.185-MG-RG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 07.05.2020, DJe 22.06.2020, ata nº13/2020, DJE nº 155.

_____. 2ª Turma RHC 117.076. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática de 01.08.2019. DJe 05.08.2020. DJe nº 169.

_____. 1ª Turma. HC 170.559-MT. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 10.03.2020. Acórdão pendente de publicação. Red. p/ acórdão: Min. Alexandre de Moraes.

_____. 1ª Turma. HC 146.672-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 14.04.2020. Acórdão pendente de publicação. Red. p/ acórdão: Min. Luiz Fux.

_____. 1ª Turma. AgRgHC nº 172.636-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15.6.2020, public. DJe em 14.7.2020).

STJ. 3ª Seção, HC 313.251-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28fev2018. Public. 27.03.2018.

O papel do *compliance* no delineamento da cultura corporativa

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A importância do *compliance* nas corporações contemporâneas. 3. A cultura corporativa enquanto resultado da transição do plano deontológico para o axiológico. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

As regras de experiência têm nos ensinado que as corporações devem estar vinculadas a certos padrões de atuação, colhidos nos planos deontológico e axiológico, para que possam alcançar os objetivos a que se destinam. Falamos aqui de padrões internos, teleologicamente comprometidos com a realização dos seus objetivos e que coexistem com os padrões externos. Estes últimos, como se sabe, podem ter origem em exigências impostas por outras corporações ou, o que é mais comum, no Estado de Direito (ou em mais de um) com o qual a corporação tenha relação de sujeição.

Os padrões deontológicos refletem as normas internas, que apresentam funcionalidade bem diversificada, a exemplo da disciplina orgânica, que delinea estruturas e competências, e do detalhamento das obrigações dos colaboradores, sempre considerando os objetivos a serem alcançados pela corporação. O ambiente corporativo assim delineado oferece certos *standards* comportamentais, os quais são responsáveis pela formação de uma base de valores que espelha a identidade ético-moral da corporação.

Apesar de pertencerem ao plano axiológico, os valores são diretamente influenciados pelo *dever ser* característico dos padrões deontológicos. Assim ocorre porque as normas, por serem impositivas, tendem a direcionar e a estimular a repetição de condutas que resultarão na formação de valores identitários. A *longa repetitio* tende a diminuir a importância da imposição e a aumentar a voluntária adesão aos comportamentos esperados. Apesar da simplicidade dessa constatação, ambientes corporativos, a exemplo de outros ambientes institucionais, como aqueles afetos à

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Administração Pública, não são imunes à influência dos valores inerentes ao ambiente social ou a cada indivíduo em particular.

Quando se identifica uma dissonância entre os valores envolvidos, os objetivos da corporação podem ser atrasados ou, no extremo, comprometidos. Tudo dependerá da intensidade dessa dissonância e dos instrumentos utilizados pela corporação na disseminação dos seus valores junto aos colaboradores, tarefa particularmente complexa quando esses colaboradores vivem em um ambiente social em que valores diversos estão sedimentados, praticando-os com absoluta naturalidade.

Esse quadro fica ainda mais acentuado em relação às multinacionais, que podem entrar em contato com realidades substancialmente distintas daquela subjacente ao território em que foram constituídas. A sua superação, por vezes, exigirá uma “ *fusão de horizontes*”. Afinal, como ressaltado por Zygmunt Bauman (2011: 81):

[s]e aquilo que cada aglomeração humana percebe como verdade é a base de sua experiência coletiva, então os horizontes que cercam seu campo de visão também são as fronteiras das verdades coletivas. Se, vindos de uma variedade de aglomerações, desejamos encontrar uma verdade comum a todos e sobre ela concordar, precisamos de uma “ *fusão de horizontes*”, condição preliminar de uma síntese de experiências de histórias distintas, de um futuro comum.

A opção pela imposição, não pela fusão de horizontes, pode, no extremo, inviabilizar a própria continuidade de suas operações.

A necessidade de a corporação disseminar seus valores entre os colaboradores torna-se não só necessária como premente ao lembrarmos a possibilidade de ser responsabilizada pelos atos que pratiquem e que, de algum modo, possam beneficiá-la. É a doutrina do *vicarious liability* (responsabilidade indireta) – Nitish Sing e Thomas J. Bussen, 2015: 8 – muito em voga em se tratando de ilícitos que possam ser reconduzidos a uma pessoa jurídica.

Embora seja certo afirmar que a corporação deve buscar o lucro, o que interessa aos *stakeholders* (partes interessadas) e aos *shareholders* ou *stockholders* (acionistas) em particular, os Estados contemporâneos não permanecem indiferentes aos meios utilizados para a realização desse objetivo. Corporações que se utilizam de instrumentos ilícitos em suas atividades regulares, a exemplo da corrupção de agentes públicos, nacionais ou estrangeiros, praticam infrações e estão sujeitas às penalidades cominadas. Como os colaboradores são a *longa manus* das corporações, são eles que idealizam e exteriorizam o *animus corrumpendi*. Evitar que o façam é o desafio a ser enfrentado. Ao menos por aquelas que almejam conduzir-se em harmonia com a juridicidade, vale dizer, com os padrões externos impostos pelo Estado. Essa advertência é relevante, pois é sabido que muitas, deliberadamente, agem à margem da lei para aumentar seus lucros. Aliás, uma das razões de a Organização de Cooperação e

Desenvolvimento Econômico ter capitaneado a celebração da Convenção Internacional de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros¹, de 1997, reside no fato de os Países desenvolvidos terem percebido um aumento exponencial do custo final dos seus produtos em razão dos atos de corrupção rotineiramente praticados (e estimulados por muitos governos), para o aumento das exportações. A busca da pureza relacional, de um *honestus viveri*, se existiu, foi mais simbólica que real.

Sensíveis à importância da disseminação de sua identidade, as corporações têm desenvolvido mecanismos que buscam delinear a deontologia e a axiologia internas, difundir-las, fiscalizar a sua observância, bem como prevenir e reprimir a sua inobservância, responsabilizando os colaboradores que deles se distanciem e realizando as devidas comunicações às autoridades competentes. Esses mecanismos têm sido incluídos sob a epígrafe mais ampla do *compliance*.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de identificar, inicialmente, a importância assumida pelo *compliance* nas corporações contemporâneas, considerando a sua influência na mitigação ou, a depender do sistema, no próprio afastamento de possíveis punições decorrentes de rupturas da juridicidade em sua atuação na ordem econômica. Ato contínuo, analisaremos o processo formativo dos valores, inclusive daqueles sedimentados a partir dos programas de *compliance*, e de sua influência no surgimento de uma verdadeira cultura corporativa.

2. A importância do *compliance* nas corporações contemporâneas

A existência de um sistema corporativo interno que busca assegurar a aderência dos colaboradores a padrões deontológicos, definidos em um código de conduta, e a padrões axiológicos, formados a partir dos valores que se originam dessas imposições, exige que sejam estabelecidas ações de disseminação, controle, prevenção e repressão, sempre permeadas por um contínuo processo de reavaliação.

No direito norte-americano, a *United States Sentencing Commission* (USSC) estimulou a adoção de programas dessa natureza com a edição, em 1991, do *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (FSGO), cujos objetivos centrais eram a aplicação de sanções justas e a dissuasão da prática de ilícitos. O estímulo mencionado decorria da mitigação das penalidades, especialmente multas, a serem aplicadas às corporações que mantinham programas efetivos. No extremo oposto, eram agravadas em até 400% as penalidades das corporações que não os possuíam. Esse quadro foi acentuado com a reforma de 2004, que buscou estimular o desenvolvimento de uma cultura corporativa de prevenção e identificação de infrações penais.

O FSGO [§8B2.1(b)] estabeleceu os sete pilares de um efetivo programa de ética e *compliance*: (a) criação de padrões, processos e procedimentos para prevenir e identificar infrações penais; (b) supervisão do programa pelos escalões mais

¹ A Convenção foi promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 3.678/2000 e ensejou a inserção de um Capítulo II-A no Título XI do Código Penal brasileiro, intitulado “*Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira*”.

elevados da corporação; (c) exclusão, das posições de maior autoridade, dos atores que, no passado, agiram à margem da juridicidade; (d) efetiva comunicação entre todos os níveis dos trabalhadores; (e) monitoramento contínuo, com procedimentos razoáveis para identificação e comunicação de infrações penais, evitando retaliações aos comunicantes, inclusive com a preservação de sua identidade; (f) execução do programa de modo consistente, balanceando de modo adequado incentivos e medidas disciplinares; e (g) autocomunicação dos ilícitos detectados e prevenção de sua recorrência. Cf. Nitish Sing e Thomas J. Bussen, 2015: 12-13.

Com base no FSGO, o Departamento de Justiça veiculou o memorando Holder e, posteriormente, o memorando Thompson, estabelecendo os "*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*", exigindo de todos os Promotores que considerassem, ao avaliar se deveriam promover a acusação da corporação, (a) a gravidade da infração; (b) a difusão das práticas ilícitas; (c) as condutas pretéritas; (d) a divulgação oportuna do ilícito; (e) a vontade de cooperar; e (f) a existência e a efetividade do programa de *compliance*. Como se percebe, programas dessa natureza, devidamente estruturados e que efetivamente alcançam a realidade, passaram a ser considerados na avaliação da conveniência de ser formulada a acusação ou mesmo na celebração de um acordo. Na Grã-Bretanha, o *United Kingdom Bribery Act* de 2010, que entrou em vigor em 1º de julho de 2011, considerou infração penal a *failure of commercial organisations to prevent bribery*, título atribuído à Seção VII. Além disso, previu que a existência de mecanismos de *compliance* influiria na dosimetria das sanções, a exemplo do que passou a ser feito no *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977.

O FSGO ainda ofereceu diretrizes para a definição do nível de culpabilidade das corporações nas infrações penais, o que leva em conta a gravidade da infração e a existência de fatores agravantes e atenuantes, nos termos do §8C2.5 (Martins T. Biegelman e Daniel R. Biegelman, 2008: 9). São fatores agravantes o envolvimento dos altos escalões da corporação ou sua tolerância com a atividade ilícita; o histórico de desvios da corporação; a violação de ordem judicial; e as tentativas voluntárias de obstruir ou impedir a apuração ou a punição do ilícito. São fatores atenuantes a existência, durante todo o tempo do ilícito, de um programa efetivo nos moldes delineados pelo FSGO; e a comunicação voluntária do ilícito, pela corporação, às autoridades competentes, colaborando com as investigações e aceitando a responsabilidade por suas ações (Nitish Sing e Thomas J. Bussen, 2015: 13).

O *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) de 2002 exigiu das corporações públicas com ações em bolsa a adoção de um programa de *compliance*, também impondo, em sua seção 406, que fosse divulgado se os oficiais financeiros seniores tinham adotado um Código de Ética. A seção 806 dispõe sobre medidas de proteção para os *whistleblowers* (noticiantes do bem) e a seção 1.107 cominou sanções criminais para aqueles que adotassem medidas de retaliação contra esses notificantes.

O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, que também reformou o *Securities Exchange Act* de 1934, estimulou as corporações a estabelecerem uma autorregulação, desenvolvendo canais formais para a comunicação

de ilícitos, e estatuiu que as recompensas para os *whistleblowers* elegíveis seriam fixadas entre 10% e 30% das penalidades financeiras pagas em processos conduzidos pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgão que já exigira, em momento anterior, por meio do *Investment Advisers Act [Rule 206(4) -7]*, que as corporações implementassem o programa de *compliance* e contassem com um *chief compliance officer*. Nitish Sing e Thomas J. Bussen (2015: 5) observam que a SEC recebeu 6.573 comunicações de *whistleblowers* entre 2011 e 2013, pagando 14,8 milhões de dólares em recompensas apenas em 2013.

O reconhecimento da importância dos programas de *compliance* tornou-se um lugar comum, multiplicando-se as leis sobre a temática, incluindo o fortalecimento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, cujas sanções passaram a ser diretamente influenciadas pela existência, ou não, de programas efetivos como esse. Entre as leis existentes, merece destaque o *Federal Acquisition Regulation* (FAR), que integra o Capítulo I do Título 48 do *Code of Federal Regulations* e dispõe sobre políticas e procedimentos uniformes para a aquisição de bens e serviços pelos órgãos federais. A FAR exigiu que os contratados pelo governo contassem com sistema de controle interno, código de conduta e linha direta de comunicação para assegurar a efetividade do programa de *compliance*.

Esses aspectos estruturais são particularmente relevantes ao lembrarmos que os grandes méritos do modelo norte-americano não estão propriamente na tipificação de ilícitos e na cominação de sanções, mas, sim, no alargamento dos canais de acesso aos órgãos de persecução e na real probabilidade de o infrator sofrer uma sanção, o que diminui sobremaneira o risco de rupturas com a juridicidade e aumenta o quantitativo de denúncias espontâneas, daí a relevância, perante as autoridades competentes, das medidas internas, sintetizadas no programa de *compliance*, que buscam formar uma cultura corporativa, infensa à ilicitude.

No direito brasileiro, o embrião dos programas de *compliance* foi oferecido pela Lei nº 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro). Após enunciar as pessoas físicas e jurídicas que desempenham atividades potencialmente sensíveis à sua utilização para fins de lavagem de dinheiro (art. 9º), enunciou uma série de obrigações a que estavam sujeitas, a exemplo da identificação dos seus clientes, do registro das operações realizadas, do atendimento das requisições formuladas pelos órgãos competentes e da imposição de comunicação de certas operações (arts. 10 e 11). A exigência de que fosse estruturado um programa de *compliance* veio a ser acentuada com a Lei nº 12.683/2012, que atribuiu ao Capítulo V o título “*das pessoas sujeitas ao mecanismo de controle*” e alterou a redação do inciso III do art. 10 pela Lei nº 12.683/2012, impondo às referidas pessoas a obrigação de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender às exigências legais e à disciplina estabelecida pelos órgãos de controle. O objetivo dessas exigências era o de evitar que pessoas físicas ou jurídicas com atividades sensíveis pudessem ser utilizadas para a prática da lavagem de dinheiro. Na medida em que a inexistência ou a precariedade desses mecanismos poderia simplesmente

inviabilizar a prevenção e a repressão a essa espécie de infração penal, aqueles que deixassem de cumprir suas obrigações, bem como os administradores das pessoas jurídicas, estariam sujeitos às sanções administrativas cominadas no art. 12.

Com o advento da Lei nº 12.846/2013, a relevância jurídica dos programas de *compliance* foi estendida à generalidade das pessoas jurídicas que se relacionam com a Administração Pública. Esse diploma normativo dispôs sobre a responsabilização das pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira. É a Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ).

A Lei nº 12.846/2013 introduziu, em seu art. 5º, uma tipologia de ilícitos passíveis de serem praticados pelas pessoas jurídicas. Os atos lesivos podem ser agrupados nas seguintes categorias: prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público (inc. I); arcar com o ônus financeiro dos ilícitos previstos na LRPJ (inc. II); dissimular seus reais interesses (inc. III); fraudar licitações e contratos administrativos (inc. IV); e dificultar ou intervir na fiscalização de suas atividades pelos órgãos competentes (inc. V). A prática desses atos lesivos pode redundar em (1) responsabilização administrativa, daí decorrendo a possibilidade de serem aplicadas sanções de igual natureza, e em (2) responsabilização judicial, com a aplicação de sanções de natureza cível *lato sensu*, sem prejuízo das sanções de natureza penal e daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992. Trata-se de técnica legislativa incomum no direito brasileiro, já que uma unidade de tipologia é utilizada simultaneamente em duas instâncias de responsabilização.

Outros dois aspectos de grande relevância dizem respeito à previsão do acordo de leniência, em que a pessoa jurídica que colaborar com as investigações e com o processo administrativo ficará isenta de algumas sanções e terá reduzida a multa que vier a sofrer, bem como à previsão de que a responsabilidade se dará de maneira objetiva, o que torna desinfluyente a perquirição do dolo e da culpa daqueles que atuam como sua *longa manus*.

A responsabilidade objetiva, ao afastar as discussões em torno da adesão da pessoa jurídica à conduta ilícita, aumenta o seu ônus na adoção de medidas para evitar práticas ilícitas no interior de seus quadros, daí a relevância do programa de *compliance*. O curioso é que esse é tão somente um dos oito fatores previstos no art. 7º da Lei nº 12.846/2013, a grande maioria direcionada à natureza da conduta, que influirá na gradação das sanções a serem aplicadas, previstas nos arts. 6º e 19, conforme estejamos, respectivamente, perante a responsabilidade administrativa ou judicial cível. O detalhamento desse programa foi relegado ao plano infralegal, o que ocorreu com a edição do Decreto nº 8.420/2015, que o denominou de programa de integridade, estabelecendo os seus contornos básicos, em caráter nacional, nos arts. 41 e 42.

Com o programa de integridade, a pessoa jurídica demonstra que adotou medidas, em sede de controle interno, para assegurar o cumprimento das normas vigentes, tanto as de natureza externa como as de cunho interno. Essas medidas passam pelo (a) treinamento de funcionários e prepostos, cujas ações implicarão

diretamente a pessoa jurídica a que estão vinculados; (b) estabelecimento de códigos de ética internos; (c) zelo da escrituração contábil e a constante avaliação da veracidade das informações existentes; (d) controle das oscilações do ativo e do passivo da pessoa jurídica, com especial ênfase para a aquisição e venda de bens duráveis, que podem encobrir transações ilícitas com agentes públicos; (e) o acompanhamento das atividades terceirizadas, em especial daquelas em que há representação dos interesses da pessoa jurídica junto ao Poder Público, como ocorre com contadores e advogados; (f) desenvolvimento de mecanismos que facilitem o acesso à pessoa jurídica e o fluxo de informações, como é o caso das ouvidorias, que devem estar vinculadas, preferencialmente, aos níveis mais elevados da hierarquia interna etc. Exigem, ainda, comprometimento desses níveis mais elevados de direção com o combate à corrupção, padrões objetivos de relacionamentos com terceiros, principalmente em relação à distribuição de brindes e à realização de contribuições, e efetivo acompanhamento das medidas adotadas. O programa de integridade tende a alcançar maiores níveis de efetividade conforme seja ampliada a autonomia do respectivo gestor, o *compliance officer*. A higidez dos programas de integridade torna-se particularmente relevante em relação às sociedades empresárias que desenvolvam atividades em outros países, já que, por força do seu art. 28, a LRPJ alcança, igualmente, *“os atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior”*. Para que os programas tenham o mínimo de efetividade, é preciso a identificação das variáveis de risco, que passam pelo território de atuação da pessoa jurídica e a base de valores sedimentada no ambiente social; o nível de relacionamento com o setor público; as atividades desempenhadas; a existência, ou não, de intermediários; a liberdade valorativa e decisória dos agentes públicos etc. Essas informações são colhidas a partir da análise de documentos, entrevistas, pesquisa de campo etc. O modelo brasileiro, em que os esforços com a prevenção podem influir na dosimetria das sanções a serem aplicadas, já é adotado em outros países, como a Espanha (CP, art. 31-*bis*).

A Lei nº 13.303/2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, estatuiu, em seu art. 17, § 4º, que os administradores eleitos deveriam participar, anualmente, de treinamentos sobre controle interno, código de conduta e a LRPJ, acrescentando, em seu art. 9º, a necessidade de serem adotadas regras de estruturas e práticas de gestão de risco e controle interno que cumpram os requisitos ali previstos.

Ainda merece realce a tímida utilização, no direito brasileiro, do *whistleblower*. Foi previsto na Lei nº 13.608/2018, cujo art. 4º dispôs que *“a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”*. A mesma sistemática foi introduzida no art. 4º, VI e VII, da Lei nº 10.201/2001, sendo prevista, além da garantia de sigilo, a premiação em dinheiro para a resolução de crimes. Este último diploma legal foi revogado pela MP nº 841/2018, que dispôs sobre o Fundo Nacional

de Segurança e encampou o mecanismo no art. 5º, IX e X, mas teve a sua vigência encerrada no prazo constitucional. Além da timidez normativa, tem-se uma nítida inversão de valores no ambiente social, que vê de modo negativo aquele que fornece informações, às autoridades competentes, sobre os autores de ilícitos.

3. A cultura corporativa enquanto resultado da transição do plano deontológico para o axiológico

A cultura pode ser vista como um processo essencialmente dinâmico, apresentando variações conforme os circunstancialismos de ordem pessoal, espacial e temporal. Individualiza uma comunidade e a distingue de outras comunidades. A cultura assume, a um só tempo, os mesmos traços que os antropólogos costumam lhe atribuir, vale dizer, é algo que todos têm, contrastando com a “cultura” encontrada em certos ciclos intelectualizados (Richard A. Hudson, 1996: 70); e os mesmos contornos que formam o plano de desenvolvimento de qualquer investigação de natureza sociológica, apontando para a identidade de uma comunidade.

Além de processo, cultura também é significado. Exige a percepção do contexto e a realização de juízos valorativos, permitindo sejam individualizadas as características de uma comunidade. A apreensão da identidade cultural é influenciada não só por uma base empírica, como pelos referenciais de racionalidade, expressando convergência e um *locus* comum no ambiente sociopolítico, e emotividade, que externa a sensibilidade do intérprete no delineamento de uma identidade que, em última *ratio*, é igualmente sua.

Cultura, em seus contornos mais amplos, é tudo aquilo que, para além das funções biológicas e do oferecido pela natureza, “dá à vida e à atividade humanas, forma, sentido e conteúdo” (E. Benveniste, 1966: 30). É, acima de tudo, fruto do processo social, marcado pela contínua interação e renovação dos indivíduos, que, além de conviver no mesmo ambiente, são alcançados pelo ciclo vital da espécie humana, que principia com o nascimento e cessa com a morte. Esse processo faz que gerações contemporâneas, em razão de sua contínua convivência, passem a partilhar de algumas ideias e símbolos, bem como que cada nova geração comece sua formação integrada a esse processo, o que possibilita o contato com o adquirido social e a sua consequente evolução.

Em uma concepção elitista, cultura seria o nome dado ao melhor que já foi feito e pensado nas mais diversas searas da atividade humana (*v.g.*: literatura, arte, música, ciências etc.). Para concepções populares, indicaria os aspectos da vida diária, que delineiam o modo de ser e agir de uma coletividade (*v.g.*: culinária, estilo de vida, indumentária etc.) – cf. Brenda Almond, 2003: 37. Cada sociedade tem suas próprias ideias coletivas, que se tornam comuns, ao menos parcialmente, entre os membros da população, e formam a sua cultura. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, 2008: 201. Em face da individualidade de cada ser humano, é natural que nem todos tenham apreendido ou partilhem dos elementos que delineiam a cultura de uma sociedade. Enquanto alguns desses elementos são mais generalizados, outros só se manifestam em setores

específicos do ambiente sociopolítico. Sociedade multicultural, por sua vez, é aquela em que se verifica uma diversidade de manifestações culturais, não raro inconciliáveis entre si, no âmbito dos diferentes grupos que a compõem.

Do mesmo modo que temos uma cultura social, é possível falarmos em uma cultura corporativa. Em uma análise mais superficial, a cultura corporativa, enquanto microcosmos que é contextualizado e se desenvolve em um universo sociopolítico delimitado, qual seja, em um País e em uma sociedade em particular, poderia ser vista como um recorte da cultura social, que seria delimitada pelas lentes da atividade econômica desenvolvida. Diz-se que essa análise é superficial por duas razões básicas.

A primeira razão aponta para a constatação de que o multiculturalismo, em uma era de globalização econômica, torna mais intensa a fusão de horizontes culturais e, em alguns casos, a própria preeminência da cultura da matriz sobre a cultura do País hospedeiro, o que afasta a imagem dos círculos concêntricos e atrai a dos círculos secantes, em que a cultura corporativa se identifica apenas parcialmente com a cultura social.

A segunda razão está associada à imposição externa, realizada pela ordem jurídica de cada País no qual a corporação tenha operações ou pelo direito internacional convencional, que atrai a observância dos comandos normativos, não raro dissociados da cultura social, os quais influenciarão na cultura corporativa, já que sua inobservância pode redundar na imposição de sanções e, no extremo, na própria dissolução da corporação. Embora possa soar estranho, já que o direito é um fenômeno social, não é incomum que a elaboração das normas de conduta seja direcionada por uma pureza ético-moral, de todo dissociada da cultura social. Nesse caso, é possível que a validade jurídica se dissocie da validade social, com a eventual ocorrência do fenômeno da denominada derrogação costumeira ou desuso ("*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*" – Robert Alexy, 2002: 147), em que a norma permanece formalmente hígida, mas é socialmente inválida, de modo que a perda de sua juridicidade é medida extrema, que principia pela sua não invocação no âmbito dos tribunais, até que seja obtido o expresse reconhecimento de sua não imperatividade. Cf. Aleksander Peczenik, 1989: 29.

Embora o deontológico ocupe um plano existencial distinto do axiológico, é factível a influência que exerce sobre este último. Ainda que as normas externas e internas a serem observadas na corporação possam encontrar a resistência dos colaboradores, mais afeiçoados a uma cultura social de todo infensa a padrões ótimos de ética e moralidade, a efetividade dos mecanismos de controle interno, com ênfase para o código de ética, a ouvidoria, a fiscalização e a responsabilização, tende a delinear, a partir da *longa repetitio*, uma base de valores estranha ao ambiente externo.

O zelo dos altos escalões da corporação na efetividade do programa de *compliance* tende a fazer que a coerção própria do plano deontológico transite para a voluntária adesão inerente ao plano axiológico. Para que essa transição seja possível, é necessária a formação de uma base de valores que dará sustentação a uma cultura corporativa plenamente harmônica com as imposições externas.

O valor, que tem natureza transitória e contingente (Andrea Longo, 2002: 87), pode assumir contorno puramente subjetivo, surgindo a partir da crença, individual ou comunitária, da preferibilidade de algo (Joseph Raz, 2002: 11); ou objetivo, sendo extraído de certa base de análise, como o direito posto, a sociedade ou o ambiente corporativo. Em outras palavras, reflete tanto uma atitude por parte do sujeito, o ato de avaliar ou valorar, como uma característica atribuída ao objeto (Aleksander Pekzenick, 1989: 75). Uma teoria dos valores evidencia a distinção entre posturas puramente descritivas e críticas: enquanto as primeiras indicam um comportamento neutral por parte do intérprete, as segundas refletem a sua opinião a respeito do objeto interpretado (Ralph Barton Perry, 2007: 3). Quem descreve se limita a observar, constatar, medir. Quem critica avança da observação, constatação ou medição, para amar, odiar, aprovar ou desaprovar aquilo que foi observado, constatado ou medido. As opiniões obtidas a partir da crítica possibilitarão o delineamento de uma diversidade de valores, que refletirão a percepção do intérprete a respeito de cada um dos objetos interpretados.

A teoria dos valores, embora possa se voltar tanto ao estudo do ato de valorar, como ao objeto passível de valoração, é sempre estruturada a partir de considerações de natureza ontológica, genealógica e epistemológica, vale dizer, busca identificar o que são os valores, qual a sua origem e qual o conhecimento que se tem sobre eles. (Cf. Sanne Taekema, 2002: 2) A opção por uma ou outra vertente, vale dizer, pelo objeto ou pela ação, tende a ser influenciada pela adesão, respectivamente, às teorias cognitivistas ou não cognitivistas. (Cf. Aleksander Peczenick, 1989: 47 e Folk Tersman, 2006: 2)

Consideram-se cognitivistas ou descritivistas as teorias que identificam os valores a partir de uma base de análise de natureza estática, permitindo concluir pela verdade ou falsidade das conclusões alcançadas, já que os valores, nesse caso, são tão somente conhecidos. Essas teorias podem ser subdivididas em naturalistas e não naturalistas: no primeiro caso, a base de análise está consubstanciada em um referencial metafísico (v.g.: razão, natureza etc.); no segundo, por sua vez, busca sustentação em propriedades não naturais que apresentam uma relação de inerência com pessoas, objetos, ações e fatos. Em ambos os casos, quer sejam obtidos a partir de um referencial externo ao objeto considerado, quer sejam tidos como inerentes a ele, os valores, repita-se, serão apenas conhecidos. Essas teorias apresentam a evidente dificuldade em demonstrar a subsistência de referenciais axiológicos à margem das vicissitudes do contexto e da capacidade de apreensão do intérprete.

As teorias não cognitivistas, por sua vez, encontram sustentação no entendimento de que, qualquer que seja a base de sustentação dos valores, ela assume contornos meramente exibicionistas. Não oferece valores prontos e acabados. E muito menos permite ao intérprete desenvolver uma atividade puramente descritiva. Fala-se em exibicionismo para indicar o oferecimento das variáveis sobre as quais o intérprete desenvolverá a sua atividade intelectual, o que lhe permitirá delinear os valores pertinentes ao caso. Não é incomum que construções não cognitivistas sustentem que juízos valorativos são frutos de sentimentos ou emoções, o que certamente

compromete a racionalidade da construção. Em qualquer caso, o intérprete, a partir de uma base ao alcance de todos, delinea, com os influxos de sua personalidade, os valores, que não poderão ser considerados verdadeiros ou falsos (Aleksander Peczenik, 1989: 49 – de acordo com o autor, os valores “*can no more be true than numbers healthy*”).

Os valores que se desprendem do programa de *compliance* e concorrem para a formação da cultura corporativa são essencialmente cognitivistas e não naturalistas, tendo um objeto de análise bem delimitado.

Epílogo

A estruturação de programas de *compliance* é uma exigência indissociável das corporações contemporâneas. Apesar de não termos a ingenuidade de afirmar que a adstrição a padrões éticos e morais decorre de uma espécie de imperativo categórico corporativo, indicando que somente se faz ao próximo aquilo que se deseja seja feito para si, a verdade é que imposições normativas e o risco de sofrer sanções exigem o aprimoramento dos mecanismos de controle interno. Se estamos perante a imposição de condutas, o que é típico do plano deontológico, não é utópico projetarmos a possibilidade de formarmos uma cultura corporativa direcionada pela base de valores que se forma a partir do referido plano.

Caso a corporação logre êxito na formação de uma cultura corporativa harmônica com padrões ótimos de ética e moral, é perfeitamente possível que seus colaboradores, longe de serem impelidos a atuar desta ou daquela maneira, passem a aderir voluntariamente a esses valores. Essa adesão tende a aumentar o nível de satisfação interna e a maximizar os resultados a serem obtidos.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Karl Alber GmbH, 2002.
- ALMOND, Brenda. Morality and multiculturalism. In: NISSEN, Ulrik; ANDERSEN, Svend; REUTER, Lars. *The sources of public morality: on the ethics and religion debate: proceedings of the annual conference of the Societas Ethica in Berlin, August 2001*. Münster: LIT, 2003, p. 36.
- BAUMAN, Zygmunt. *A Cultura no Mundo Líquido Moderno (Culture in a Liquid Modern World)*. Trad. de MEDEIROS, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BENVENISTE, E. *Problèmes de linguistique générale*. Paris: Gallimard, 1966.
- BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Building a World-Class Compliance Program: Best Practices and Strategies for Success*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008.
- GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- HUDSON, Richard A. *Sociolinguistics*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- LONGO, Andrea. Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base. In *Diritto e Stato*, nº 1, 2002, p. 76.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2ª ed. The Netherlands: Springer, 1989.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Conhecimento, sociedade e direito: introdução ao conceito de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERRY, Ralph Barton. *General theory of value*. USA: Read Books, 2007.
- RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. New York: Oxford, 2002.
- SINGH, Nitish; BUSSEN, Thomas J. *Compliance Management. A How to guide for Executives, Lawyers, and Other Compliance Professionals*. California: Praeger, 2015.
- TAEKEMA, Sanne. *The concept of ideals in legal theory*. The Hague: Springer, 2002.
- TERSMAN, Folke. *Moral disagreement*. New York: Cambridge University Press, 2006.

Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos¹

Intervention of group members on the stantard-solution procedures

Fredie Didier Jr.*

Hermes Zaneti Jr.**

Gustavo Silva Alves***

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamento e previsão legal. 3. Natureza jurídica. 3.1. Generalidades. 3.2. Membro de grupo *v. amicus curiae*. 3.3. Membro de grupo *v. assistente*. 3.4. A intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiro. 4. A atuação dos membros de grupo: legitimidade *ad actum*, contribuição argumentativa e grau de interesse. 5. Variedade e complexidade das participações durante o procedimento de julgamento de casos repetitivos. 6. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

¹ Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, e do grupo de pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo, ambos cadastrados no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq, respectivamente nos endereços: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053 e dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429. O Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (FPCC) é financiado pela FAPES - Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado do Espírito Santo, sendo esta obra um veículo de divulgação das informações e pesquisas feitas pelo Grupo em relação ao Caso Samarco (Desastre do Rio Doce). Ambos os grupos são membros fundadores da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado.

** Pós-Doutor em Processos Coletivos pela Università degli Studi di Torino/IT. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Roma Tre/I. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo (MPES). Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (Abrampa) e do MPCon (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor). Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

*** Mestre em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Participante do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (UFES). Professor em cursos de Pós-Graduação. Assessor Jurídico no Ministério Público do Espírito Santo.

Resumo

Busca-se analisar a participação dos membros de grupo nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos (IRDR/REER), com o objetivo de demonstrar que se trata de uma intervenção singular, que não se assemelha a outras formas de intervenção de terceiros e se funda no interesse jurídico destes indivíduos na certificação da questão de direito, a partir da fixação de uma tese jurídica que afetará suas respectivas esferas jurídicas ou da formação de um precedente judicial que poderá afetá-los no futuro.

Abstract

This paper intends to analyze the intervention of group members in the trial of standard-solution procedures, with the goal of demonstrating this is a unique intervention, that doesn't resemble with others forms of intervention and it is based on the legal interest that these individuals have in the interpretation of the question of law, with the establishment of an standard-solution that will affect their respective legal positions or a judicial precedent that could affect them in the future.

Palavras-chave: Processo coletivo. Julgamento de casos repetitivos. Intervenção. Membros de grupo. Interesse jurídico

Keywords: *Collective Redress. Standard-solution procedures. Intervention. Group members. Legal interest.*

1. Introdução

O processo coletivo é identificado a partir da existência de uma relação jurídica litigiosa coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo de pessoas, isto é, está-se diante de um processo coletivo se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever/estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo².

Uma das espécies identificadas em razão do conceito apresentado acima, o julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) é classificado como processo coletivo, pois, a partir da instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de um dos procedimentos de recursos extraordinário e especial repetitivos (REER), formam-se diversos grupos cujos membros possuem interesse na interpretação que será dada à questão de direito objeto desses incidentes.

² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, mar./2014, p. 273-280; DIDIER JR., Fredie. *Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo* (org.: Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor). México DF: Porrúa, 2008; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, v. 165, nov./2008, p. 29-43.

A partir da formação desses grupos, surge a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão de direito, por meio da fixação de uma tese jurídica que será aplicada a todos os processos suspensos que discutem essa questão de direito (arts. 985, I e 1.040, CPC) e por meio da possível formação de precedente judicial a ser aplicado às causas futuras (arts. 927, III e 985, II, CPC).

Partindo dessa premissa, este artigo pretende analisar um dos muitos temas que vêm sendo discutidos em âmbito doutrinário, a partir da inserção do modelo de julgamento de casos repetitivos no direito brasileiro: *a participação dos membros de grupo nos procedimentos do IRDR/REER*.

Em que pese possuir dispositivos expressos quanto a essa matéria (arts. 983 e 1.038, I, CPC), o Código de Processo Civil não disciplinou essa participação de forma exaustiva, deixando em aberto questões como: qual é o fundamento dessa participação? Qual é a sua natureza? Assemelha-se a alguma forma de intervenção de terceiros já existente? Todos os indivíduos que possuem interesse na controvérsia poderão intervir no procedimento de julgamento de casos repetitivos? Se sim, com a mesma intensidade? Quais são os atos que estes indivíduos poderão praticar?

É sobre essas questões que recairá a abordagem deste estudo, com o objetivo de defender que a participação dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos não se assemelha a outras clássicas formas de intervenção de terceiros, sendo uma intervenção singular, que se fundamenta no interesse jurídico que estes indivíduos possuem na certificação da questão de direito, a partir da fixação de uma tese jurídica que irá afetar suas respectivas esferas jurídicas ou de um precedente judicial que poderá afetá-los no futuro.

2. Fundamento e previsão legal

Para mais bem compreender a intervenção dos membros de grupo, é preciso ter em mente que um dos fins primordiais do julgamento de casos repetitivos é uniformizar a interpretação de uma ou mais questões de direito que vêm gerando decisões conflitantes, o que é feito: (i) por meio da fixação de uma tese jurídica, considerada como a externalização do entendimento que foi firmado acerca da interpretação conferida à questão de direito e (ii) por meio da formação de um potencial precedente judicial, a partir da unidade fático-jurídica das causas-piloto e da interpretação dada à questão de direito pelo tribunal.

Uma vez fixada, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que foram suspensos a partir da instauração de um IRDR/REER, vinculando todos os sujeitos que figuram nos polos ativos e passivos das demandas suspensas. O grupo formado pelas partes dos processos sobrestados sempre será afetado diretamente pelo julgamento do IRDR ou de um dos REER, pois “a aplicação da tese definida no incidente dar-se-á pela simples incorporação da conclusão do tribunal julgador como premissa no processo

originário”³. Sendo assim, seja qual for a interpretação dada à questão jurídica, os órgãos jurisdicionais deverão aplicar a tese jurídica como premissa de julgamento nas ações ajuizadas e sobrestadas (arts. 985, I e 1.040, CPC).

A tese jurídica poderá tanto beneficiar quanto prejudicar as partes dos processos sobrestados, sem que lhes seja garantido o direito amplo ao contraditório, ao menos não em seu modelo tradicional. O contraditório, nesse momento, se limitará à discussão sobre se o caso sobrestado tem ou não alguma distinção; a correção ou incorreção da tese é debatida no procedimento de julgamento de casos repetitivos.

Por outro lado, uma vez formado precedente judicial a partir do julgamento de casos repetitivos, a *ratio decidendi* desse precedente será aplicada a todos os processos futuros que discutam a mesma questão de direito que foi objeto de IRDR ou de um dos REER (arts. 927, III e 985, II, CPC), vinculando os órgãos jurisdicionais que devem respeito ao precedente e também os indivíduos que poderão ter suas esferas jurídicas afetadas pelas repercussões causadas pelo precedente judicial formado.

Exatamente por esse motivo, é crucial reduzir o déficit de contraditório durante o procedimento de fixação da tese jurídica e de formação do precedente judicial, garantindo participação democrática no trâmite do IRDR/REER, por meio da criação de instrumentos e canais de comunicação, que possibilitem a participação das partes dos processos sobrestados que estarão sujeitas à eficácia vinculativa *pro et contra* da tese jurídica. Da mesma forma que possibilitar a presença de indivíduos, que poderão ser afetados pela eficácia vinculante do precedente judicial durante um procedimento que estabilizará/modificará, prospectivamente, a interpretação de uma determinada questão de direito, significa também garantir participação em contraditório e legitimar ainda mais o modelo brasileiro de precedentes normativos formalmente vinculantes⁴.

Dessa forma, em que pese possuírem efeitos e justificativas distintas, as intervenções das partes dos processos sobrestados e dos indivíduos potencialmente atingidos pela formação do precedente se fundamentam na necessidade de observância do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF/1988) no decorrer do trâmite dos procedimentos de julgamento de casos repetitivos.

Atento a essa questão, estabeleceu-se, nos arts. 983 e 1.038, I do CPC, uma espécie nova de intervenção de terceiros: os indivíduos possuidores de *interesse na controvérsia* que está sendo discutida no IRDR/REER poderão neles intervir.

³ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1465.

⁴ Como pontua Antonio do Passo Cabral: “Ao pensarmos nestes incidentes, que tendem a multiplicar a vários processos uma conclusão sobre uma questão comum a todos eles, devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório. Com isso, pensamos em neutralizar ou diminuir as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão subjetiva aos não participantes” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos repetitivos (Grandes Temas do NCP)*. v. 10. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 57). Sobre o tema, vale cf.: ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 183-235.

Inserem-se, nessa hipótese de intervenção, membros de dois grupos formados por sujeitos que possuem interesse na controvérsia: (i) *as partes dos processos sobrestados*; (ii) e *aqueles indivíduos interessados na formação do precedente*.

Há, contudo, uma diferença a ser apontada entre a intervenção das partes nos processos tramitando, afetados pelo IRDR ou REER como técnica de julgamento de casos repetitivos, e daquelas que poderão ser afetadas futuramente pelo precedente. Um grupo é formado pelos interessados que têm processos tramitando e outro por aqueles sobre os quais os eventuais impactos do precedente formado poderão surtir efeito. As duas hipóteses implicam diferentes graus de interesse jurídico a justificar a intervenção de forma mais ou menos intensa dos membros do grupo respectivo.

Assim como, em razão da multipolaridade dos procedimentos de julgamento de casos repetitivos, ainda é possível se identificar a *existência de subgrupos* dentro de cada um dos grupos. Nunca haverá uma unidade completa acerca da interpretação que deverá ser conferida para a questão de direito, o que faz com que surjam diferentes subgrupos. Por exemplo, dentro do grupo das partes dos processos sobrestados, poderão existir um subgrupo que defende a interpretação x, um subgrupo que defende a interpretação y e ainda um outro que compreende que a interpretação z é mais adequada. A identificação desses subgrupos é crucial para uma adequada resolução da questão, tendo em vista que, quanto maior for a participação dos respectivos representantes dos subgrupos, maiores serão as chances de que todos os fundamentos que cercam a questão sejam analisados e, conseqüentemente, menor será o espaço para rediscussão da interpretação conferida por falta de um debate abrangente e exaustivo dos fundamentos que cercam a questão.

Assim, além das típicas formas de intervenção do Ministério Público (arts. 976, § 2º, CPC e 1.038, III, CPC), dos possíveis terceiros intervenientes nas causas-piloto, de *experts* durante a audiência pública (art. 983, § 1º, CPC) e do *amicus curiae* (art. 138, CPC), previu-se uma hipótese expressa de intervenção dos membros dos grupos formados a partir da instauração de um procedimento de julgamento de casos repetitivos, que, como se verá a seguir, não se identifica às outras formas de intervenção de terceiros do direito brasileiro.

3. Natureza jurídica

3.1. Generalidades

Não obstante estabelecer, de forma genérica, a possibilidade de intervenção dos membros de grupo no modelo brasileiro de julgamento de casos repetitivos, o legislador não tratou de forma satisfatória qual a natureza dessa intervenção.

Como já foi destacado acima, permite-se às partes dos processos sobrestados e às pessoas interessadas participarem dos procedimentos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 983 e 1.038, I, CPC).

Essa forma de participação é um dos mecanismos que buscam diminuir o déficit de contraditório no julgamento de casos repetitivos ante a vinculação *pro et contra* da tese jurídica e da vinculação horizontal e vertical do precedente judicial formado. Decorre, assim, da noção contemporânea de contraditório, que aponta para o direito que o indivíduo possui de influenciar na formação da convicção do magistrado em relação a uma decisão que poderá lhe afetar negativamente. No caso, decorre da garantia que os sujeitos devem ter de apresentar seus argumentos e razões acerca da questão de direito, que será certificada pelo órgão jurisdicional do tribunal, por meio de pronunciamento judicial que poderá negativamente atingir sua esfera jurídica, seja por meio da aplicação da tese jurídica ou do precedente⁵.

Não obstante ser indiscutível a importância da participação dos membros de grupo, a natureza dessa intervenção é uma questão que tem levado a diferentes proposições e conclusões. O texto legal não ajuda muito. Os arts. 983 e 1.038, I do CPC, dispositivos que tratam da questão, apontam apenas que a intervenção seria garantida a todos os sujeitos com “*interesse na controvérsia*”.

3.2. Membro de grupo v. *amicus curiae*

Em um primeiro momento, deve ser afastada qualquer tentativa de aproximação da intervenção dos membros de grupo com a figura do *amicus curiae*, que também está autorizado a participar nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos (art. 138, CPC).

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém no processo de forma pretensamente altruísta, com os fins de garantir uma adequada tutela dos direitos e representar os interesses de um determinado grupo ou segmento social que não possui o poder de intervir no processo, mas tem interesse na correta resolução da demanda⁶.

O interesse que fundamenta a intervenção dos *amici curiae* não é o clássico *interesse jurídico* – consubstanciado na relação que se estabelece com a relação jurídica discutida em juízo, mas é o que a doutrina convencionou chamar de *interesse institucional*⁷, isto é, um interesse que transcende o plano individual para atingir uma

⁵ Ainda durante a vigência do CPC/1973, na perspectiva dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 543-B e 543-C, CPC/1973), Ticiano Alves e Silva também já destacava a importância da participação das partes como imperativo do contraditório, cf., SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182, abr./2010, versão digital, p. 6.

⁶ De forma geral, a doutrina tem classificado o *amicus curiae* como uma parte *sui generis* ou especial, tendo em vista não ser necessário à existência de interesse jurídico decorrente da relação de direito material para possibilitar sua intervenção. Inclusive, essa parece ter sido a posição adotada pelo legislador ao incluir a previsão do *amicus curiae* (art. 138, CPC) no Título referente às modalidades de intervenção de terceiros. Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter des offentligchen* interesses. *Revista de Processo*, v. 117, set./out. 2004, p. 16-17; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 499-501; DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 522.

⁷ Cassio Scarpinella Bueno destaca que: “O interesse institucional é conceituado como um interesse jurídico, especialmente qualificado, porque transcende o interesse individual das partes. É jurídico no

perspectiva social e coletiva. Busca-se, primordialmente, por meio da intervenção do “amigo da corte”, a defesa de um interesse que não é apenas seu – em que pese inegavelmente este possa existir –, mas de um interesse de parte da sociedade em ver seu direito de participação/influência representado por meio de um ente, que ingressa na demanda visando à formação de uma decisão judicial adequada, a partir da relevância social do caso concreto.

Como visto acima, não é isto que os membros de grupo buscam quando pretendem intervir durante o trâmite do IRDR/REER. Estes indivíduos visam participar do procedimento para influenciar na fixação da tese jurídica que repercutirá em suas respectivas esferas jurídicas e na formação do precedente judicial que poderá os atingir no futuro, apresentando argumentos ou razões que reflitam suas respectivas compreensões acerca da questão de direito que será certificada. Em que pese existir, o interesse que possuem na controvérsia não se assemelha ao interesse institucional que legitima a participação do *amicus curiae*.

Não há como, portanto, afirmar que os membros de grupo interveem como *amicus curiae* nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos.

3.3. Membro de grupo v. assistente

Sendo assim, levando em consideração a necessidade do preenchimento do requisito do *interesse na controvérsia*, parte da doutrina defende que as partes dos

sentido de estar previsto no sistema, a ele pertencer, e merecedor, por isso mesmo, de especial proteção ou salvaguarda (...). O interesse institucional também é interesse público. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcende o próprio ‘interesse’ eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O interesse institucional é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelo interesse que o próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 502-504). Vale destacar ainda que, antes dessa construção teórica, Robson Renault Godinho já havia trabalhado e defendido a existência de um interesse institucional como interesse jurídico, que justificaria a intervenção do Ministério Público como assistente simples em demandas ajuizadas contra membros da instituição, em que a causa de pedir ou o pedido envolvesse discussões acerca de suas atribuições funcionais. Sobre o tema, vale cf., GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 817-859.

processos suspensos atuam como assistentes simples⁸ ou litisconsorciais⁹ das partes das demandas escolhidas como representativas da controvérsia¹⁰.

Como se sabe, a assistência é uma modalidade de intervenção voluntária que decorre da existência de *interesse jurídico* do interveniente, isto é, para que o indivíduo possa intervir no feito, deverá possuir interesse jurídico na demanda¹¹. Conforme noção clássica do direito processual brasileiro, o interesse jurídico é aferido a partir da análise do direito material discutido em juízo. Somente poderá intervir no processo aquele indivíduo que possua relação jurídica conexa ou dependente à relação que constitui objeto do processo em que pretende intervir. Dessa forma, existem duas espécies de assistência no direito processual civil brasileiro: a *assistência simples* (arts. 121 a 123, CPC) e a *assistência litisconsorcial* (art. 124, CPC). E o que diferencia essas duas formas de intervenção é exatamente o interesse jurídico que o terceiro possui na situação jurídica discutida.

A *assistência simples* caracteriza-se pela existência de um interesse jurídico reflexo ou indireto do terceiro. Nessas situações, o interveniente possui apenas relação jurídica conexa à discutida em juízo. Não sofre a eficácia direta da sentença e da coisa julgada, mas pode sim experimentar os efeitos negativos decorrentes da eficácia reflexa que a sentença poderá causar em sua esfera jurídica. Exatamente por esse motivo, permite-se a esse terceiro ingressar na demanda, auxiliando a parte nas alegações, na produção de provas e também fiscalizando ambas das partes com o fito de evitar possível conluio¹².

⁸ Nesse sentido, Bruno Dantas defende que: “Deve-se realçar que a parte que se depara com a suspensão de seu processo por força da instauração do IRDR detém, *tout court*, interesse jurídico suficiente para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples daquela parte processual do processo piloto que sustenta tese jurídica idêntica à sua” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.438).

⁹ Eduardo Cambi e Matheus Fogaça apontam que as partes dos processos sobrestados atuarão como assistentes litisconsorciais: “As partes das causas repetitivas que intervirem no incidente o farão na condição de assistentes litisconsorciais, pois a questão em debate também lhes dirá respeito. Não serão tratadas, como *amicus curiae*” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, maio/2015, versão digital, p. 8-9). No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 253-254. Antes da entrada em vigor do CPC/2015, Antonio Adonias defendeu que tais indivíduos seriam litisconsortes facultativos, cf., BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 171-186.

¹⁰ Edilton Meireles defende ainda que essa modalidade de intervenção pode acontecer tanto por assistência simples como por litisconsorcial: “Vejam que aqui, esses ‘demais interessados’, inclusive outras pessoas, órgãos ou entidades, devem ser ‘interessados na controvérsia’. Logo, elas devem ser admitidas no feito ou como assistentes simples (art. 121 do CPC) ou como assistente litisconsorcial (art. 124) (...) O interesse aqui há que ser entendido como o da pessoa que pode intervir no feito como assistente simples ou litisconsorcial” (MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos (Grandes Temas do NCP)*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 120).

¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 140-141.

¹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 256-259. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart também destacam essa dupla função (auxílio/fiscalização) da assistência simples, cf., MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: tutela dos

Por outro lado, o *assistente litisconsorcial* possui interesse jurídico direto na demanda em decorrência de duas situações: por ser titular do direito discutido ou por se afirmar colegitimado extraordinário para defesa do direito objeto litigioso¹³. Nessa forma de intervenção, há interesse jurídico imediato, tendo em vista a posição do terceiro diante da demanda. Atuando como assistente litisconsorcial, o interveniente recebe o processo no estado em que se encontra e acaba por ser considerado como parte na demanda, litisconsorte unitário, possuindo os mesmos poderes que essa, motivo pelo qual o indivíduo acaba, quando participa nessa modalidade de intervenção, por se tornar verdadeira parte na demanda, sendo inclusive atingido pela coisa julgada formada¹⁴.

Pensamos que classificar a intervenção dos membros de grupo como uma modalidade de assistência simples ou litisconsorcial não parece ser a opção mais adequada. Isso porque, com exceção do julgamento das causas-piloto, o IRDR e os REER não decidem as várias relações jurídicas decorrentes dos processos sobrestados, muito menos têm o condão de resolver controvérsias que ainda nem foram levadas ao Poder Judiciário. Há apenas a fixação de uma tese jurídica e a possível formação de um precedente judicial em relação à questão repetitiva de direito, não existindo, nos moldes tradicionais, o interesse jurídico que possibilite a intervenção por assistência¹⁵.

Em um dado momento, antes da assistência simples estar disciplinada no próprio Código de Processo Civil e antes da previsão expressa possibilitando essa participação no próprio CPC (arts. 983 e 1.038, I), até era possível discutir, a partir de uma reconstrução do conceito de interesse jurídico, a intervenção por assistência simples a indivíduos que teriam interesse na fixação de uma tese ou na formação de um precedente que lhes dissesse respeito. Esses foram os casos:

direitos mediante procedimento comum. v. II. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, cit., p. 488.

¹⁴ Segue-se aqui o entendimento de Ovídio Baptista: “o assistente litisconsorcial confundir-se-ia com um litisconsorte, uma vez que sendo atingido pela coisa julgada em processo de que participara, sua condição seria equivalente à da parte e haveria de ter-se por decidida com a sentença também a relação jurídica de que ele participasse” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 2ª ed. revista. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 225 e ss.). No mesmo sentido em relação ao CPC/2015, vale cf., MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 103. Em sentido contrário, não considerando o assistente litisconsorcial como parte, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*, cit., p. 149.

¹⁵ Tratando do incidente de resolução de demandas repetitivas, Lucas Buril destaca que: “Os recursos ou processos de primeiro grau que são suspensos não têm situações jurídicas diretamente solucionadas pelo incidente de resolução de demandas repetitivas. O incidente de resolução de demandas repetitivas certamente é importantíssimo para a solução dos processos suspensos, mas ele, o incidente, não resolve as várias situações jurídicas constantes destes processos, apenas define a questão jurídica nele versadas, o que é analiticamente muito diferente. Não havendo qualquer relação jurídica, portanto, entre as partes dos processos em que se desenrola o incidente e as partes dos processos suspensos, não há que se falar em possibilidade de intervenção na qualidade de assistente” (MACÉDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 453). No mesmo sentido: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 180.

(i) da alteração legislativa realizada na CLT, em 2014, que previa a intervenção, por *assistência simples*, de terceiros interessados na controvérsia discutida no procedimento de recursos de revista repetitivos (art. 896-C, § 8º, CLT)¹⁶;

(ii) julgamento da questão de ordem no RE 550.769/RJ, em que o Supremo Tribunal Federal deferiu, por unanimidade, o pedido de intervenção do Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – Sindifumo/SP no recurso extraordinário que discutia a interdição de estabelecimento como forma de coagir alguém ao pagamento de tributo, sob o fundamento de que: “o interesse jurídico do Sindifumo/SP encontra amparo na manifesta necessidade de pluralização do debate, concorrendo com os elementos que julgar úteis à melhor compreensão do quadro em exame e forem processualmente admissíveis neste estágio do processo. Ademais, a decisão que vier a ser tomada pela Corte durante o julgamento do recurso poderá influir na ponderação e na calibração de uma linha histórica de precedentes que versam sobre sanções políticas, e é inequívoco que a norma submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal se aplica especificamente às empresas produtoras de cigarro, cujo mercado aparenta ser limitado a poucos produtores. Por outro lado, como se lê nas manifestações oferecidas pela União e pelo Instituto Etco, as empresas que compõe o sindicato-postulante se encontram em situação muito semelhante àquela em que se encontra a recorrente. O interesse da postulante, portanto, extrapola a mera conveniência e interesse econômico de participação em processo que irá definir orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados”¹⁷.

À época do julgamento, principalmente por ainda não existir regulação da assistência simples e da possibilidade dessa intervenção no CPC/1973, um dos autores do presente texto enxergou com bons olhos a intervenção do Sindifumo/SP como assistente simples, diante do interesse jurídico do sindicato, decorrente da possibilidade de fixação de uma decisão prospectivamente vinculante que poderia repercutir perante seus sindicalizados¹⁸.

Todavia, ainda que se possa concordar com os fundamentos utilizados à época, sobretudo porque se via a necessidade de garantir-se o reforço do contraditório nessas situações, a partir *a)* das disposições do CPC/2015 sobre assistência simples (art. 121 a 123, CPC), *b)* da disciplina normativa expressa e nova da intervenção do *amicus curiae* e *c)* do desenvolvimento dogmático e teórico do modelo de casos repetitivos e precedentes obrigatórios, muito incipiente em 2008, é inadequado tratar, agora, essa espécie de intervenção de terceiro como assistência simples.

¹⁶ Art. 986-C, § 8º da CLT. O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

¹⁷ STF, Tribunal Pleno, RE 550.769-QO/RJ, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. 28.02.2008, publicada no Informativo do STF 496.

¹⁸ DIDER JR., Freddie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, v. 158, abr./2008, p. 279-281.

Não há que se falar em participação por assistência dos indivíduos que tiveram os processos suspensos ou daqueles que ainda nem ajuizaram suas demandas, porque, com raríssimas exceções, eles não possuem relação jurídica conexa ou dependente àquelas discutidas nas causas-piloto. Não há mais necessidade de forçar o encaixe dessa intervenção num modelo que não foi pensado para ela.

Como foi visto acima, para que se efetive a assistência simples ou litisconsorcial, o interveniente deve possuir algum vínculo com a relação jurídica que está sendo discutida. Esse cenário nem sempre será constatado no modelo brasileiro de julgamento de casos repetitivos, pois as demandas que discutem a mesma questão de direito não serão necessariamente decorrentes do mesmo fato ou ajuizadas contra um único indivíduo. Muitas vezes, estar-se-á diante de demandas totalmente dessemelhantes quanto às partes, causa de pedir e pedido, como em IRDR ou REER instaurado para discutir questões de direito processual. Nesses casos e em muitos outros, a única semelhança entre as demandas será a existência da questão repetitiva de direito, não existindo nenhum vínculo decorrente do direito material que dê suporte às pretensões das partes.

Por exemplo, imagine-se um recurso especial repetitivo instaurado para tratar do termo inicial para contagem do prazo recursal, quando a intimação/citação é realizada por oficial de justiça ou por carta de ordem, rogatória ou precatória. As demandas que discutem essa mesma questão de direito processual serão totalmente díspares, e, com raríssimas exceções, não haverá nenhuma semelhança ou vínculo decorrente de direito material que possibilite aos sujeitos dos processos sobrestados intervirem nos recursos escolhidos como representativos da controvérsia.

Cenário parecido será visualizado em relação àqueles indivíduos que poderão ter, potencialmente, suas respectivas esferas jurídicas atingidas pela formação do precedente judicial. Em regra, excepcionando-se alguns casos extraordinários, suas situações jurídicas não os legitimarão a intervir como assistentes litisconsorciais ou simples das partes das causas-piloto. O único fato que os liga às causas escolhidas como representativas da controvérsia é o interesse que possuem na adequada resolução da questão repetitiva de direito.

Diante disso, não há como falar em assistência, seja simples, seja litisconsorcial, dos membros de grupo. Exigir que o indivíduo que pretende intervir tenha relação jurídica conexa ou dependente das relações que compõem os objetos das causas-piloto, é contraproducente e inadequado diante da realidade visualizada nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos. Isso não quer dizer que as partes dos processos suspensos ou os indivíduos que poderão ser atingidos pela formação do precedente judicial não possuam nenhum interesse jurídico no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas ou dos recursos extraordinário e especial repetitivos. O que se pretendeu demonstrar é que, como a assistência decorre da noção de interesse jurídico ligada à relação jurídica de direito material, não parece acertada para descrever essas modalidades de intervenção.

3.4. A intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiro

Uma vez diferenciada de outras formas de intervenção de terceiros que poderiam se identificar com a intervenção dos membros de grupo, é possível concluir que a expressão “*interesse na controvérsia*” (arts. 983 e 1.038, I, CPC) não pode ser assimilada como o interesse jurídico que sempre justificou a intervenção de indivíduos no processo civil brasileiro.

Há certo tempo, a doutrina vem apontando que essa concepção clássica de interesse jurídico é insuficiente e inadequada para descrever outras formas de intervenção, em que a participação não se justifica por vínculo decorrente do direito material.

Nesse sentido, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, Sérgio Cruz Arenhart já apontava para a necessidade de repensar o conceito de interesse jurídico diante das novas formas de vinculação que estavam sendo incorporadas ao direito brasileiro, como as súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/1988), expressamente citadas pelo autor: “De pronto, pode-se observar que tais decisões vinculantes tendem, evidentemente, a ampliar os efeitos de uma decisão judicial, fazendo repercutir suas consequências sobre a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo – tolhendo, ao menos por vezes, o direito de estes apresentarem suas razões em eventual demanda futura de que venham participar. Assim é porque tais decisões, ao impedirem a discussão de questões de direito em eventuais demandas propostas por estes terceiros, restringem-lhes o poder de influir na resolução do litígio e de apresentar adequadamente suas teses em juízo. Isso, por certo, deve impor a necessidade de repensar o conceito de ‘interesse jurídico’, que se exige para a intervenção e a participação de terceiros em processo – seja em primeiro grau, seja no plano recursal –, até mesmo para permitir que estes terceiros não sejam apanhados por decisões judiciais sem que tenham tido antes a oportunidade de apresentar seus argumentos à apreciação do Poder Judiciário”¹⁹⁻²⁰.

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 424-425. Igualmente, Antonio do Passo Cabral também se posiciona pela construção de um novo conceito de interesse jurídico que justifique a intervenção no processo civil: “Modernamente, contudo, a atuação de muitos entes, seja na condução de parte ou de terceiro interveniente, vem desmistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico (...) E deve haver nova concepção do interesse de agir para os terceiros intervenientes, não mais presa à relação jurídica material como no formato do interesse jurídico, vinculado ao privatista modelo do direito subjetivo oitocentista” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 23 e 25).

²⁰ Alguns ordenamentos jurídicos trabalham com modalidades de intervenção mais adequadas à contemporaneidade. Por exemplo, no direito norte-americano, a *Federal Rule 24 of Civil Procedure* prevê a *intervention*, mecanismo que possibilita a qualquer indivíduo intervir no procedimento, desde que se amolde a alguma das duas modalidades previstas nas alíneas (a) e (b) da *Rule 24*: a *intervention of law* e a *permissive intervention*. Diferentemente do direito brasileiro, para que o indivíduo intervenha, não há a necessidade de existência de relação jurídica conexa ou dependente da discutida em juízo. As hipóteses que possibilitam a *intervention* são mais amplas e cobrem uma gama maior de situações, *v.g.*, conforme a alínea (a)(2) da *Rule 24*, o indivíduo poderá intervir sempre que possua um interesse relacionado à

A partir disso, pode-se afirmar que a possibilidade de intervenção dos indivíduos no julgamento de casos repetitivos não decorre das relações jurídicas de direito material discutidas nas causas-piloto, mas da situação jurídica coletiva instalada a partir da instauração, ou seja, o direito à certificação da questão repetitiva de direito. No IRDR/REER, os membros de grupo possuem interesse jurídico na resolução dessa controvérsia, pois fazem parte de algum dos grupos de sujeitos que pretendem ver a questão de direito certificada, com a fixação de uma tese jurídica ou de um precedente judicial que lhes seja favorável.

Como a tese jurídica será aplicada a cada um dos processos em que a questão se repete, as partes dessas demandas poderão participar do IRDR/REER. Por outro lado, como alguns indivíduos poderão, potencialmente, ficar vinculados pelo precedente judicial formado, também deve ser garantida a sua participação nos procedimentos, mesmo que não possuam uma demanda individual em tramitação.

Isso ocorre em razão de, atualmente, as diversas formas de vinculação que decorrem do direito não se amoldarem às formas de intervenção clássicas previstas no processo civil.

No caso específico do modelo de julgamento de casos repetitivos, o interesse jurídico que possibilita a intervenção não decorre das relações jurídicas de direito material existentes nas causas-piloto, mas exatamente da situação jurídica coletiva já constatada e das vinculações que advém da tese jurídica e do eventual precedente judicial firmados acerca da questão de direito. Assim, há que ser garantido a esses membros dos grupos atingidos o direito de influenciar a formação do convencimento do órgão jurisdicional sobre a questão controversa de direito, objeto do IRDR/REER²¹.

propriedade ou transação que é objeto da ação e o resultado do feito possa vir a prejudicar ou restringir sua capacidade de proteger seu interesse, com exceção para aquelas situações em que esse interesse esteja sendo adequadamente representado por alguma das partes. Assim como, por exemplo, consoante a alínea (b)(1)(B) da *Rule 24*, também poderá ser permitida a *intervention* quando o indivíduo possuir uma pretensão ou exceção que compartilhe com a demanda principal alguma questão comum de fato ou de direito. Inclusive, vale destacar que esse mecanismo tem repercussão para além dos interesses individuais. Como destacam Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, a *intervention* tem sido um importante meio para possibilitar a participação de organizações e grupos que possuem interesse em certas demandas, cf., MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 4th ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 62-64.

²¹ Quando da vigência de mecanismos “vinculantes” como a súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988), o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A, CPC/1973) e as súmulas do STF/STJ impeditivas de recurso (art. 518, § 1, CPC/1973), Sérgio Cruz Arenhart já destacava que: “De fato, estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos vinculantes, tornando obrigatória a adoção de conclusões de algumas decisões judiciais e havendo clara repercussão dessa imposição sobre a esfera jurídica de terceiros – que seriam segundo os critérios tradicionais, indiferentes ou desinteressados e, portanto, proibidos de intervir no processo *inter alios* –, é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito (...) parece ser indispensável garantir, diante da nova disciplina legal, um mínimo de participação para os afetados, que legitime a imposição de tais decisões – proferidas em outros feitos entre outras partes – ao caso do terceiro” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes, cit., p. 432-433). Em que pese o autor analisar a possibilidade de que os terceiros interponham recurso contra a decisão vinculante que possa atingir sua esfera jurídica, sua conclusão é também aplicável no atual contexto do modelo de julgamento de casos repetitivos: “Cabe, enfim, ampliar os horizontes para esta participação de terceiros em processos, especialmente porque, na nova feição do processo civil, as decisões não estão mais vinculadas apenas ao caso concreto, mas aportam sensíveis consequências para outros interesses. Enquanto o direito processual civil brasileiro - e especialmente a

Portanto, a intervenção desses interessados ocorre por uma modalidade especial de intervenção, denominada *intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*, em que o interveniente auxiliará na formação da decisão das causas-piloto, munindo-a com novos argumentos que possam levar à formação de uma tese jurídica ou precedente judicial que lhe seja favorável.

4. A atuação dos membros de grupo: legitimidade *ad actum*, contribuição argumentativa e grau de interesse

A oportunidade de intervenção dos membros dos grupos atingidos é ampla, aplicando-se a todas as partes dos processos sobrestados e também a todos os sujeitos que potencialmente poderão ser afetados pela formação do precedente judicial.

Há neste caso, pelo menos, dois graus distintos de interesse: *a)* o interesse dos membros do grupo que possuem processos tramitando e que serão imediatamente afetados com a fixação da tese; *b)* o interesse dos membros do grupo dos afetados pela formação do precedente judicial.

Em relação aos atos que esses indivíduos poderão realizar durante os procedimentos de julgamento de casos repetitivos, os artigos 983, 984, II, “b” e 1.038, I do CPC estabelecem, de forma genérica, quatro poderes: *manifestação escrita; juntada de documentos; requisição de diligências para elucidação da questão de direito; realização de sustentação oral.*

Entretanto, em que pese os membros de grupo possuírem, abstratamente em lei, o direito de intervir e o poder de realizar certos atos durante o trâmite do IRDR/REER, para evitar uma confusão procedimental causada por uma intervenção multitudinária e preservar a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, a legitimidade para a intervenção não deve ser verificada uma única vez, permitindo que todos os membros de grupo intervenham e realizem todos atos previstos em lei.

É mais adequado que o relator do procedimento realize um controle da legitimidade para cada ato que o membro de grupo pretenda realizar, a partir da noção de *legitimidade ad actum*²². Assim, entre os poderes que são conferidos ao relator do IRDR/REER está aquele relativo ao controle da legitimidade para intervenção dos membros de grupo, que não deverá ser aferida de forma única, mas, sim, para cada ato que o membro pretenda praticar durante o trâmite do procedimento de julgamento de casos repetitivos.

práxis nacional - não conseguir domar a tutela coletiva, abandonando velhos preconceitos, e até que se consiga abandonar a incrustada mania pelas ações individuais (exigindo a adoção de figuras como as decisões vinculantes), é preciso, para não deslegitimar o processo, alargar o palco judicial de discussões, permitindo que todos os ‘interessados’ (juridicamente ou não, nos termos acima vistos) possam fazer-se ouvir” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes, cit., p. 437). No mesmo sentido, BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*, cit., p. 161-162.

²² CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda, cit., p. 6-10.

Como a situação legitimante da intervenção do membro de grupo consiste no interesse que este possui na discussão, apresentando suas razões acerca da controvérsia que envolve a questão de direito, já que ao final poderá ser afetado pela tese jurídica fixada ou pelo precedente judicial formado, o ideal é averiguar, em concreto, se, no momento em que pretenda intervir, o membro de grupo ultrapassa os filtros necessários para realização do ato processual.

Dessa forma, a legitimidade para a intervenção será verificada pelo relator, a partir de dois principais filtros: (i) *contribuição argumentativa*; (ii) *grau de interesse na controvérsia*.

Em um primeiro momento, apenas poderão ser legitimados para a realização de determinado ato processual aqueles membros de grupo que contribuirão de alguma forma com as partes das causas-piloto ou com a própria formação da tese ou precedente. Neste caso a intervenção se dá visando à formação de uma tese jurídica mais sólida ou de um precedente judicial mais adequado, que sejam benéficos aos intervenientes, ou seja, a intervenção só será possível mediante uma *contribuição argumentativa* para o debate em torno da controvérsia. Ele intervém para a defesa de um interesse pessoal, mas a admissão da intervenção depende de quanto o interveniente poderá contribuir argumentativamente para a tese jurídica a ser firmada.

Como a sua participação fica adstrita apenas à matéria relativa à questão de direito, o interveniente tem de demonstrar a importância de sua participação no ato que pretende realizar e apresentar argumentos que ainda não foram levantados. Se não fosse assim, e uma vez se limitando a apresentar manifestação em que aborda argumentos já trazidos ao debate, o indivíduo estaria sendo devidamente representado, não podendo se falar, nesse caso, em violação ao contraditório ou ao seu direito de participação²³. Queremos dizer: caso os argumentos trazidos já sejam discutidos no processo, não se coloca o interesse-utilidade na intervenção, visto que o requerente já estará adequadamente representado e não contribuirá para a melhoria da solidez e adequação da tese a ser firmada.

Perceba-se que aqui se torna novamente importante a constatação de que existem, dentro do grupo das partes dos processos sobrestados e do grupo dos interessados no precedente judicial, diversos subgrupos, identificados a partir das diferentes compreensões que cada um possui acerca de como a questão de direito deve ser interpretada. Há que ser garantido direito de participação a, ao menos, um representante de cada um dos subgrupos identificados, o que deverá ser realizado por meio do filtro da contribuição argumentativa, isto é: se o membro apresentar argumentos já trazidos ao debate, sua intervenção será desnecessária, pois já estará sendo devidamente representado por um outro membro pertencente ao seu mesmo subgrupo; pelo contrário, caso a manifestação represente uma compreensão da

²³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*, cit., p. 453-454; TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, cit., p. 182-183; Silva, Ticiano Alves e. *Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem*, cit., versão digital, p. 6.

questão que ainda não foi trazida ao debate, deverá ser garantida sua intervenção, pois este membro representará um subgrupo que ainda não possuía representatividade.

Isso é crucial para que seja realizada uma análise plural e completa dos fundamentos que envolvem a questão de direito. Durante o trâmite do IRDR/REER, o órgão julgador deverá levar em consideração todo o conteúdo argumentativo que cerca o objeto central da discussão (art. 984, § 2º, CPC)²⁴. Trata-se do critério da *representação argumentativa*²⁵, que confere ainda mais legitimidade à tese jurídica e ao precedente judicial formados ao final do procedimento. E, em relação à intervenção dos membros de grupo, a representação argumentativa é garantida por meio da participação de diferentes subgrupos, pois cada um possui uma compreensão distinta acerca de como a questão de direito deve ser resolvida.

Assim, caberá ao relator do IRDR/REER garantir a representatividade do maior número de propostas de solução da questão de direito que cerquem a controvérsia, pois isso significa garantir a participação dos subgrupos e, por consequência, uma análise mais abrangente dos argumentos²⁶. Por exemplo, note-se que não será lícito ao relator aceitar apenas a intervenção da parte de um processo sobrestado que defenda a solução *x* para a tese jurídica, não aceitando a intervenção de uma outra que defenda a solução *y*. Ambas as partes poderão participar, por representarem subgrupos diversos.

A potencialidade de contribuição ainda poderá ser considerada pela *expertise* do advogado que atua em nome do membro de grupo. Um exemplo pode ser o caso de muitas partes representadas por um mesmo advogado ou ainda de um advogado que tenha comprovada especialização e experiência na controvérsia que está sendo discutida – nesses casos, a legitimidade interventiva poderá existir.

Resumindo-se, deverão ser admitidos como intervenientes para a realização de ato processual específico no IRDR/REER somente aqueles sujeitos que demonstrem a utilidade de sua intervenção, utilidade essa que deve ser aferida a partir da noção de *contribuição argumentativa*, que se consubstancia pela: *a)* apresentação de novos argumentos, que efetivamente contribuirão para o debate acerca da questão de direito; *b)* representação de compreensão da questão de direito pertencente a um subgrupo que ainda não estava sendo representado; *c)* *expertise* do advogado do membro de grupo.

²⁴ Sobre a importância da análise de todos os argumentos que cercam a questão de direito, vale cf., CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos, cit., p. 48-54; ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*, cit., p. 201-206.

²⁵ O termo *representação argumentativa* é empregado por Luiz Guilherme Marinoni, que o considera como um critério extremamente importante para a preservação do exercício do contraditório no modelo de julgamento de casos repetitivos, cf., MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 2317.

²⁶ Em sentido similar, DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*, v. 258, ago./2016, p. 257-278.

Por exemplo, imaginemos um incidente de resolução de demandas repetitivas que discuta a obrigatoriedade de um determinado Município fornecer auxílio-alimentação aos seus servidores, em decorrência da interpretação dos artigos *x*, *y* e *z* do Estatuto dos Servidores. Caso um servidor público municipal, que claramente possui interesse nessa controvérsia, queira intervir no IRDR para apresentar manifestação escrita em que se repitam os argumentos já lançados nas causas-piloto, o relator do incidente no tribunal deverá indeferir o pedido de intervenção por falta de legitimidade para realização deste ato, em razão do filtro da contribuição argumentativa. Em contrapartida, caso outro servidor público municipal faça pedido de intervenção para apresentar manifestação escrita em que desenvolve uma nova interpretação a partir do artigo *w* do Estatuto dos Servidores, ele ultrapassará o filtro da contribuição argumentativa e, via de regra, poderá ser considerado como legitimado para realização deste ato processual.

O outro importante filtro é o *grau de interesse na controvérsia*. Como expressamente preveem os arts. 983 e 1.038, I do CPC, poderão participar do procedimento de julgamento de casos repetitivos apenas aqueles sujeitos que possuam interesse na controvérsia, o que faz com que surjam círculos concêntricos que orbitam em torno do núcleo de interesse. Inevitavelmente, os membros de grupo poderão ter maior ou menor grau de interesse, localizando-se mais próximos ou mais distantes deste núcleo de interesse a depender de sua posição diante da controvérsia.

Não obstante ser necessária a análise em concreto para aferição da legitimidade, é possível estabelecer uma diretriz geral para verificar o grau de interesse do membro de grupo. Isso porque, os membros do grupo formado pelas partes dos processos sobrestados possuem um grau de proximidade maior com o núcleo de interesse do que os membros do grupo formado por aqueles que poderão ser atingidos pela formação do precedente judicial.

Vejam que as partes dos processos sobrestados serão afetadas diretamente pelo julgamento, sujeitando-se *pro et contra* à tese jurídica que, a depender da natureza da questão de direito certificada, poderá, inclusive, levar ao julgamento de procedência ou improcedência da demanda em que o membro é parte²⁷. Isso faz com que estes indivíduos tenham maior interesse na controvérsia, e, conseqüentemente, também garante maior grau de participação durante o trâmite do IRDR/REER²⁸.

Já os sujeitos que estão interessados na formação do precedente judicial possuem um menor grau de proximidade com o núcleo de interesse, pois não serão imediatamente afetados pelo julgamento. Apenas prospectivamente, tais indivíduos poderão estar sujeitos à eficácia vinculante do precedente judicial. Como não possuem processos em trâmite nos quais são partes, interessa-lhes apenas que seja conferida,

²⁷ Um dos autores deste texto já trabalhou a influência que a questão de direito certificada pela tese jurídica poderá ter no julgamento do mérito das demandas sobrestadas, vale cf., ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*, cit., p. 250-256.

²⁸ Inclusive, um exemplo de que as partes dos processos sobrestados estão mais próximas do núcleo de interesse é a legitimidade que possuem para requisitar o pedido de suspensão nacional dos processos que discutem a questão de direito durante o trâmite de um IRDR (art. 982, CPC).

por meio da *ratio decidendi* do precedente, uma interpretação da questão de direito que lhes seja benéfica, vislumbrando-se uma eventual e futura judicialização de suas respectivas situações. Nestes casos o ônus argumentativo, para fim de demonstração da legitimidade interventiva, é maior, até por ser necessário mostrar em que medida o precedente irá afetar futuramente a sua esfera jurídica, além de qual a contribuição será dada para a fixação da tese.

Todo esse panorama exposto acerca da atuação dos membros de grupo durante o trâmite do IRDR/REER impõe ao relator destes procedimentos desempenhar um importante papel no controle e gerenciamento dessas intervenções.

Dentro de seus poderes de gestão, e a partir dos filtros analisados acima, caberá ao relator controlar a admissão dos membros de grupo que pretendam intervir para realizar determinado ato. Por exemplo, isso impõe ao relator verificar qual o grau de proximidade do membro com o núcleo de interesse, sempre que um membro requisite sua intervenção para realização de um determinado ato.

Assim como, o relator poderá estabelecer, de forma genérica, em sua decisão de organização do procedimento²⁹, quais os poderes entre aqueles previstos em lei poderão ou não ser exercidos pelos membros dos grupos apontados (*partes dos processos sobrestados e interessados na formação do precedente judicial*). Diferentemente do que acontece com a intervenção do *amicus curiae* (art. 138, § 2º, CPC), perceba que aqui o relator não tem o poder de criar novos poderes aos membros de grupo que pretendam intervir, cabendo, ao máximo, distribuir, de forma genérica, os respectivos poderes legais das partes dos processos sobrestados e dos interessados na formação do precedente judicial.

O controle desempenhado pelo relator permitirá, entretanto, que ele reduza os poderes abstratamente previstos em lei aos membros de grupo. Tendo em vista que, na sua decisão de organização, deverá conferir, genericamente, mais poderes às partes dos processos sobrestados, que estão mais próximas do núcleo de interesse, do que aos interessados na formação do precedente.

Inclusive, deve-se ter em mente que, em que pese o controle da intervenção também dever ser realizado em concreto para realização de todos os atos, quanto mais próximo do núcleo, maior será a gama de atos que poderão ser realizados pelo membro de grupo. E o contrário também é verdadeiro: quanto menor o interesse, menor também será o número de seus poderes processuais.

²⁹ Sobre a importância da decisão de organização no incidente de resolução de demandas repetitivas, mas que as conclusões também se aplicam aos recursos extraordinário e especial repetitivos, cf., DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal, cit., p. 257-278.

5. Variedade e complexidade das participações durante o procedimento de julgamento de casos repetitivos

Neste ensaio, foi apresentada e analisada a intervenção dos membros de grupo no procedimento de julgamento de casos repetitivos. Todavia, como já se destacou, essa forma de participação não é a única que acontece durante o trâmite de um IRDR/REER. Como são procedimentos multipolarizados, tanto o incidente de resolução de demandas repetitivas como os recursos extraordinário e especial repetitivos possuem uma *gama variada e complexa de participações*.

Por um lado, as participações são variadas, pois envolvem diversos sujeitos que atuam de formas distintas. Trata-se de participações que são plúrimas e possuem naturezas completamente diferentes.

Em síntese, pode-se enumerar as seguintes espécies: (i) *partes das causas-piloto*, que atuam durante todo o procedimento; (ii) *terceiros intervenientes nas demandas escolhidas como causas-piloto*; (iii) *intervenção do Ministério Público*, que fiscaliza a regularidade do procedimento e contribui para uma adequada certificação da questão de direito; (iv) *participação de experts* durante audiência pública; (v) *intervenção dos amici curiae*; (vi) e, finalmente, a *intervenção dos membros de grupo (partes dos processos sobrestados e interessados na formação do precedente judicial)*.

De outro lado, a complexidade surge como consequência dessa variedade. Todos esses sujeitos atuam de um modo diferente, possuindo uma gama de poderes também diferentes, que variarão conforme o sujeito participante e a modalidade de participação.

Por exemplo, o *amicus curiae* poderá recorrer da decisão que fixa a tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas, o que, em princípio, não é permitido aos *experts* que participam da audiência pública; já as partes dos processos sobrestados poderão requisitar a suspensão nacional dos processos que discutem a questão repetitiva de direito, o que não é permitido ao *amicus curiae*.

Esse complexo cenário envolvendo a participação de vários sujeitos durante o procedimento de julgamento de casos repetitivos exige muita atenção e cautela para que se respeite o direito de participação sem que isso atente contra o adequado andamento do IRDR/REER. Como já destacado, o papel de controle e gerenciamento será desempenhado, principalmente, pelo relator dos procedimentos no tribunal, que, dentro dos poderes diretivos que lhe são conferidos, controlará as participações de todos os sujeitos no que diz respeito, *v.g.*: à admissão de intervenientes; ao controle dos poderes desempenhados por cada um dos sujeitos; ao estabelecimento de prazo para realização de determinados atos; à prevenção de atos protelatórios e atentatórios contra a justiça.

6. Notas conclusivas

A intervenção dos membros de grupo no IRDR/REER é fundamental para um bom funcionamento do modelo de julgamento de casos repetitivos previsto no direito brasileiro (art. 928, CPC), pois se trata de um mecanismo que garante

participação democrática a indivíduos que terão suas esferas jurídicas atingidas e, via de consequência, legítima a tese jurídica e o possível precedente judicial formados ao final do julgamento.

Este estudo apontou que a natureza jurídica dessa espécie de intervenção não se assemelha com outras formas de intervenção do direito brasileiro. Defendeu-se que se trata de uma intervenção singular, denominada *intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*, e que se funda no interesse jurídico ("*interesse na controvérsia*") destes sujeitos na certificação da questão de direito, a partir da fixação da tese jurídica e da formação de precedente judicial.

Essa intervenção poderá ocorrer durante o trâmite de um incidente de resolução de demandas repetitivas ou de um dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, mas não poderá comprometer a tutela efetiva e tempestiva dos direitos e o adequado andamento do procedimento. Por esse motivo, demonstrou-se que a legitimidade para intervenção deverá ser aferida para cada ato que o membro de grupo pretenda realizar, a partir da concepção de *legitimidade ad actum*. Além disso, existem dois grandes filtros que deverão ser ultrapassados para que intervenção do membro de grupo seja admitida e devidamente controlada: *a contribuição argumentativa* e o *grau de interesse na controvérsia*.

Tomando como parâmetro esses filtros, o relator do IRDR/REER desempenhará importante papel na gestão da intervenção do membro de grupo, pois, de um lado, deverá estabelecer, de forma genérica, em sua decisão de organização do procedimento, os respectivos poderes legais que poderão ser realizados pelas partes dos processos sobrestados e pelos indivíduos interessados na formação precedente e, de outro, será responsável por controlar a admissão da intervenção, em concreto, dos membros de grupo que pretendam realizar determinado ato.

Por fim, demonstrou-se que o grau de interesse do membro de grupo na controvérsia influencia diretamente nos poderes que este poderá desempenhar durante o trâmite do procedimento de julgamento de casos repetitivos. O que faz com que as partes dos processos sobrestados, que estão mais próximas do núcleo de interesse, devam possuir uma gama maior de poderes que os sujeitos interessados na formação do precedente judicial.

Referências bibliográficas

ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de processo civil*. 2ª ed. revista. Porto Alegre: SAFe, 1991.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos repetitivos (Grandes Temas do NCPC)*. v. 10. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009.

_____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o amicus e o vertreter des offentlichen interesses. *Revista de Processo*, v. 117, set./out. 2004.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, maio/2015, versão digital.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, v. 158, abr./2008.

_____. *Código Modelo de Procesos Colectivos - un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo* (org.: Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor). México DF: Porrúa, 2008.

_____; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*, v. 258, ago./2016.

_____; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, mar./2014.

_____; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, v. 165, nov./2008.

GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 4th ed. St. Paul: West Group, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. II. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos (Grandes Temas do NCPC)*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182, abr./2010.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.

Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais

Guilherme Magalhães Martins*
José Luiz de Moura Faleiros Júnior**

Sumário

1. Introdução. 2. A privacidade transformada em *commodity*. 3. Segurança da informação e governança. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O avanço incessante da inovação fez florescer, há décadas, vasto rol de interessantes desafios que concernem à ciência jurídica devido à dessincronia da atividade legiferante estatal com o potencial transformador da tecnologia.

A chamada “sociedade da informação”, vislumbrada desde os idos de 1960, se consolidou em ritmo acelerado nos derradeiros anos do século XX, a ponto de gerar mudanças estruturais na dinâmica das relações interpessoais em todo o planeta. Um lépido cenário de facilidades adveio das promessas de hiperconectividade e comunicação instantânea, rompendo fronteiras territoriais e diferenças culturais para pavimentar o caminho rumo a um novo universo, no qual o substrato mais precioso deixou de ser escasso: a informação, capturada em volumes colossais, nunca antes foi tão desejada e, em verdade, tão relevante para conjecturar o funcionamento de estruturas políticas, econômicas e sociais.

Seu valor intrínseco e individualmente considerado não se alterou. Em conjuntos avultados, todavia, com ricas conexões e pujança interpretativa aplicada a partir de complexas operações algorítmicas, a informação adquiriu *status* inédito. Em razão dessa drástica mudança, há muito já se buscava solução legislativa adequada, capaz de conferir tutela e salvaguardar direitos, mas, ao mesmo tempo, sobrelevar

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, junto à Comissão de Direito do Consumidor. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance* pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado.

o potencial de controle do Estado nesse novo contexto. Ainda que tardiamente, dezenas de nações passaram a editar marcos regulatórios especificamente voltados à proteção de dados pessoais, e o Brasil não fez diferente.

Na esteira da iniciativa europeia – formalmente nomeada de Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) – editada em 27 de abril de 2016 e implementada em 25 de maio de 2018, promulgou-se, no Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já alterada antes mesmo do início de sua vigência pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro 2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que, entre várias modificações, consolidou a nomenclatura epigrafada no texto atual da norma: “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)”.

2. A privacidade transformada em *commodity*

Nunca antes foi tão premente a necessidade de se consolidar a proteção de dados pessoais, uma vez que “o potencial do *Big Data* ultrapassa meras aplicações práticas, pois também torna possível a interpretação de comportamentos humanos”¹.

No atual estado da arte, a tecnologia permite a operabilidade das comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), entre indivíduos e máquinas (*human-to-machine*, H2M) ou entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M), em clara sinalização do avanço rumo à “*web* inteligente”², marcada pela presença da “Internet das Coisas” (*Internet of Things*, ou *IoT*)³, que também se situa na fronteira da chamada *web 4.0* ou “Internet de Todas as Coisas” (*Internet of Everything*, ou *IoE*) – é a era dos *zettabytes*!⁴

Nesse novo contexto, já se sinaliza, entre outras contingências, que: (i) os sistemas existentes (já complexos) se tornarão mais interconectados e imersos; (ii) as interações dos componentes intra e intersistêmicas aumentarão; (iii) os serviços existentes serão modificados enquanto surgem as oportunidades para novos serviços; (iv) a percepção humana do meio ambiente e da realidade mudará; (v) a escala e o escopo dos problemas de segurança serão bastante ampliados.⁵

Todas essas mudanças se originam da transformação da informação em verdadeira *commodity*, em razão de ser-lhe conferindo valor inédito e contemplativo de uma nova gama de riscos a serem atendidos pela legislação de controle – com efeitos irradiados pelas normas constitucionais –, tendo em vista que, “na dimensão tecnológica, (...) a identidade pessoal parece se dilatar”⁶. Isto conduz à reformulação de vetustas propostas de proteção à privacidade, que passa a ostentar contornos mais

¹ KLOUS, Sander; WIELAARD, Nart. *We are Big Data: the future of the information society*. Amsterdã: Atlantis Press, 2016, p. 12, tradução livre.

² FREDETTE, John *et al.* The promise and peril of hyperconnectivity for organizations and societies. In: DUTTA, Soumitra; BILBAO-OSORIO, Beñat (Ed.). *The global information technology report 2012: living in a hyperconnected world*. Genebra: Insead; World Economic Forum, 2012, p. 113.

³ GREENGARD, Samuel. *The internet of things*. Cambridge: The MIT Press, 2015, p. 189.

⁴ FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 5.

⁵ LOSKOT, Pavel. Computational security for the IoT and beyond. In: HU, Fei (Ed.). *Security and privacy in Internet of Things (IoT): models, algorithms, and implementations*. Boca Raton: CRC Press, 2016, p. 357.

⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma/Bari: Laterza, 2012, p. 347, tradução livre.

largos, a indicar a necessidade de uma proteção mais específica, voltada aos dados pessoais⁷, e que precisa “valer-se de uma estratégia integrada na qual são utilizados diversos instrumentos de tutela, que representam manifestações específicas em diversas áreas de um mesmo direito”⁸.

Em anos recentes, o aprimoramento das diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Socioeconômico (OCDE) propiciou um importante amadurecimento do tema, denotando nuances fundamentais para a consolidação de legislações voltadas à proteção de dados pessoais em todo o globo.⁹ Entretanto, há inúmeras dúvidas que ainda demandam respostas, embora seja certo que a “virada empírica” da técnica para a tecnologia¹⁰ modifica substancialmente a forma com que cada Estado passa a se valer da mera produção legislativa para acompanhar tendências que geram reflexos globais.

O artigo 2º da LGPD brasileira estabelece os fundamentos que a legislação busca alcançar; entre eles, destacam-se a autodeterminação informacional e o livre desenvolvimento da personalidade. O RGPD europeu cita 72 vezes a palavra “consentimento”¹¹, ao passo que o artigo 7º da lei brasileira lhe confere a natureza de requisito essencial para o tratamento dos dados pessoais. Isso significa que, não sendo o consentimento livre, informado e inequívoco (artigo 5º, XII), a medida se torna ilegal.

Em um contexto no qual os mercados são movimentados por influxos constantes de dados (gerando os chamados *data-rich markets*)¹², a informação se transforma em moeda e a privacidade, no contraponto, em verdadeira *commodity*. O controle desses fluxos passa a demandar atuação preventiva, transpondo modos clássicos de enfrentamento de contingências a partir do atuar repressivo, e inaugura importante viés para a consolidação de novos modelos de operacionalização do poder de polícia estatal. Fala-se em *compliance* ou governança para denotar verdadeira reinserção ética nos procedimentos de segurança da informação adotados para as operações que revolvem à coleta e ao tratamento de dados pessoais.

⁷ DAVIES, Simon G. Re-engineering the right to privacy: how privacy has been transformed from a right to a commodity. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Ed.) *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 156.

⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 409.

⁹ BIONI, Bruno R.; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 800-801.

¹⁰ VERBEEK, Peter-Paul. The technological lifeworld. In: ACHTERHUIS, Hans (Ed.). *American philosophy of technology: the empirical turn*. Tradução de Robert P. Crease. Indianapolis: Indiana University Press, 2001, p. 145-146.

¹¹ EUROPA. *Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 07 ago. 2019.

¹² MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova Iorque: Basic Books, 2018, p. 7.

3. Segurança da informação e governança

Da mesma maneira que a necessidade de criação de novos parâmetros de controle se alinha à revisitação de clássicos institutos jurídicos como a responsabilidade civil e o *jus imperii* estatal, a governança e a boa gestão devem caminhar em comunhão para que esta revigorada metodologia de controle tenha efeitos pragmáticos eficazes. A segurança da informação é o mote pelo qual se desenvolve esta nova temática; desse modo, o chamado *compliance* refuncionaliza a eficácia da própria legislação, não podendo se reduzir a uma mera noção satelitária, uma vez que, ao revés, deve se alçar a um novo patamar.

O artigo 46 da LGPD é categórico ao trabalhar com a exigência de que sejam implementadas medidas voltadas à efetivação de controles de segurança da informação capazes de mitigar os riscos do tratamento de dados. Já o artigo 48 impõe a observância aos deveres de transparência (art. 6º, VI), segurança (art. 6º, VII) e prevenção (art. 6º, VIII), demandando dos agentes de tratamento de dados que atuem em conformidade, em respeito a tais premissas, procedendo de forma colaborativa e diligente na persecução de responsabilidades por eventuais incidentes com dados pessoais – cuja fiscalização passa a ser realizada por agências dotadas de aparelhamento adequado para a garantia de maior efetividade investigatória¹³ (no Brasil, isto será feito pela Agência Nacional de Proteção de Dados).

Para citar um exemplo, a transparência surge, nesse contexto, como um dever correlato ou desdobrado do cerne de discussão dessa nova função preventiva. Impõe-se a revelação da ocorrência do evento danoso (que não se confunde com a própria revelação indevida do dado)¹⁴, se transfigurando em atributo atrelado à ética empresarial que deve reinar em todas as etapas de desenvolvimento e implementação dos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados pessoais.

Nota-se, na LGPD, verdadeira tendência à modificação da tradicional judicialização de questões que podem (e devem) ser prevenidas, gerando flexibilidade para os modelos tradicionais da atuação estatal.¹⁵ Caminho diverso se percorreu por ocasião da promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), particularmente quanto à redação de seu artigo 19 e à exigência de comando judicial para a remoção de conteúdos ofensivos.¹⁶

Nota-se, com isso, que a LGPD se compõe de institutos profícuos; a governança classicamente abordada por André-Jean Arnaud¹⁷ ressurge com importância destacada

¹³ HUSTINX, Peter. The role of data protection authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak (Ed.). *Reinventing data protection?* Cham/Basileia: Springer, 2009, p. 136.

¹⁴ NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R.; HORNE, David A. The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. *Journal of Consumer Affairs*, v. 41, nº 1, p. 100-126, 2007, p. 102.

¹⁵ PIERRE, Jon. Governance and institutional flexibility. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). *The Oxford handbook of governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012, *passim*.

¹⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 328-330.

¹⁷ ARNAUD, André-Jean. *La gouvernance: un outil de participation*. Paris: LGDJ, 2014, p. 273-275.

no que diz respeito à coordenação dos agentes de tratamento, de grupos sociais e instituições da iniciativa privada, na ação pública-política voltada à delimitação de objetivos próprios, discutidos e definidos coletivamente, como a elaboração de programas de ação e políticas públicas concertadas e capazes de alcançar tais objetivos, se articula por lógicas divergentes de ação no processo de construção de um consenso organizacional interativo e voltado à solução célere e adequada de contingências.¹⁸

A motivação e a responsividade que se espera de um arcabouço hígido e eficaz¹⁹ de políticas de integridade devem convergir para prevenir a criação de programas inócuos e cuja existência se manifesta unicamente no papel.²⁰ Isso revela uma dimensão inexorável da segurança da informação que precisa ser observada para que seja levada a efeito a proteção de dados pessoais.²¹ Significa dizer que, para além da tutela da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da violação aos deveres de cautela e proteção da segurança dos dados, o legislador cuidou de estabelecer um critério geral de prevenção que deve ser efetivo.

O artigo 50, §1º, da LGPD apresenta extensa lista de requisitos para a aferição da concretude prática de um programa de integridade que, se existente, certamente deverá ser considerado para a delimitação da extensão de eventuais danos e para a apuração de responsabilidades, com possibilidade de mitigação.

A doutrina europeia enumera algumas medidas que, exemplificativamente, podem vir a compor um programa de integridade voltado à proteção de dados pessoais: minimização do processamento de dados pessoais; anonimização; permissibilidade ao monitoramento do tratamento pelo titular; implemento ou incremento de medidas de segurança da informação; a adoção de treinamentos regulares de equipes etc.²²

Ao se transcender a própria legislação para oportunizar o *compliance*, vê-se surgir vasto rol de novas nuances que somente quem está diretamente atrelado ao tratamento de dados poderá antever e evitar. Nesse compasso, lamenta-se a opção do legislador por trabalhar com essa nova função como mera faculdade.

Na exata medida em que o titular dos dados submetidos a coleta e tratamento deve ser visto como figura hipervulnerável na relação assimétrica de consumo, travada na Internet, surgem determinadas normas especiais para tutelar a peculiaridade de cada grupo passível de sofrer os impactos do tratamento de dados.²³ Dessa forma,

¹⁸ ANDERSEN, Kim Viborg. Reengineering public sector organizations using information technology. In: HEEKS, Richard. *Reinventing government in the information age: international practice in IT-enabled public sector reform*. Londres: Routledge, 1999, p. 320-324.

¹⁹ MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes: estruturas em cinco configurações*. Tradução de Cyro Bernardes. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24 et seq.

²⁰ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 55.

²¹ SILVERMAN, Michael G. *Compliance management for public, private, or nonprofit organizations*. Nova Iorque: McGraw Hill, 2008, p. 206.

²² VOIGT, Paul; VON DEM BUSSCHE, Axel. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*. Basileia: Springer, 2017, 38-40.

²³ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 165.

ainda que não se possa considerar que a autodeterminação informacional revele uma absoluta desconexão do controle de dados, ressalta-se a importância da “integridade contextual, alcançada através do equilíbrio harmonioso de regras sociais, ou normas, com valores, fins e propósitos locais e gerais. Isso nunca é uma harmonia estática, no entanto, porque, com o tempo, as condições mudam e os contextos e normas evoluem junto com eles.”²⁴

4. Considerações finais

Em linhas propedêuticas, buscou-se destacar a importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira para a revisão de conceitos jurídicos clássicos no novo contexto informacional. A rapidez com que a inovação avança torna o labor estatal mais difícil, haja vista o lapso temporal sempre mais elástico entre o surgimento de uma nova contingência e a apresentação de uma solução adequada para a sua tutela, ainda que outros aparatos normativos preexistentes confirmem suficiente salvaguarda jurídica.

É de se ressaltar a boa intenção do legislador brasileiro quanto ao estabelecimento de um marco regulatório que complementa o conjunto normativo para reforçar o contexto de proteção a direitos fundamentais que, por outro lado, não pode nisto se esgotar. Se a privacidade é, nesta nova sociedade da informação, reinterpretada em razão de seu principal corolário, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, deve-se primar pelo atingimento do escopo essencial da autodeterminação e das funções do consentimento para a exata compreensão da extensão da proteção conferida aos dados pessoais, que passa pela segurança da informação e pela governança.

O chamado ‘*compliance*’, então, adquire novos contornos, imiscuindo-se aos filtros da reparação civil em cenários específicos que – embora facultativos – mudam toda a dinâmica de aferição de riscos e responsabilidades, sendo importante mecanismo para a atuação de todos os agentes envolvidos em operações de coleta e tratamento de dados, inclusive o Estado, neste novo contexto.

Referências

ANDERSEN, Kim Viborg. Reengineering public sector organizations using information technology. In: HECKS, Richard. *Reinventing government in the information age: international practice in IT-enabled public sector reform*. Londres: Routledge, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *La gouvernance: un outil de participation*. Paris: LGDJ, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

²⁴ NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 231, tradução livre.

_____; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DAVIES, Simon G. Re-engineering the right to privacy: how privacy has been transformed from a right to a commodity. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Ed.). *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EUROPA. *Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 07 ago. 2019.

FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FREDETTE, John *et al.* The promise and peril of hyperconnectivity for organizations and societies. In: DUTTA, Soumitra; BILBAO-OSORIO, Beñat (Ed.). *The global information technology report 2012: living in a hyperconnected world*. Genebra: Insead; World Economic Forum, 2012.

GREENGARD, Samuel. *The internet of things*. Cambridge: The MIT Press, 2015.

HUSTINX, Peter. The role of data protection authorities. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; TERWANGNE, Cécile de; NOUWT, Sjaak (Ed.). *Reinventing data protection?* Cham/Basileia: Springer, 2009.

KLOUS, Sander; WIELAARD, Nart. *We are Big Data: the future of the information society*. Amsterdã: Atlantis Press, 2016.

LOSKOT, Pavel. Computational security for the IoT and beyond. In: HU, Fei (Ed.). *Security and privacy in Internet of Things (IoT): models, algorithms, and implementations*. Boca Raton: CRC Press, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova Iorque: Basic Books, 2018.

MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes: estruturas em cinco configurações*. Tradução de Cyro Bernardes. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R.; HORNE, David A. The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. *Journal of Consumer Affairs*, v. 41, nº 1, p. 100-126, 2007.

PIERRE, Jon. Governance and institutional flexibility. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). *The Oxford handbook of governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma/Bari: Laterza, 2012.

SILVERMAN, Michael G. *Compliance management for public, private, or nonprofit organizations*. Nova Iorque: McGraw Hill, 2008.

VERBEEK, Peter-Paul. The technological lifeworld. In: ACHTERHUIS, Hans (Ed.). *American philosophy of technology: the empirical turn*. Tradução de Robert P. Crease. Indianapolis: Indiana University Press, 2001.

VOIGT, Paul; VON DEM BUSSCHE, Axel. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a practical guide*. Basileia: Springer, 2017.

A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de *Sharenting*: reflexões iniciais

Lucia Maria Teixeira Ferreira*

Sumário

1. A Sociedade da Informação e alguns impactos no âmbito das relações familiares. 2. O que é *Sharenting* e como a superexposição online tem afetado crianças e adolescentes. 3. Os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais. 4. A doutrina jurídica da proteção integral de crianças e adolescentes e o princípio do Melhor Interesse da Criança. 5. A disciplina jurídica do poder familiar. 6. As leis gerais de proteção de dados pessoais e o melhor interesse da criança e do adolescente. 7. Considerações finais.

1. A Sociedade da Informação e alguns impactos no âmbito das relações familiares

Vivemos na sociedade da informação, numa economia movida a dados (*data-driven economy*), em que impera a cultura do algoritmo (*algorithmic culture*). A informação armazenada em meios digitais tornou-se um dos bens mais preciosos do planeta. Virou clichê a comparação “os dados são o petróleo da era digital”, estampada constantemente nas capas de revistas de finanças e de tecnologia - como a “*The Economist*” e a “*Wired.com*”.¹

São inegáveis as conquistas e benefícios que as tecnologias produzem em áreas fundamentais como saúde, educação, justiça e segurança; os seus riscos, contudo, devem ser seriamente discutidos e ponderados, tendo em vista que as inovações tecnológicas e de comunicação estão presentes em praticamente todos os momentos das vidas das pessoas.

A progressiva capacidade técnica de coleta e tratamento dos dados – conduzindo a um fluxo exponencial de informações pessoais que são utilizadas para diversas finalidades – realmente fez com que os dados passassem a valer mais

* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduada em Sociologia Urbana pelo Departamento de Ciências Sociais da UERJ. Coordenadora de Estudos, Pareceres e Ações Educativas da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ. Procuradora de Justiça aposentada do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Associada ao IBDFAM e ao IBDCivil. Advogada.

¹ Disponível em: <https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/>. Acesso em: 14 jan. 2020. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 14 jan. 2020.

do que o petróleo. Isto porque o petróleo é um recurso não renovável enquanto os dados são constantemente reutilizados, gerando novos negócios e receitas.

Assim sendo, a economia dos dados utiliza um insumo que propicia inovações incríveis para a sociedade, gerando grande desenvolvimento econômico, social e tecnológico, mas criando inúmeros desafios e potenciais riscos para os indivíduos e grupos sociais.

Neste contexto, as relações familiares têm sido extremamente impactadas pelo processo de digitalização da vida e pelo denominado “mercado da atenção”.² As redes sociais e a multiplicidade de meios virtuais disponíveis consomem a nossa atenção e o nosso tempo. Muitas aplicações na internet impulsionam a criatividade, o aprendizado e a socialização, enquanto outros produtos digitais promovem *profiling*³ para predição comportamental, comercialização ilícita de perfis e vigilância onipresente.

Ao analisar o modelo de negócio dos “*mercadores da atenção*”, o historiador israelense Yuval Harari assevera que “eles capturam nossa atenção fornecendo-nos gratuitamente informação, serviços e entretenimento, e depois revendem nossa atenção aos anunciantes... E sim, ao captar nossa atenção, eles conseguem acumular imensa quantidade de dados sobre nós, o que vale mais do que qualquer receita de publicidade. Nós não somos seus clientes – somos seu produto”.⁴

Os estudos de Shoshana Zuboff sobre o *capitalismo de vigilância* (“*surveillance capitalism*”) analisam as alterações nos processos econômicos, com graves infrações ao direito de privacidade e com o uso antiético de instrumentos de *Big Data*⁵, apontando um *imenso poder social e condições de reestruturar o mundo que conhecíamos*. Shoshana Zuboff⁶ documenta exaustivamente as operações sinistras do capitalismo de vigilância, desde o *Pokemon Go* às *Smart Cities*, desde o *Amazon Echo* às bonecas inteligentes da era da IOT (Internet das Coisas) – as “*smart dolls*”.⁷

Todas essas mudanças tecnológicas, socioeconômicas, culturais causaram impactos na esfera das relações familiares. Neste artigo, discutiremos um fenômeno

² “A maior disputa do mercado atual é por atenção”, por Renato Bernhoeft. Valor Econômico. Disponível em: <https://mobile.valor.com.br/node/5133620>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

³ *Profiling* é uma forma de análise comportamental que se destina à criação de perfis com aplicações em diversas áreas. Na área penal, o *profiling* ajuda, por exemplo, os investigadores a entender as características de suspeitos desconhecidos, contribuindo para a criação de listas que auxiliem na investigação criminal.

⁴ HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 107.

⁵ O termo *Big Data* refere-se a um gigantesco conjunto de dados gerados e armazenados a cada minuto no mundo, cuja quantidade tem crescido exponencialmente. As ferramentas de *Big Data* são utilizadas para aumentar a produtividade, reduzir custos, para a tomada de decisões mais inteligentes, para a definição de estratégias de marketing etc.

⁶ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism – The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: Public Affairs, 2019.

⁷ É importante destacar que as falhas de segurança em algumas dessas bonecas inteligentes despertaram preocupação em relação a esses brinquedos conectados em rede, o que pode ser visto na reportagem “How safe are smart dolls?” Disponível em: <https://www.siliconrepublic.com/enterprise/smart-dolls-safecayla-csit>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Outra notícia que assustou muitas famílias foi a invasão da câmera de uma casa nos EUA por um Hacker que aterrorizou uma criança de apenas 8 anos. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/hacker-camera-seguranca-terroriza-crianca/>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

relativamente recente e que tem provocado debates e questionamentos em várias partes do mundo: as postagens excessivas e/ou comprometedoras de fotos e relatos das vidas dos filhos menores pelos pais – manifestações que ficaram conhecidas como “*Sharenting*”.

Existem pais que divulgam constantemente dados de caráter muito pessoal dos filhos, compartilhando fotos, rotinas de saúde, informações sobre onde estudam, quem são os amigos, os lugares que frequentam. Antes mesmo de nascer, a vida intrauterina de um bebê tem sido registrada em redes sociais nos diários de grávidas que compartilham imagens de ultrassonografia dos nascituros, informações médicas e ensaios fotográficos.

Trata-se de uma calibragem extremamente complexa encontrar o equilíbrio ideal entre o que seria o compartilhamento exagerado – ou impensado - dos pais em contraponto ao direito à privacidade dos filhos. Os genitores consideram que estão exercendo a sua liberdade de expressão e que, ao compartilhar as experiências de vida dos seus filhos, criam uma benéfica conexão comunitária com membros das próprias famílias e de outras entidades familiares, com trocas de experiências e intensa convivência social.

Neste artigo, faremos alguns questionamentos. Uma primeira reflexão diz respeito à certeza de que o conteúdo online moldará a identidade digital dessas crianças e adolescentes. Os progressivos mecanismos de dataficação (ou datificação)⁸ certamente vão gerar consequências para o futuro dos infantes e para o exercício de seus direitos, tanto no aspecto patrimonial quanto na esfera extrapatrimonial.

Recente reportagem do jornal norte-americano *The New York Times*⁹ apresentou uma denúncia que deixou muitos pais norte-americanos perplexos. São os genitores que, há alguns anos, usaram sites de compartilhamento de fotos para carregar centenas ou milhares de imagens de seus filhos pequenos, como o *Flickr* (uma espécie de álbum de fotos digital que permanece online).

Milhares de imagens dessas crianças – algumas fantasiadas para o Halloween, outras sorrindo ou mostrando a língua – foram “sugadas” para um banco de dados de reconhecimento facial denominado *MegaFace*. Este é um *dataset* que contém as imagens de quase 700 mil pessoas – com a idade média de cerca de 16 anos – e que já foi baixado por dezenas de empresas para treinar uma nova geração de algoritmos de reconhecimento facial que são utilizados para vigiar terroristas, detectar eventuais clientes problemáticos, rastrear manifestantes e espionar as pessoas em geral.

Jovens adultos que tiveram as suas imagens (fotos tiradas pelos pais na infância) transferidas para esse serviço de reconhecimento facial – sem autorização

⁸ *Dataficação* ou *Datificação* é a transformação de diversos aspectos da nossa vida em dados - como ocorre em atividades de *profiling* - que são posteriormente convertidos em informação que tem valor, pode ser monetizada e pode influir na tomada de decisões (inclusive decisões totalmente automatizadas).

⁹ Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/11/technology/flickr-facial-recognition.html>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

ou consentimento dos seus pais – sentem-se muito abalados e alegam que ocorreu uma grave violação aos seus direitos à privacidade e proteção de dados.

Embora os EUA ainda não possuam uma lei federal que regule esses direitos, o Estado de Illinois aprovou uma lei em 2008 – the “*Illinois Biometric Information Act*” – que protege os identificadores biométricos e as informações biométricas de seus residentes. Esta lei estabelece que o uso desses dados biométricos sem o consentimento ou notificação dos titulares dos dados seria uma violação legal.¹⁰

No Reino Unido, um importante relatório elaborado pelo órgão governamental *Children’s Commissioner* apresentou diversos riscos na exposição online de dados de crianças e adolescentes¹¹. A quantidade de dados que as pessoas estão postando sobre seus filhos, através do *Facebook* ou *Instagram*, por exemplo, é impressionante. Outra revelação expressiva é a quantidade de crianças que têm perfil nas redes sociais na faixa etária entre 11 a 12 anos: metade das crianças do Reino Unido com acesso à Internet possui pelo menos um perfil em site de rede social. Muitos pais compartilham fotos dos filhos com estranhos: um quinto tem perfis públicos no *Facebook* e mais da metade dos pais aceitam como amigos no *Facebook* pessoas que realmente não conhecem.

Uma pesquisa do banco britânico *Barclays* sugere que, até 2030, as informações compartilhadas online pelos pais levarão a dois terços dos crimes de subtração e falsificação de identidade cometidos contra os jovens. De acordo com o *Barclays*, são necessárias três informações importantes para roubar a identidade de alguém: nome, data de nascimento e endereço – tudo isso pode ser encontrado nos perfis de muitas crianças criados pelos próprios pais. Nesses perfis, várias vezes são revelados, inclusive, dados sensíveis das crianças, como as condições de saúde física e mental.

Uma segunda reflexão: a exposição de imagens e informações sobre crianças e adolescentes aumenta a sua vulnerabilidade, haja vista que ficam expostos a diversos riscos, podendo ser alvo de diversos criminosos, como aliciadores digitais de redes de pornografia infantil.¹²

A pesquisa TIC Kids Online Brasil 2019, realizada pelo Cetic.br (Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação), departamento do Núcleo da Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br)¹³, revela que 31% de crianças e adolescentes do sexo feminino e 24% do sexo masculino – na faixa etária

¹⁰ Disponível em: <https://securitytoday.com/articles/2019/10/14/facial-recognition-database-facing-potential-legal-action-for-using-photos.aspx?m=1>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

¹¹ Relatório disponível em: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/digital/who-knows-what-about-me/>. Acesso em: 11 de junho de 2020.

¹² Disponível em: <https://www-uol-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/07/08/policia-alerta-para-aumento-de-casos-de-pornografia-infantil-na-pandemia.amp.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

¹³ A Pesquisa Tic Kids online é realizada desde 2012, entrevista crianças e adolescentes e seus pais/responsáveis e tem como objetivo gerar evidências sobre o uso da Internet pelo segmento infanto-juvenil no Brasil, produzindo indicadores sobre oportunidades e riscos relacionados à participação *online* da população de 9 a 17 anos no país. São investigadas dimensões de acesso, uso e apropriação de tecnologias de informação e comunicação. A última pesquisa, referente ao ano de 2019, foi divulgada em junho de 2020 e encontra-se disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2019_coletiva_imprensa.pdf Acesso em: 10 de julho de 2020.

de 9 a 17 anos – já foram tratados de forma ofensiva na internet. O relatório informa, ainda, que 43% das crianças e dos adolescentes de 9 a 17 anos viram alguém ser discriminado na Internet e 7% da população nessa faixa etária reportou ter se sentido discriminado na Internet.

2. O que é *Sharenting* e como a superexposição online tem afetado crianças e adolescentes

Sharenting é uma expressão que vem da língua inglesa e representa a combinação das palavras “*share*” (compartilhar) e “*parenting*” (que significa a parentalidade; a atividade de os pais cuidarem e serem responsáveis pelos seus filhos; o poder familiar).

A prática do *Sharenting*¹⁴ ocorre quando os pais ou responsáveis legais têm o hábito de, recorrentemente, postar online (geralmente em redes sociais) fotos, informações e dados pessoais – até mesmo dados sensíveis – de seus filhos menores. Não há parâmetros claros para o reconhecimento do *Sharenting* em relação à atividade de postagem online de dados de crianças e adolescentes porque os limites não são predefinidos.

Essa superexposição (ou *oversharing*, em inglês) não é um fenômeno tão recente, pois existia na era pré-internet, quando ocorria a exposição em outros meios de comunicação, como a televisão, a imprensa ou outros. Contudo, atualmente, a exposição ganhou enorme volume e escala com a explosão das redes sociais, dos aplicativos de comunicação e de outros meios digitais.

Na empolgação, muitos pais acabam expondo demasiadamente os seus filhos, publicando milhares de fotos em redes sociais – até mesmo em contas públicas – e divulgando conteúdos íntimos e sensíveis. No afã de exibir momentos ternos e imagens engraçadas dos seus filhos, os pais exageram e não avaliam o grau de exposição das crianças e as consequências que podem advir dessa exibição.

Outros casos envolvendo a exposição excessiva de crianças na internet são relacionados aos influenciadores digitais, ou *digital influencers*.¹⁵ São pessoas que se tornam famosas na internet transmitindo online o seu cotidiano para seus seguidores, que acabam se tornando íntimos e conhecedores da vida familiar dessas “celebridades”.

¹⁴ Na imprensa norte-americana, alguns jornais têm apresentado o tema do *Sharenting*: *The Problem with Sharenting*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/06/05/opinion/children-internet-privacy.html?referringSource=articleShare>. <https://www.nytimes.com/2019/09/19/learning/film-club-if-you-didnt-share-did-you-even-parent.html?referringSource=articleShare>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

¹⁵ Recentemente, no Brasil, foi iniciada uma campanha popular em defesa da *youtuber* mirim “Bel para Meninas” que chamou a atenção das autoridades policiais e do Ministério Público. A referida campanha critica a postura da mãe de Bel, que obrigaria a filha, que já tem 14 anos, a produzir conteúdos infantis que não são mais compatíveis com a idade que ela tem hoje. Internautas saíram em defesa da garota cogitando que a adolescente estaria sendo colocada em situação vexatória. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/bel-para-meninas-delegacia-da-crianca-abre-inquerito-e-caso-sera-investigado-pelo-mp/>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

Posteriormente, Bel gravou um vídeo defendendo a mãe e dizendo que não é forçada a qualquer exposição; que, ao contrário, alega que a sua intenção é ganhar mais seguidores e seguir carreira como *youtuber*. Disponível em: <https://youtu.be/vezMEIjUie4>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

Muitos influenciadores divulgam produtos e serviços em troca de dinheiro, em atividades de publicidade, o que gera inúmeras críticas e discussões sobre aspectos jurídicos relacionados, por exemplo, ao intuito comercial da exploração da imagem de menores, ao direito do consumidor e ao direito tributário.

Em estudo sobre o direito à imagem de menores na internet cujos pais são influenciadores digitais, Filipe Medon afirma que “a liberdade de expressão de um genitor que é influenciador digital está integralmente condicionada aos limites impostos pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao exercício do seu poder familiar, ainda mais quando se trata de direitos existenciais, como a imagem e a privacidade”.¹⁶

Entendemos que todas as publicações online de crianças e adolescentes (resultantes das atividades online dos pais ou responsáveis) que têm um caráter excessivo, constrangedor e uma exposição a perigos – incluindo aquelas postagens dos pais que podem gerar potenciais danos para os infantes e jovens – têm características que podem ser reconhecidas como *Sharenting*.

Insta frisar que as imagens das crianças podem ser usadas fora de contexto, gerando humilhações, contatos e mensagens desagradáveis para os infantes. Existem inúmeros casos em que foram publicadas fotos do corpo nu das crianças num contexto doméstico e, posteriormente, tais imagens são retiradas por criminosos para a exposição em sites ilegais de conteúdos relacionados a pedofilia e pornografia infantil.

Os importantes e pioneiros estudos acadêmicos sobre privacidade infantil de Benjamin Schmueli e Ayelet Blecher-Prigat¹⁷ abordaram as dificuldades em se reconhecer os problemas relativos à privacidade das crianças no seio das famílias, especialmente devido à natureza do relacionamento paterno-filial. As tensões entre as opções e escolhas dos pais como detentores do poder familiar e as questões atinentes aos direitos individuais dos filhos menores – como pessoas que são sujeitos de direitos – podem criar conflitos de interesse que oponham os filhos contra os próprios pais.

Segundo Schmueli e Blecher-Prigat, as crianças das primeiras décadas do século XXI são as mais vigiadas de todos os tempos, o que provoca variados conflitos intergeracionais. Um exemplo desta constante tensão é a vigilância e o monitoramento que alguns pais exercem sobre os filhos menores – que, muitas vezes, se sentem vítimas de invasão de privacidade por parte de “*helicopter parents*”.¹⁸

¹⁶ AFFONSO, Filipe José Medon. Influenciadores Digitais e o Direito à Imagem de seus Filhos: Uma Análise a partir do Melhor Interesse da Criança. In: *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 2, nº 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br:4432/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MjI5>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

¹⁷ SHMUELI, Benjamin; BLECHER-PRIGAT, Ayelet. Privacy for Children. *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, jan. 2011, p. 759-95. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1746540>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

¹⁸ “*Helicopter Parent*” é uma expressão utilizada para se referir àqueles pais que são extremamente superprotetores em relação aos filhos e que não os deixam viver as suas próprias experiências, o que acaba retardando ou prejudicando o seu processo de amadurecimento.

No campo jurídico, muito pouco se discute sobre as consequências do *Sharenting* e sobre as consequências das escolhas dos pais acerca do que divulgam online sobre os filhos. Aparentemente, há uma falta de consciência e de reflexão sobre esses tópicos e sobre as novas responsabilidades no exercício do poder familiar no mundo digital. A impressão é que os pais se sentem “pressionados a compartilhar” seus momentos íntimos e familiares como prova de felicidade e sucesso, sem refletir sobre como suas postagens podem afetar o bem-estar e os direitos dos seus filhos.

É fundamental que os pais questionem se as suas escolhas, ao publicar informações sobre seus filhos no mundo virtual, poderão ter impactos negativos sobre os direitos e sobre os aspectos psicossociais dessas crianças. Até mesmo pais bem-intencionados não têm consciência ou não fazem uma avaliação prévia antes de “compartilhar” as suas postagens nas suas redes sociais e dispositivos digitais, sem sopesar como essas postagens podem afetar o bem-estar geral de seus filhos.

Como esclarece a Professora norte-americana Stacey Steinberg,¹⁹ não há opção de “*opt-out*” para crianças no contexto do *Sharenting*. As decisões em frações de segundo tomadas pelos pais resultarão em pegadas digitais indelévels. Embora os adultos tenham a capacidade de definir seus próprios parâmetros ao compartilhar suas informações pessoais no mundo virtual, as crianças não têm esse controle sobre sua pegada digital.

Não pretendemos esgotar um tema tão novo e intrigante neste breve ensaio. Vários tópicos relevantes estão fora do escopo do trabalho em razão da sua complexidade e da extensão do artigo.

Não vamos analisar as consequências do uso comercial da imagem de menores pelos próprios pais nem o papel dos provedores de aplicação de internet neste contexto. Não vamos discutir propostas em relação à desindexação do conteúdo ou relativas ao direito ao esquecimento. Também não vamos examinar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da responsabilidade civil em caso de publicação indevida de imagens de crianças e adolescentes na internet – com a possibilidade de reconhecimento de dano moral *in re ipsa* (dano moral presumido).²⁰

Além disso, deixaremos para um próximo artigo a análise mais detalhada sobre o sistema de proteção erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo ordenamento jurídico brasileiro, oportunidade em que vamos analisar o papel do Ministério Público na defesa extrajudicial e judicial de direitos infantojuvenis individuais, difusos e coletivos.

¹⁹ STEINBERG, Stacey B. *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*. Disponível em: <https://law.emory.edu/elj/content/volume-66/issue-4/articles/sharenting-children-privacy-social-media.html>. Acesso em: 15 de julho de 2020. Stacey Steinberg, que é professora de Direito da Universidade da Flórida, tornou-se referência nos EUA e no Reino Unido ao escrever artigos acadêmicos e um livro (*Growing Up Shared*, que será lançado no Brasil em agosto de 2020) sobre *sharenting*.

²⁰ Recomenda-se a leitura do trabalho de Julia Antunes sobre o tema. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/julia_antunes_2016_2.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Procuramos abordar, nos próximos tópicos, questionamentos jurídicos mais amplos, decorrentes das implicações da ultraexposição e do *Sharenting* no que diz respeito à privacidade e à proteção de dados das crianças e adolescentes em face da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, trazendo também algumas questões da normativa europeia e norte-americana.

À luz desses questionamentos jurídicos – e sem a pretensão de dar todas as respostas – vamos apresentar algumas reflexões atinentes ao exercício do poder familiar, com fundamento na tutela constitucional e infraconstitucional dos direitos à privacidade e à proteção de dados infantojuvenis, bem como, na doutrina jurídica da proteção integral de crianças e adolescentes e no princípio do melhor interesse da criança.

3. Os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais

Apesar de estarem intimamente ligados – e de protegerem a autonomia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana – o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais são direitos distintos.

O direito à privacidade está ligado à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem, bem como da casa e do sigilo das telecomunicações.

O direito à proteção de dados pessoais é um novo direito, nascido a partir do advento da internet, do poder computacional e da Sociedade da Informação. Na ubiquidade do espaço digital, surgem novos riscos à vida privada relacionados à coleta e ao uso de dados e informações pessoais nesses ambientes, fazendo surgir esse novo direito: o direito à autodeterminação informacional.

Conseqüentemente, enquanto o direito à privacidade consiste em uma proibição geral de interferência estatal, o direito à proteção de dados pessoais é um direito novo e ativo, que impõe o funcionamento de um sistema de conformidade para proteger o indivíduo sempre que seus dados pessoais sejam processados.

*No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais efetivam-se através de diversos dispositivos da Constituição da República que protegem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem: a partir da proteção da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), que abrange a proteção à própria imagem em face, inclusive, dos meios de comunicação de massa; do direito à informação (art. 5º, XIV); do direito ao sigilo das comunicações e dados (art. 5º, XII); da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI); o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse ou de interesse coletivo ou geral, com exceção daquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII); ou da garantia individual ao conhecimento e correção de informações sobre si pelo *habeas data* (art. 5º, LXXII).*

Em que pese o direito à proteção de dados pessoais ainda não constar expressamente de um dispositivo constitucional²¹, em maio de 2020 o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu, no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 6.387, 6.388, 6.389, 6.399 e 6.390 (cuja Relatora foi a Ministra Rosa Weber), uma decisão histórica que afirmou a autonomia do *direito fundamental à proteção de dados*, o qual deriva da dignidade da pessoa humana, da proteção constitucional à intimidade e do reconhecimento do *Habeas Data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.

4. A doutrina jurídica da proteção integral de crianças e adolescentes e o princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do Melhor Interesse da Criança encontra-se previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança²², da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1989 – que se tornou o instrumento de direitos humanos mais aceito na história. A Convenção, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n^o 99.710/1990²³, dispõe, no seu art. 3.1, que: “Todas as ações relativas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

A Constituição Federal de 1988 incorporou no ordenamento brasileiro a *Doutrina Jurídica da Proteção Integral* e assegurou à criança, ao adolescente (e também ao jovem, com a Emenda Constitucional n^o 65/2010), no art. 227, direitos com absoluta prioridade, sendo dever da família, da sociedade e do Estado o seu atendimento, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Deve-se assinalar que a proteção infantojuvenil se qualifica com um dos direitos sociais mais expressivos, como reiteradamente já afirmou o Supremo Tribunal Federal ((RTJ 164/158-161, AI 583.136/SC, RE 482.611).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n^o 8.069/1990 – regulamentou a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, a qual se baseia em regras básicas: crianças e adolescentes são *sujeitos de direitos universalmente reconhecidos*; além dos direitos comuns aos adultos, são previstos também *direitos especiais, em virtude de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*, e por isso destinatárias de *proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, em regime de absoluta propriedade*.

²¹ A PEC (Proposta de Emenda Constitucional) n^o 17/2019 inclui na Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais do art. 5^o, o inciso LXXIX (“o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”), além de acrescentar ao art. 22 o inciso XXX (a proteção e tratamento de dados pessoais como matéria de competência legislativa privativa da União). Além disso, a PEC insere na Constituição Federal a Agência Nacional de Proteção de Dados no formato de uma agência reguladora.

²² É importante frisar que o conceito de CRIANÇA para a Convenção da ONU é relativo a uma pessoa até 18 anos incompletos. No ordenamento jurídico brasileiro, foram estabelecidas 2 faixas etárias: criança é a pessoa até doze anos incompletos e adolescente é aquele entre 12 e 18 anos incompletos.

²³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 22/06/2020.

Desta forma, a Constituição Federal e o ECA marcaram uma profunda mudança de paradigma, que alterou a anterior regulação jurídica da situação da infância e da adolescência, que era baseada na doutrina da “situação irregular do menor”.

Por conseguinte, a situação jurídica infantojuvenil deslocou-se de uma posição em que a criança era objeto de intervenção do Estado, da família e da sociedade, bem como, sujeito aos desígnios do pátrio poder. Este antigo paradigma foi substituído por um sistema de “corresponsabilidade parental cujo fim primordial é o de promover o desenvolvimento do filho, por meio de um feixe de posições jurídicas, nas quais a soma dos deveres é superior à dos poderes e a ideia de responsabilidade se sobrepõe à de autoridade voluntarista.”²⁴

Em 2020, no ano do trigésimo aniversário do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e um ano após o trigésimo aniversário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, existem muitas conquistas para celebrar, porém antigos e novos desafios a enfrentar.

A Convenção Internacional, a Constituição Federal Brasileira e o ECA garantem direitos fundamentais a essa faixa da população que anteriormente não gozava desse tratamento especial, além de promoverem a importância dos direitos da criança, do seu bem-estar, da sua proteção integral e do melhor interesse da criança nos debates e ações sobre direitos humanos.

Neste momento histórico, é fundamental que os debates no Brasil se intensifiquem para a efetiva garantia dos direitos da criança no tocante ao ambiente digital. Com fulcro nessas preocupações, estão sendo adotadas diversas iniciativas e orientações nos Estados Unidos e na Europa, como as Guidelines do Conselho da Europa (*Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment*).²⁵

Nos EUA, a Lei de Proteção à Privacidade Online para crianças, de 1998 – *The Children’s Online Privacy Protection Act* (COPPA), uma lei federal que entrou em vigor em 2000 – tem sido objeto de controvérsias e proposições de alteração legislativa, haja vista que são criticados os mecanismos de obtenção do consentimento dos pais e as formas de aferição da verdadeira idade da criança, visto que a lei restringe o acesso online a crianças abaixo de 13 anos.

No Reino Unido, no início de 2020, após um longo projeto que incluiu audiências e debates públicos, a Autoridade de Proteção de Dados – o *Information Commissioner’s Office* (ICO) – apresentou ao Parlamento Britânico a sua proposta, o “*Age Appropriate Design: a Code for Practice for online services*”.²⁶ O *Age Appropriate* entrou em vigor em setembro de 2020, estabelecendo padrões de *privacy by design* com base na legislação

²⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A Autonomia Ético-Existencial do Adolescente nas Decisões sobre o Próprio Corpo e a Heteronomia dos Pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 309.

²⁵ Disponível em: <https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a> Acesso em: 10 de maio de 2020.

²⁶ Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

européia de proteção de dados (General Data Protection Regulation) e tendo o princípio do melhor interesse da criança como baliza norteadora para o desenvolvimento de aplicativos, jogos online, brinquedos conectados e sites que serão acessados pelas crianças.²⁷

A Comissão Europeia também iniciou um projeto-piloto a fim de criar uma infraestrutura para a implementação online dos mecanismos de proteção e direitos da criança, com início previsto para 1º de janeiro de 2021.²⁸

O projeto visa a mapear os mecanismos existentes de verificação de idade e consentimento dos pais na União Europeia e no exterior, bem como, avaliar os resultados abrangentes do mapeamento para criar uma infraestrutura interoperável para proteção online de crianças, incluindo, em particular, verificação de idade e obtenção de consentimento dos pais de usuários de plataformas de compartilhamento de vídeo ou outros serviços online.

Um dos mais importantes trabalhos colaborativos mundiais tem sido conduzido pelo Comitê dos Direitos da Criança da ONU, denominado “*UN Committee on the Rights of the Child’s General Comment on children’s right in relation to the digital environment*”, que redigirá um documento da ONU sobre os *Direitos da Criança no ambiente digital*. Após a realização de consultas públicas, inclusive para ouvir as opiniões das crianças, verificou-se que elas veem o ambiente digital como seu espaço de socialização e como uma forma de exercer seus direitos e sua liberdade de expressão. Embora desejem mudar muitas coisas, as crianças estão cheias de esperança em relação ao que o progresso digital pode oferecer para o seu futuro.²⁹

O objetivo do Comitê é produzir orientações para todos os Estados que ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (exceto aqueles países que não o fizeram, como os EUA). Trata-se de uma iniciativa com a participação de centenas de países e entidades internacionais em torno da construção contínua de uma normativa capaz de lidar com violações e abusos dos direitos da criança no mundo digital.

Um dos eixos principais do documento que está sendo elaborado pelo Comitê da ONU diz respeito à autoridade parental: *como os pais podem ser responsáveis por seus filhos online quando estão offline, quando a vida digital de seus filhos – tão visível para os outros, incluindo empresas – é (ou parece) tão invisível e inacessível para eles (pais)?*

5. A disciplina jurídica do poder familiar

A família deve ser o instrumento para o desenvolvimento, com dignidade, da personalidade de seus membros, especialmente para a formação da personalidade e para a educação dos filhos – crianças e adolescentes. Como asseverou a Professora

²⁷ Disponível em: <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/09/ico-s-children-s-code-will-help-protect-children-online/>. Acesso em: 20/09/2020.

²⁸ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/pilot-project-outline-and-trial-infrastructure-dedicated-implementation-child-rights-and>

²⁹ <https://blogs.lse.ac.uk/mediase/2019/11/20/implementing-childrens-rights-in-a-digital-world/>

Maria Celina Bodin de Moraes em artigo seminal, “o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social”.³⁰

Em pleno século XXI, ainda vivenciamos situações terríveis nas quais os pais continuam a educar e agir com os filhos como na época do pátrio poder, castigando fisicamente crianças e tratando-as como objetos, agindo como se fossem “proprietários” dos filhos.

Em julho de 2020, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro obteve decisão judicial que impede a venda de um livro e a exibição de palestras na internet que ensinam os pais a castigarem fisicamente seus filhos. No referido livro, a autora ensina a utilizar métodos de correção física contra crianças e adolescentes, como o uso de vara e colher de silicone, destacando que a punição deve causar dor para fazer a criança pensar sobre suas condutas.³¹

Diante dessas notícias, vale a pena reprimir as eternas lições³² do Professor italiano Pietro Perlingieri: a relação educativa entre pais e filhos não é mais vista como poder-sujeição; não é mais entre um sujeito e um objeto. É uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro. A relação paterno-filial é uma relação socioafetiva em que existe uma concepção de igualdade - participativa e democrática - na comunidade familiar.

Nesta concepção de funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade dos seus membros, de acordo com o art. 1.634 do Código Civil Brasileiro, compete a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar, mesmo que o exercício da guarda dos filhos menores não seja compartilhado.

O poder familiar consiste em corresponsabilidades dos pais relacionadas à criação, educação e cuidados com os filhos para atender o princípio do melhor interesse.

Ana Carolina Brochado Teixeira desenvolveu um estudo específico³³ em que aponta os aspectos funcionais do poder familiar e, nesta construção, optou por utilizar a expressão “autoridade parental”, ao invés da expressão “poder familiar” para retirar a carga voluntarista que não se coaduna com o perfil funcional do instituto. Desta forma, a autoridade parental representa uma situação subjetiva que conjuga poderes, direitos e deveres que devem ser exercidos em função do melhor interesse dos filhos menores.

Dentro das responsabilidades parentais no exercício da autoridade parental, encontram-se as atitudes protetivas e educativas que defendam os direitos à

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, volume 65, 1993, p. 21/32.

³¹ Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/89002>. Acesso em: 28 de julho de 2020.

³² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 258.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

privacidade e à proteção de dados, bem como, previnam danos online para os seus filhos e protejam a sua identidade digital. O papel parental de supervisão no uso da Internet e na promoção da adequada educação digital implica o uso positivo de todas as ferramentas, mas também o estabelecimento de limites para o acesso online, a orientação e os alertas quanto aos perigos e ameaças à segurança online, como ameaças, *sexting* e *cyberbullying*.

6. As leis gerais de proteção de dados pessoais e o melhor interesse da criança e do adolescente

Com a edição da Lei nº 13.709, em 14/08/2018, a chamada LGPD³⁴ - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais –, o Brasil passou a integrar o grupo de mais de 130 países que possuem a sua própria lei de proteção dos dados pessoais. *A LGPD foi inspirada na GDPR³⁵, regulação de proteção de dados da União Europeia*, que entrou em vigor em maio de 2018, após o prazo de 2 anos de vacância legal, enquanto a LGPD ainda se encontra em período de *vacatio legis*.³⁶

A LGPD e a GDPR assentam-se na *autodeterminação informacional ou informativa*, que visa a conceder aos titulares dos dados pessoais um real poder sobre as suas próprias informações e um efetivo controle sobre os seus dados. A autodeterminação informativa, ao lado do respeito à privacidade e de outros paradigmas normativos, está prevista como um dos fundamentos da LGPD, no inciso II do seu art. 2º.

A lei brasileira e a lei europeia disciplinam uma série de princípios, direitos e regras no tocante ao tratamento dos dados pessoais, desde a coleta até o descarte, estabelecendo um sistema normativo que não pretende travar o desenvolvimento econômico e o fluxo informacional, mas sim organizá-lo e discipliná-lo em face de uma lógica de sustentabilidade, com o uso de importantes recursos de conformidade com a lei, como o mapeamento de dados e os relatórios de impacto à proteção de dados.

A LGPD e a GDPR foram projetadas para oferecer proteção e direitos mais robustos a todos os indivíduos, em particular crianças, que foram reconhecidos como particularmente vulneráveis. Os agentes de tratamento de dados pessoais – quer sejam pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público e até mesmo pessoas físicas – devem respeitar uma série de princípios que promovem a *transparência* quanto à compatibilidade do tratamento dos dados com as finalidades informadas e a sua limitação ao mínimo necessário para alcançar essas finalidades, consideradas a *necessidade, a adequação e a proporcionalidade*.

³⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 30 de outubro de 2019.

³⁵ A GDPR – *General Data Protection Regulation* – é a regulação de proteção de dados do direito comunitário europeu (da União Europeia) que disciplina a proteção dos dados pessoais e estabelece normas para que as empresas e os Estados atuem para atingir as finalidades da lei. A GDPR entrou em vigor em maio de 2018 e substituiu a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais 95/46/CE.

³⁶ A *vacatio legis* da LGPD foi estendida para 03/05/2021 pela Medida Provisória nº 959/2020, que se encontra no Congresso Nacional aguardando pauta para votação.

No Brasil, a ausência de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o fato de a LGPD ainda não estar vigente fragilizam os direitos dos titulares de dados e exigem atenção redobrada em relação aos dados de crianças e adolescentes. É necessário que o país alcance esse status civilizacional com o *tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados* - que é garantido por um sistema legal de prestação de contas e responsabilização dos agentes de tratamento, cujo *enforcement* é tarefa da ANPD.

Ao regulamentar a base legal de tratamento de dados de crianças e ao endereçar os problemas de segurança da identidade privada de menores que interagem em redes sociais, tanto a LGPD quanto a GDPR colocam a supervisão da privacidade e dos dados digitais dos menores nas mãos dos pais, independentemente de sua competência digital; ou seja, o tratamento de dados da criança é permitido com a exigência do consentimento dos pais ou responsável legal.

No entanto, diante da crescente assimetria de poder que expõe a hipervulnerabilidade dos titulares de dados, o consentimento vem sendo objeto de releitura por parte da doutrina especializada.³⁷

Dispõe o art. 14 da LGPD que “o *tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente*”, determinando, no seu § 1º que “o *tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal*”. O § 5º do art. 14 estabelece que “o *controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis*”.

Doutrina abalizada tem dirigido críticas aos §§ 1º e 5º do art. 14, que dispõem sobre o consentimento dos pais quanto à coleta dos dados de seus filhos, por entender que tais dispositivos não cumprem integralmente o objetivo específico da norma, expresso no *caput* do art. 14 da LGPD, isto é, de promover a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes, no seu melhor interesse:

Em primeiro lugar, a lei equivocou-se ao não englobar os adolescentes em seu âmbito de aplicação, especialmente os menores de 16 (dezesesseis) anos, considerando, dessa forma, que estes teriam plena capacidade para consentir sobre o tratamento de seus dados pessoais.

³⁷ No Brasil, destaca-se a doutrina do Professor Bruno Bioni. V. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais – a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 274: “Ao longo desse percurso, verificou-se que o *consentimento* do titular dos dados *continua a exercer um papel normativo de protagonismo, mas sob um novo roteiro que inclui a atuação de atores coadjuvantes importantes: i) novas formas para operacionalizá-lo, levando-se em conta a arquitetura (de vulnerabilidade) da rede; ii) o relato normativo complementar da privacidade contextual que o limita e o readapta diante de um solo epistemológico que esfaca a técnica tradicional da autodeterminação baseada de declaração de vontade do titular dos dados; e iii) o cidadão também exerce domínio sobre seus dados, se estes forem tratados de forma previsível de acordo com suas legítimas expectativas. Portanto, o conteúdo jurídico-normativo de autodeterminação informacional vai além do consentimento*”.

(...)

Além disso, a legislação não é eficaz em prever formas aptas a promover e confirmar a veracidade do consentimento dos pais ou responsáveis legais, ao contrário do COPPA, ato normativo norte-americano, que traz previsão expressa nesse sentido.³⁸

Tais críticas aos parágrafos do art. 14 evidenciam que recomendável uma previsão normativa da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, com a participação de entidades da rede de proteção infantojuvenil, como o CONANDA, além de órgãos de proteção do consumidor. Campanhas de conscientização e de educação digital também são fundamentais.

Ademais, a doutrina dedicada à proteção de dados e ao direito da criança e do adolescente deve buscar a construção de um sistema com instrumentos de proteção à infância e adolescência que – aliados a mecanismos de aferição da idade da criança e do consentimento dos pais – sejam cuidadosamente implementados, como os relatórios de impacto de risco previstos na LGPD, além do *Privacy by Design* e do *Privacy by Default*, especialmente no desenvolvimento de produtos e sites destinados ao público infantil.³⁹

Entretanto, para que os problemas relacionados ao *Sharenting* sejam realmente compreendidos e enfrentados, é indispensável que se tenha em conta que estamos diante de um paradoxo: *nas hipóteses de Sharenting, as crianças e adolescentes – que são os membros mais vulneráveis de nossa sociedade – têm aumentadas a sua presença online e a exposição a perigos como resultado da presença e atividade online de seus pais.*

Um recente artigo crítico à GDPR escrito pela Professora Sheila Donovan⁴⁰ diz respeito à exclusão prevista no seu art. 2, (2), (c), que elenca, como uma das exceções à aplicação da lei, *as atividades de processamento de dados pessoais feitas por pessoa natural em atividades domésticas, familiares, puramente pessoais* – regra bastante semelhante à exceção prevista no art. 4º, inciso I, da LGPD: *Art. 4º- Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.*

³⁸ YANDRA, Barbara Fernanda Ferreira; SILVA, Amanda Cristina Alves; SANTOS, Jéssica Guedes. Lei Geral de Proteção de Dados e a Tutela dos Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes: a Efetividade do Consentimento dos Pais ou Responsáveis Legais. In: *Revista Internet e Sociedade* – Internet Lab, nº 1, Vol. 1, fevereiro de 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/lei-geral-de-protacao-de-dados-e-a-tutela-dos-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes-a-efetividade-do-consentimento-dos-pais-ou-responsaveis-legais/>. Acesso em: 16 de maio de 2020.

³⁹ A *General Data Protection Regulation (GDPR)* traz esses 2 princípios que passaram a ser relevantes na produção de aplicativos e outros serviços digitais dentro do contexto contemporâneo proteção de dados. O *Privacy by Design* faz com que sejam incorporadas salvaguardas de privacidade e dados pessoais, em todos os projetos desenvolvidos. O *Privacy by Default* decorre do próprio *Privacy by Design*; ou seja, o produto já é lançado e recebido “*by default*”, com todas as salvaguardas concebidas durante o seu desenvolvimento.

⁴⁰ DONOVAN, Sheila. “Sharenting”: The Forgotten Children of the GDPR. In: *Peace Human Rights Governance*, 4 (1), março de 2020, p. 35-39.

Tais normas podem deixar ainda mais vulneráveis as crianças vítimas de *Sharenting*, visto que os seus pais ou responsáveis provavelmente alegarão que a sua atividade de compartilhamento de dados se enquadra na exceção de tratamento de dados puramente doméstico ou familiar.

Recente decisão emanada do Poder Judiciário na Holanda enfrentou questão semelhante. Foi determinado, com base na GDPR, que uma avó apagasse fotos de seus netos menores que foram postadas no *Facebook* e *Pinterest* sem o consentimento dos pais, sob pena de multa diária no montante de 50 euros por dia até o limite de mil euros.⁴¹

As fotos haviam sido postadas pela avó materna em contas públicas sem o consentimento dos pais dos menores e a ação foi proposta pela mãe. A justiça holandesa ponderou que, embora a GDPR não se aplique ao tratamento de dados pessoais feito no círculo doméstico, *estaria configurada lesão à privacidade das crianças*, mormente pelo uso de redes sociais de amplo alcance.

Um importante critério interpretativo para a análise das questões jurídicas atinentes ao *Sharenting* pode ser encontrado no *Princípio do Cuidado*, a fim de que se construam soluções efetivas para que crianças e adolescentes tenham o direito de controlar as próprias pegadas digitais, na acepção da autodeterminação informacional.

Diante do que dispõe o art. 5º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro –, “tanto a doutrina como a jurisprudência vêm adotando o *cuidado* como fundamento para a solução de inúmeras questões jurídicas, com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.⁴²

Nas lições de Heloisa Helena Barbosa⁴³, ao identificar *graus específicos de vulnerabilidade e adotar as práticas de cuidar* adequadas a cada caso, o direito brasileiro oferece proteção, senão de todo satisfatória, bastante razoável, de dois modos: a) através da cláusula geral de tutela abstrata da pessoa humana em sua vulnerabilidade inerente, em todas as suas relações existenciais e patrimoniais (consumidores); b) pela tutela específica e concreta daqueles que se encontrem em situação de desigualdade.

A todas as situações existenciais que a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm contemplando com a adoção do *dever de cuidado*, devem integrar esse conjunto as questões relativas à *privacidade e à proteção de dados de crianças e adolescentes, haja vista a sua condição de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, o seu grau de vulnerabilidade e a assimetria do ponto de vista técnico e informacional*.

⁴¹ Disponível em: <https://news.yahoo.com/grandmother-ordered-delete-facebook-photos-160904041.html>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

⁴² FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Novas Tecnologias, Cidadania e o Cuidado: Premissas para a Regulação Jurídica da Inteligência Artificial. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e Cidadania: Desafios e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019, p. 341-365.

⁴³ BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil Jurídico do Cuidado e da Afetividade nas Relações Familiares. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e Afetividade – Projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 181/182.

7. Considerações finais

Os princípios e valores superiores propugnados pela Constituição Federal irradiam-se sobre todo o ordenamento jurídico e devem determinar as escolhas legislativas e interpretativas. A doutrina da Proteção Integral de Crianças e Adolescentes, que tem sede constitucional no art. 227, consolida-se na defesa da infância e juventude contra omissões e transgressões que possam desprestigiar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

A privacidade, a intimidade e a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes são direitos fundamentais, cuja defesa deve ser uma constante preocupação dos pais, da sociedade e do Estado em face da acelerada evolução tecnológica.

Essa aceleração foi acompanhada pela criação de formas de reutilização dos dados e pelo armazenamento em caráter perpétuo desses dados pessoais. Todas essas tecnologias podem prover a rastreabilidade dos comportamentos e hábitos de comportamentos e hábitos, potencializando os riscos de discriminação, estigmatização e perfilamento.

O debate contemporâneo acerca dos benefícios e riscos da Sociedade da Informação deve incluir os direitos fundamentais infantojuvenis que ficam extremamente fragilizados no contexto do crescimento dos poderes econômicos do mercado da atenção.

A tecnologia digital incorpora-se na vida das crianças e das famílias como parte da infraestrutura indispensável das sociedades, em todos os momentos – no lazer, nos estudos, nas atividades cotidianas e no trabalho. No ambiente digital, as crianças e os adolescentes estudam, brincam, têm relacionamentos sociais e exercitam uma gama de direitos civis, sociais, econômicos e políticos.

Os debates e as preocupações com os direitos fundamentais dos usuários desse ambiente digital devem ser cada vez mais ampliados em relação aos impactos sobre as crianças, adolescentes e jovens, tendo em vista a onipresente “dataficação” ou “datificação” pelos agentes de tratamento (e a sua especial vulnerabilidade em razão da condição peculiar de desenvolvimento e maturidade).

Os estudos e pesquisas na esfera jurídica ainda têm tido um foco mínimo na privacidade de menores, em particular aqueles menores que são vítimas de compartilhamento excessivo de dados pessoais online. Como alerta Stacey Steinberg⁴⁴, o *Sharenting* denota que *o papel dos pais na identidade online dos seus filhos oferece pouca proteção às crianças e revela a existência de um eventual conflito de interesses, pois esses infantes podem futuramente se prejudicar ou se ressentir das divulgações feitas anos antes por seus pais.*

Todos esses fatores demandam uma robusta construção doutrinária, além da formulação de *políticas públicas* que possibilitem às pessoas o *aumento da*

⁴⁴ STEINBERG, Stacey B. *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*. Disponível em: <https://law.emory.edu/elj/content/volume-66/issue-4/articles/sharenting-children-privacy-social-media.html>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

conscientização sobre o conhecimento e o controle dos seus próprios dados, que vêm a ser, no fundo, expressão direta de sua própria personalidade.

Os pais devem tomar consciência dos riscos do *Sharenting*, o que exige uma atenção mais qualificada no exercício do poder familiar. Programas educativos específicos destinados às crianças, adolescentes, jovens e famílias são indispensáveis.

Deve-se destacar que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) dispõe, no seu art. 29, que o usuário deve ter a opção de utilizar programa para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios do próprio Marco Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no *caput*, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

Algumas organizações públicas e privadas dedicadas a promover conteúdo de conscientização e educação digital para famílias, crianças, adolescentes, jovens e educadores têm chamado a atenção do público brasileiro para o tema. No artigo “Superexposição dos Filhos”, a *Safernet* aborda o assunto *Sharenting* de forma bem didática, apresentando alguns questionamentos para os pais, com orientações práticas acerca da publicação de fotos e conteúdos relativos aos filhos menores, como, por exemplo:⁴⁵

- Vale a pena deixar o conteúdo (fotos e textos sobre os filhos) totalmente público ou apenas restrito ao círculo de amigos e parentes mais próximos?
- Será que meu filho(a) vai achar isso engraçado quando estiver mais velho?
- Com quem eu quero compartilhar? Qual o tipo de site pode ser melhor?
- Será que estou exagerando na exposição dos detalhes da intimidade de minha criança?
- Será que estas imagens e vídeos podem gerar constrangimentos, agora ou no futuro, na escola?

Incluir as crianças e adolescentes no processo decisório sobre o que vai ser postado sobre elas online – de forma a educá-las sobre privacidade, o consentimento e o modo como se portar nas redes sociais – é o objetivo primordial desses programas, a fim de que a população ganhe consciência dos riscos e abusos na coleta e no tratamento dos seus dados e a infância e juventude fiquem mais protegidas.⁴⁶

Novas tarefas e desafios interpretativos serão enfrentados pelas comunidades de proteção de dados e defesa dos direitos infantojuvenis para que os direitos

⁴⁵ Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/superexposi%C3%A7%C3%A3o-dos-filhos>. Acesso em: 17/05/2020.

⁴⁶ Um programa de educação digital inovador é o JUVENTUDE PRIVADA, que prevê diversas iniciativas junto ao público infantojuvenil e no tocante aos pais e familiares. V. <https://www.juventudeprivada.org/>.

fundamentais sejam efetivados. Parfraseando o grande educador Paulo Freire, concluímos que um intérprete “faz história na medida em que, captando os temas da sua época, pode cumprir tarefas concretas que supõe a realização destes temas”, sugerindo uma “nova formulação, uma mudança na maneira de atuar, nas atitudes e nos comportamentos.”⁴⁷

⁴⁷ FREIRE, Paulo. *Conscientização*. São Paulo: Ed. Moraes, 1980.

A persecução da lavagem de capitais como política pública fomentada pelo Ministério Público para a tutela do meio ambiente

The persecution of money laundering as policy stimulated by the Prosecution Office for the defence of the environment

Rafael Schwez Kurkowski*
Francisco de Assis Machado Cardoso**

Sumário

1. Introdução. 2. O Ministério Público como indutor de política pública. 3. A efetividade da persecução da lavagem de capitais como política pública para a tutela do meio ambiente. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo problematiza a função do Ministério Público no fomento à persecução penal da lavagem de capitais como ferramenta para a tutela do meio ambiente. Para tanto, mediante revisão bibliográfica e análise documental, sustenta duas hipóteses. A primeira advoga que o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, pode induzir políticas públicas na área criminal. A segunda hipótese afirma que a persecução penal da lavagem de capitais decorrentes do crime ambiental constitui política pública efetiva para reduzir a prática desse tipo de crime, pois, ao impedir o aproveitamento do ganho derivado do crime ambiental, serve de desestímulo à sua prática e demonstra a vigência do direito aos cidadãos.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (FAPIDE). Promotor de Justiça do Ministério Público do Sergipe. Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor Universitário da Faculdade Pio Décimo (FADIPE). Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT).

** Mestrando em Direito Penal e Processual Penal (*Justicia Criminal*) pela Universidade Carlos III de Madrid. Especialista em investigações financeiras e ilícitos fiscais pela *Guardia de Finanza/OECD Academy*. Especialista em Criminologia pelo Instituto Superior do Ministério Público – IEP. Especialista em Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra do Brasil – ESG. Especialista em Inteligência de Estado pela Agência Brasileira de Inteligência – ABIN. Especialista em Inteligência de Segurança Pública pela SSP/RJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

The present article studies the function of the Prosecution Office of fomenting the persecution against money laundering as a tool for the protection of the environment. For this purpose, through bibliographical review and documental analysis, it asseverates two hypotheses. The first one asserts that when the Prosecution Office is the titular of the penal prosecution it can incite policies in the criminal area. The second hypothesis affirms that the criminal persecution against the money laundering originated in environmental crimes constitutes an effective policy to reduce this crime because it avoids the profiting from the environmental crimes and, therefore, discourages the commitment of this type of crime and demonstrate the law validity.

Palavras-chave: Persecução penal da lavagem de capitais. Tutela penal do meio ambiente. Política pública. Ministério Público.

Keywords: *Persecution against Money laundering. Protection of the environment. Criminal politic. Prosecution office.*

1. Introdução

O meio ambiente é marcado pelas seguintes características: ubiquidade, complexidade, fragilidade, escassez e transindividualidade¹. Todas essas qualidades, uma vez reunidas, evidenciam a essencialidade e a correlata indisponibilidade do bem ambiental.

Dado que o direito ao meio ambiente equilibrado pertence também às gerações futuras, as quais, por ainda não existirem, são consideradas vulneráveis, impõe-se a máxima proteção do meio ambiente. Este, enquanto bem jurídico, deve ser tutelado por todas as áreas do Direito: Administrativo, Civil (com destaque para a perspectiva coletiva) e Penal.

Em razão do hiperconsumismo, o meio ambiente natural tem sido degradado e consumido em proporções muito superiores à sua capacidade de regeneração natural, o que tem gerado riscos globais. A busca desenfreada pelo crescimento econômico e pelo desenvolvimento² – características da sociedade de risco – tem levado à devastação dos recursos naturais, muitas vezes mediante a prática de crimes ambientais. Exemplificativamente, na Amazônia Legal Brasileira³, houve, no ano de

¹ ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do Meio Ambiente. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 678.

² O crescimento econômico designa apenas a acumulação de riqueza. Já o desenvolvimento de uma nação implica a redução da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais (COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 27-36).

³ A Amazônia Legal Brasileira está definida no artigo 3º, I, da Lei nº 12.651/2012: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: I - Amazônia Legal: os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13º S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44º W, do Estado do Maranhão”.

2019, um desmatamento equivalente a 9.762 metros quadrados⁴; apenas em janeiro de 2020, o Sistema de Alerta de Desmatamento – SAD detectou o desmatamento equivalente a 188 metros quadrados⁵. Esse nível de desmatamento pode ser associado ao conceito de *ecocídio*: “a morte ou destruição de todo um fenômeno natural de ressonância projetado pelas relações entre o meio ambiente e os seres vivos”⁶.

Segundo Ulrich Beck, na passada sociedade industrial, os riscos eram pessoais – afetavam apenas os envolvidos na atividade – e externos – provinham de outras fontes que não o homem. Havia uma relação de oposição entre, de um lado, a sociedade e, do outro lado, a natureza, a qual era explorada por aquela. Já na atual sociedade moderna (*sociedade de risco*), os riscos são supranacionais e globais – afetam toda a humanidade – e internos – provêm do próprio homem, em vez de fatores externos. Há uma relação de integração entre a sociedade e a natureza, razão por que o dano à natureza, além de ser um dano ambiental, constitui um dano à própria sociedade, ou seja, um dano social⁷.

Na modernidade, afigura-se essencial compreender a relevância de os riscos provirem do próprio homem. Anthony Giddens observa que um “mundo estruturado principalmente por riscos humanamente criados tem muito pouco lugar para influências divinas, ou de fato para as propiciações mágicas de forças ou espíritos cósmicos”⁸. Por isso, as ameaças ecológicas “são o resultado de conhecimento socialmente organizado, medido pelo impacto do industrialismo sobre o meio ambiente material”⁹.

Com efeito, as forças exponencialmente crescentes no processo de modernização desencadeiam riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida. Por isso, o processo de modernização torna-se reflexivo: converte-se a si mesmo em tema e em problema¹⁰.

A exploração criminosa da natureza ocorre, geralmente, por motivo econômico: preparar o terreno para o plantio ou para construções, empregar a madeira decorrente do desmatamento florestal em atividade econômica, esgotar os recursos minerais de determinada região etc.

Em todo o mundo, os crimes ambientais ocorrem, preponderantemente, em razão de fins econômicos. Esse móvel, em Angola, por exemplo, está presente

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPECIAIS. *Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite*. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁵ IMAZON. *Boletim do Desmatamento da Amazônia Legal (janeiro 2020) SAD*. Disponível em: <https://imazon.org.br/publicacoes/boletim-do-desmatamento-da-amazonia-legal-janeiro-2020-sad/>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁶ DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, a. 1990, p. 245-257, maio 1990.

⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25, 98, 232.

⁸ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 123.

⁹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 122.

¹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23, 24.

na “caça furtiva”¹¹ de elefantes e rinocerontes que, no primeiro semestre de 2017, movimentou cerca de 220 milhões de euros¹² com a exploração, principalmente, do marfim¹³ das presas do elefante e dos chifres do rinoceronte. Além disso, para o ano de 2015, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente estimou que os crimes ambientais praticados no mundo movimentaram entre 92 e 258 bilhões de dólares¹⁴.

Além do móvel econômico dos crimes ambientais, a estrutura material e financeira envolvida na prática desses ilícitos envolve, amiúde, a atuação de organizações criminosas chefiadas por indivíduos “poderosos”¹⁵. Estes, bem assessorados e advogando teses no sentido da desnecessidade do direito penal para fins da tutela de interesses difusos, contando também com um certo senso comum¹⁶ presente em parte do Poder Judiciário, segundo o qual os danos ambientais não passariam de ilícitos administrativos, muitos dois quais simples crimes de “bagatela”, escapam das raias do direito penal.

As políticas públicas desenvolvidas pelo poder público, ao redor do mundo, não têm logrado reduzir os crimes ambientais¹⁷.

¹¹ O artigo 282 do novo Código Penal Angolano, ainda em *vacatio legis*, e o artigo 33 da Lei nº 3/14 da Angola proíbem a caça de espécimes da fauna que provoque o risco da sua extinção.

¹² DEUTSCHE WELLE. *Angola quer apertar cerco à caça furtiva*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/angola-quer-apertar-cerco-%C3%A0-ca%C3%A7a-furtiva/a-39199747>. Acesso em: 20 dez. 2019.

¹³ A demanda pelo marfim africano é antiga. Segundo Martin Meredith: “Durante séculos, a principal demanda de marfim africano vinha da Ásia, dos mercados indianos e chineses. Mas, no século XIX, quando a revolução industrial na Europa e América do Norte ganhou força, o uso de marfim em teclas de piano, bolas de bilhar, instrumentos científicos e numa vasta gama de artigos para o lar tornou-o uma das mercadorias mais rentáveis do planeta” (MEREDITH, Martin. *O destino da África*: cinco mil anos de riquezas, ganâncias e desafios. Tradução de Marlene Suano. Zahar. Livro digital. Posição 149).

¹⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Valor movimentado por crimes ambientais sobe 26% em 2015, para até US\$258 bi, diz PNUMA*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/valor-movimentado-por-crimes-ambientais-sobe-26-em-2015-para-ate-us258-bi-diz-pnuma/>. Acesso em: 17 out. 2019.

¹⁵ Coleman, em sua célebre obra *The Criminal Elite: the sociology of white collar crime*, já classificava tais agentes delitivos como a “elite do crime”, afirmando que “*in comparison with other criminals, they make more money from their crimes, they run fewer physical risks, their chances of arrest or conviction are lower, and if convicted they receive lighter penalties*” (COLLEMAN, James William. *The criminal elite: the sociology of white collar crime*. 2ª ed. Nova Iorque: St. Martin’s Press, 1989).

¹⁶ Na dogmática jurídica, predomina o “senso comum teórico dos juristas”, um conjunto de discursos e práticas produzidos por órgãos institucionais jurídicos que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 85). Esse conjunto de conhecimentos é privativo dos juristas, constituindo o seu campo, que somente pode ser construído e alterado por eles. Dessa sorte, eles logram impor, de forma oculta, às demais pessoas a sua concepção sobre o mundo contida nesse campo. Essa influência despercebida e oculta de discursos e práticas visa à manutenção do poder do grupo dominante responsável pela sua existência. Caracteriza uma verdadeira ideologia: “a noção imanente da ideologia como doutrina, conjunto de ideias, crenças, conceitos e assim por diante destinada a nos convencer de sua ‘veracidade’, mas, na verdade, servindo a algum inconsciente interesse particular do poder” (ZIZEK, Slavoj. *Introdução: O espectro da ideologia*. In: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 7-38. p. 15).

¹⁷ NELLEMAN, Christian *et al.* *The Rise of Environmental Crime: A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development and Security*. A UNEP/INTERPOL Rapid Response Assessment. [S.l.] United Nations Environment Programme, 2016. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7662/-The_rise_of_environmental_crime_A_growing_threat_to_natural_resources_peace%2C_development_and_security-2016environmental_crimes.pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 20 out. 2019.

Nesse sentido, o presente trabalho apresenta a seguinte problematização: o Ministério Público pode fomentar a persecução penal da *lavagem*¹⁸ de capitais como política pública para a proteção do meio ambiente? Para a resposta, sustentam-se duas hipóteses. A primeira advoga que o Ministério Público, enquanto titular da persecução penal judicial, pode induzir políticas públicas. A segunda hipótese afirma que a persecução da lavagem de capitais, ao impedir o aproveitamento do ganho obtido com o crime ambiental, constitui política pública efetiva para reduzir a prática desse tipo de delito.

A metodologia empregada na presente pesquisa envolve a revisão bibliográfica nacional e estrangeira bem como a análise documental, principalmente da legislação.

Ao perquirir o emprego da persecução penal da lavagem de capitais como instrumento para a tutela do meio ambiente, o presente trabalho, do ponto de vista da criminologia, prima pelo controle social exercido pelo direito penal. Segundo Hassemer e Muñoz Conde¹⁹ bem como Díez Ripollés²⁰, a criminologia, inicialmente, orientou-se sob o enfoque etiológico, preocupada com o esclarecimento das causas da criminalidade que poderiam ser biológicas, psicológicas ou sociais. Na década de 1970, a criminologia assumiu o enfoque definicionista ou etiquetista, cujo expoente foi a teoria do etiquetamento, a qual considerava a criminalidade como o resultado de um processo de definição e atribuição dessa qualidade pelos órgãos encarregados da persecução penal. A partir da década de 1990, a criminologia, mais do que das causas da criminalidade, passou a ocupar-se, principalmente, do seu controle social. Enfatiza, por consequência, a necessidade de um maior e mais eficaz controle da criminalidade. Para tanto, confere destaque aos controles repressivos em detrimento dos preventivos, exatamente a proposta deste trabalho: utilizar o controle repressivo da lavagem de capitais como forma de controlar – e reduzir – a criminalidade ambiental.

Do ponto de vista da dogmática penal, este trabalho insere-se na linha da modernização do direito penal. Esta modernização, conforme Díez Ripollés, cuida da ampliação da intervenção penal a âmbitos socioeconômicos e comunitários até pouco considerados alheios à política criminal. Como resultado, essa tarefa expansiva do Direito Penal atinge os “poderosos” também e termina por arrostar alguns lugares comuns no âmbito do princípio da subsidiariedade²¹.

No mesmo sentido, Gracia Martín explica que o direito penal moderno abarca a totalidade da criminalidade material da sociedade, é dizer, também a criminalidade

¹⁸ Luiz Régis Prado observa que várias são as terminologias empregadas para designar a lavagem de capitais: “na França utiliza-se a expressão *blanchiment d’argent*; em Portugal, branqueamento de capitais; na Itália, *riciclaggio del denaro*; nos Estados Unidos, *money laundering*; na Alemanha, *Geldwäsche*; na Espanha, *blanqueo de dinero* ou *de capitales*; na América hispânica, *lavado de dinero*; no Japão, *Shikin no sentaku*; na Rússia, *otmyvanige*” (PRADO, Luiz Régis. *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2010. Disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/lavagem%20de%20capitais.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019. p. 1).

¹⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012. p. 34.

²⁰ Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 96-98.

²¹ Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 122-123.

característica das camadas sociais poderosas²². Além disso, dadas a transcendência e a importância do meio ambiente, o direito penal ambiental “não só é o setor por excelência do direito penal moderno, senão também o campo em que se desenvolve, de modo preferente e especialmente intenso, a polêmica atual sobre a modernização do direito penal” (tradução livre)²³⁻²⁴.

2. O Ministério Público como indutor de política pública

A expressão “políticas públicas” não possui uma definição única ou melhor. Neste trabalho, adota-se o conceito de Maria Dalari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados²⁵.

Segundo a definição apresentada, afigura-se necessária a presença do Estado como elemento essencial da política pública.

Deve-se trazer à tona também a seguinte diferença. *Politics* são um conjunto de interações ou a busca de um consenso e luta pelo poder; é o processo de negociações, conflitos e imposições de objetivos. Já *policy* consiste na ação governamental ou na política pública em si. Trata-se da atuação da autoridade legitimada que realoca recursos escassos em benefício da sociedade. E *polity* cuida das instituições políticas, ou seja, da estrutura político-administrativa do sistema²⁶.

²² GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 162.

²³ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 80-81.

²⁴ Este trabalho não segue a linha sustentada por Silva Sánchez, o qual, apesar de reconhecer a expansão do direito penal, atualmente, nega que o direito penal seja adequado para a proteção do meio ambiente (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3ª ed. Montevideo: B de F, 2011. p. 131, 141).

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

²⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

Policy também pode ser vista como arranjo institucional, o qual, segundo Suxberger, cuida da exteriorização de toda ação estatal – não limitada ao Poder Executivo – a que se incumbe a realização de uma política pública. Tal ação estatal “pode derivar tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário e das instituições próximas a ele que atuam na realização do sistema de justiça”²⁷. Como o Ministério Público compõe o arranjo institucional do Estado considerado em sentido amplo, ele pode atuar em políticas públicas.

Mas essa legitimidade do Ministério Público para atuar em sede de política públicas tem contornos. O Ministério Público não é idealmente habilitado para *politics* em razão das suas funções. Nos países em que os seus membros não são investidos na função mediante eleições ou indicações dos governantes, como ocorre no Brasil, em que o membro do Ministério Público é investido mediante aprovação em concurso público, o déficit democrático na composição da instituição não o habilita para a *politics*.

Em contrapartida, o Ministério Público tem perfil para *policy* e para *polity*, pois, inserido na estrutura político-administrativa do Estado considerado em sentido amplo, ele emprega os seus recursos limitados no desempenho da sua atividade-fim, a qual se destina à promoção e à tutela dos direitos fundamentais, destacadamente os de natureza difusa²⁸. Aliás, porque o meio ambiente é um bem difuso, cuja manutenção saudável é um direito de todos, é certa a capacidade para a sua defesa por parte do Ministério Público.

Pontua-se que o Ministério Público não inicia a política pública, pois essa incumbência é do agente democraticamente eleito. De fato, a função de “fixar as políticas públicas é primariamente dos Poderes eleitos, que estão munidos de inegável legitimidade democrática e dos dados técnicos para analisar as circunstâncias concretas”²⁹.

Todavia, o Ministério Público pode – e deve – fomentar a criação e o desenvolvimento de políticas públicas cuja necessidade identifica quando do exercício de sua atuação funcional. Exemplo palpante consiste na criação e no exercício efetivo de uma política pública para a coleta e tratamento de resíduos sólidos, com a consequente eliminação dos “lixões a céu aberto”, o que é objeto da Lei nº 12.305/2010.

A política criminal, por sua vez, “se insere dentro do conjunto de políticas públicas, singularmente no âmbito das políticas sociais e, conseqüentemente, não pode ser entendida ignorando a interação e o apoio recíprocos entre elas”³⁰. Especificamente, a política criminal pode ser analisada em dois sentidos, segundo Suxberger: o ramo do conhecimento penal destinado à observação para determinar quais são os objetivos dos sistemas penais e em que medida eles são cumpridos; e “o mister de legislar ou

²⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: O exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019. p. 22.

²⁸ O artigo 129, III, da Constituição Federal, prevê como função do Ministério Público a proteção do meio ambiente e de outros “interesses difusos e coletivos”.

²⁹ SIQUEIRA, Lia de Souza. *Segurança pública e Ministério Público: Judicialização e participação social para a prevenção do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 93.

³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 103.

aplicar a lei penal, a fim de obter os melhores resultados no enfrentamento do delito". E a política criminal vale-se do direito penal como seu instrumento para cumprir as suas finalidades³¹.

Na seara criminal, a legitimidade do Ministério Público brasileiro como indutor de política pública é certa, dada a titularidade privativa que ele exerce sobre a ação penal pública, conforme o artigo 129, I, da Constituição Federal do Brasil.

A titularidade privativa da ação penal pública por parte do Ministério Público implica que, observado o princípio da inércia da jurisdição, apenas ele inicie o procedimento (processo criminal) que resultará na aplicação da sanção penal (que é instrumento de política criminal) a refletir o cumprimento dos objetivos do sistema penal. Logo, o Ministério Público é o termômetro ideal para a aferição dos dois sentidos expostos acima sobre política criminal: avaliar o cumprimento dos objetivos do sistema penal e a aplicação da lei penal para a obtenção dos melhores resultados no enfrentamento da criminalidade.

Renee Souza e Rogério Sanches, ao comentarem o instituto do acordo de não persecução penal, observam que, "ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo do agente definir de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial"³². De fato, o acordo de não persecução penal, instituído originalmente pela Resolução CNMP nº 181/2017 e positivado no ordenamento jurídico brasileiro, num segundo momento, pela Lei nº 13.964/2019, que acrescentou o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, constitui instrumento à disposição do Ministério Público para a realização de política criminal. No caso, desde que atendidos determinados requisitos objetivos e subjetivos, o Ministério Público, após a confissão do investigado contra quem existem elementos de prova suficientes para deflagrar a ação penal, em vez de levar o caso a juízo, opta por fiscalizar o cumprimento pelo investigado de algumas condições aceitas em acordo para então arquivar a investigação. Ao proceder dessa maneira, o Ministério Público demonstra à população a atuação do Estado frente à criminalidade e colabora com a pauta do Poder Judiciário, reservando para este os casos mais graves que demandam a instauração de um processo judicial.

Ao comentar o processo penal francês, Edmundo Hendler pondera que o Ministério Público exerce o papel de executor de políticas criminais orientadas pela prática de subordinar a decisão de não acusar ao cumprimento de alguma prestação por parte do imputado, como a indenização da vítima ou o pagamento de uma pensão³³.

³¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 51, 101.

³² SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 123-130. p. 128.

³³ HENDLER, Edmundo S. *Sistemas penales comparados*. Buenos Aires: Didot, 2014. p. 70.

A ausência de limites legais quanto à motivação para o Ministério Público promover o arquivamento da investigação policial evidencia a possibilidade de ele participar ativamente das políticas criminais. Com efeito, a literalidade do artigo 28 do Código de Processo Penal não especifica as razões pelas quais o membro do Ministério Público pode promover o referido arquivamento³⁴, como se percebe da sua literalidade³⁵. É possível, portanto, que o Ministério Público, a título de política criminal, promova o arquivamento de uma investigação policial em razão de ela apurar um fato de somenos gravidade que pode ser equacionado pela jurisdição civil, por exemplo.

No campo específico dos crimes ambientais, há outro fundamento para legitimar a atuação do Ministério Público para a política criminal voltada à tutela do meio ambiente. As gerações futuras têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo o *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. Como as gerações futuras ainda não existem, elas são vulneráveis e necessitam de um representante³⁶. Quanto à proteção penal e extrapenal dessas gerações futuras, nos países em que o Ministério Público é titular da ação penal pública e exerce a função de promover a tutela dos direitos fundamentais, como é o caso do Brasil, ele tem o verdadeiro dever (obrigação) de exercitar essas duas formas de tutela. No campo cível, a diferença entre a atuação para a defesa do meio ambiente pelo Ministério Público e por outro ente é perceptível: enquanto o Ministério Público tem a obrigação de promover as medidas para a tutela, pois é a sua função, os entes que também têm legitimação para tanto, a exemplo de uma associação civil, têm a simples faculdade de tutelar o meio ambiente. Logo, se o Ministério Público tem a função de representar a geração futura quanto à tutela do meio ambiente, conseqüentemente, ele pode intervir nas políticas públicas destinadas à manutenção da qualidade do bem ambiental.

Aliás, é a capacidade de ser o único sujeito a movimentar o direito penal mediante a ação penal pública que confere a expertise e a habilidade necessárias ao Ministério Público para conjugar os esforços da política pública ambiental com a política pública do enfrentamento à lavagem de capitais como verdadeira ferramenta para a efetiva tutela do meio ambiente.

³⁴ No mesmo sentido: ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (org.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 273-343. p. 285.

³⁵ A conclusão é a mesma, seja na redação original do art. 28 ("Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."), seja na redação alterada pela Lei nº 19.964/2019 ("Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei."), a qual se encontra suspensa por força da medida liminar concedida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6299 MC/DF.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.

A política pública ambiental pode ser identificada no artigo 225 da Constituição brasileira ao determinar a todos o dever de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disso, há uma verdadeira política pública mundial de proteção ao meio ambiente decorrente de inúmeros diplomas internacionais, muitos dos quais o Brasil é signatário, por exemplo: Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (“Declaração de Estocolmo”) de 1972; Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92 ou Rio-92); Declaração Universal dos Direitos dos Animais, elaborada pela UNESCO; Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES; Convenção da Mudança do Clima, adotada em Nova York (1992); Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América; Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB.

Quanto à política de combate à lavagem de capitais, todo o balizamento internacional na atuação internacional antilavagem de dinheiro é definido com base nas conhecidas Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI. Nesse contexto, após as alterações realizadas no ano de 2012, o GAFI passou a prever, já na primeira de suas recomendações, que os países devem adotar todas as medidas necessárias a fim de que as instituições financeiras e as atividades e profissões não financeiras designadas estejam obrigadas a identificar e a avaliar os respectivos riscos de branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (*national risk assessment*), adotando as medidas eficazes para a sua mitigação (*risk based approach*). Em sentido amplo, trata-se de verdadeira política pública, aplicada em cenário mundial, sobre as medidas de prevenção e repressão à lavagem de capitais.

Deve ser examinada a função do Direito Penal para verificar a sua utilização enquanto mecanismo de política pública³⁷ para a proteção do meio ambiente. Nesse quesito, não é exagero afirmar que “toda teoria da pena é uma teoria da função que deve cumprir o direito penal”³⁸.

As teorias da pena dividem-se entre as absolutas, que têm caráter retributivo, e as relativas, que se orientam para a prevenção³⁹. A classificação como absoluta designa que a justiça que se busca com a pena é absoluta, não dependendo de conveniências utilitaristas de cada momento, enquanto a classificação como relativa indica que a necessidade de prevenção buscada pela pena é relativa e circunstancial⁴⁰.

³⁷ Para Coutinho, o direito pode exercer quatro papéis quanto à política pública: “apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional)” (COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200. p. 194). O presente artigo sustenta o direito penal como ferramenta e arranjo institucional da política pública de proteção ambiental.

³⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

³⁹ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: Significado y finalidad*. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Cizur Menor: Civitas, 2006. p. 87-88.

⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: lustel, 2011. p. 38-40.

Das teorias relativas, advêm formas específicas de prevenção. A prevenção geral (direcionada a todos) pode ser negativa, quando exerce um efeito intimidatório sobre a população, mormente sobre os potenciais criminosos, ou positiva, quando reafirma a confiança dos cidadãos na vigência das normas, tendo como destinatários, portanto, os cidadãos fiéis ao Direito. Já a prevenção especial (direcionada ao agente) pode ser negativa, quando visa à inocuização do agente criminoso enquanto ele está segregado, ou positiva, quando objetiva a ressocialização do criminoso⁴¹.

Descartam-se, de pronto, as teorias absolutas. Acompanham-se as críticas tecidas por Roxin para tanto. As teorias absolutas não fundamentam a necessidade da pena bem como não explicam por que o crime praticado não pode ser compensado por outras medidas que não a pena. Tampouco elas demonstram empiricamente a culpabilidade do agente. Ademais, não explicam como uma pena (mal posterior) pode realmente compensar o crime (mal anterior)⁴².

Já as teorias da prevenção especial, negativa ou positiva, têm por denominador comum a “ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes”⁴³. Essa prevenção pode suceder por intermédio da (re)socialização do criminoso (prevenção especial positiva) ou da inocuização temporária ou permanente (prevenção especial negativa).

Também se descartam as teorias da prevenção especial sob os seguintes fundamentos. A prevenção especial promove um *direito penal do autor* no lugar do *direito penal do fato*, deixando de focar a reprovabilidade da conduta praticada para se concentrar nas características pessoais do agente. Ao pretender inculcar no agente criminoso determinados valores de conteúdo moral, a teoria em questão termina por violar a dignidade humana traduzida na autonomia de cada pessoa. Da prevenção especial também exsurge, como observa Figueiredo Dias, o risco de o direito penal ter uma finalidade terapêutica, ou seja, de tratamento médico do criminoso⁴⁴. Em crítica que se mostra em sintonia com a realidade penitenciária de países rotulados como subdesenvolvidos, Baratta argumenta pela impossibilidade estrutural de uma instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social⁴⁵.

⁴¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (org.). *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000. p. 307-362. p. 322.

⁴² ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradet; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 17-20.

⁴³ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.

⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 105-106.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 8.

Tangenciando a análise detida das teorias da pena⁴⁶, por não ser a finalidade do presente trabalho, foca-se nas teorias da prevenção geral, tanto a negativa quanto a positiva.

Dessa forma, sustenta-se que o Ministério Público pode fomentar e entrecruzar políticas criminais que intimidem potenciais criminosos (prevenção geral negativa) bem como demonstrem, aos cidadãos fiéis ao Direito, a vigência da norma arrostada pela prática do crime (prevenção geral positiva).

Expor-se-á, na seção subsequente, que uma dessas políticas consiste no enfrentamento do crime de lavagem de capitais como instrumento para a proteção do meio ambiente.

3. A efetividade da persecução da lavagem de capitais como política pública para a tutela do meio ambiente

A maioria dos crimes ambientais tem motivação econômico-financeira, ligada à obtenção de lucro. É a hipótese, meramente exemplificativa, dos seguintes crimes: exportação de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente (artigo 30 da Lei nº 9.605/1998); pesca em época proibida ou mediante utilização de instrumentos proibidos (artigos 34 e 35 da Lei nº 9.605/1998); pesca de cetáceos (artigo 2º da Lei nº 7.643/1987); corte de árvores de floresta de preservação permanente (artigo 39 da Lei nº 9.605/1998); extração de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, de pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais (artigo 44 da Lei nº 9.605/1998); poluição derivada do lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos (artigo 54, § 2º, IV, da Lei nº 9.605/1998)⁴⁷; construção em solo não edificável ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida (artigo 64 da Lei nº 9.605/1998); e elaboração ou apresentação, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, de estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão (artigo 69-A da Lei nº 9.605/1998). Esse rol exemplificativo abarca os mais variados bens jurídicos: flora, fauna, ordenamento urbano, patrimônio cultural e administração pública ambiental.

⁴⁶ Para conferir uma análise mais completa sobre as teorias da pena, ver: KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificativa funcionalista sistêmica para a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, nº 36, p. 94-111, set./dez. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/04/DIR36-07.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁴⁷ O ganho, na poluição nesses termos, ocorre porque o poluidor realiza economia dos seus recursos ao não promover o necessário investimento em tecnologias de tratamento de resíduos.

Verifica-se a ilicitude do produto do crime ambiental tendo em vista a sua origem criminoso. Por exemplo, é certo que a madeira proveniente do corte ilegal de árvores da Floresta Amazônica tem natureza ilícita.

Por sua vez, o crime de lavagem de dinheiro respeita, em termos simples, à conduta praticada pelo criminoso com a intenção de ocultar ou dissimular a origem, localização, disposição ou movimentação de ativos provenientes da prática de uma infração penal, tendo por finalidade sua futura reinserção na economia formal, revestidos de aparência de licitude. Em síntese, a lavagem de dinheiro objetiva a transformação de valores financeiros, maculados desde o nascedouro por sua origem criminoso, em recursos que possam ser apresentados como algo “aparentemente legal”. Na verdade, quando de posse do recurso ilícito, o agente criminoso precisa necessariamente fazer com que o dinheiro “sujo” passe a ser considerado “usufruível” do ponto de vista financeiro. Nesse sentido, em leitura própria, excluindo-se os casos de “uso pulverizado” – em valores baixos e que não atinjam os limites previstos nas diversas normas que regulam a obrigação de comunicar por parte dos sujeitos obrigados –, a introdução direta de recursos de origem ilícita na economia formal certamente acionaria os mecanismos de controle existentes – os conhecidos sinais de alerta financeiro ou *red flags* – permitindo-se a rápida identificação do agente criminoso. Por tal razão, para o delinquente, uma nova etapa precisa necessariamente ser iniciada: a prática de conduta cuja finalidade específica consiste em “maquiar” ou “reciclar” a vantagem financeira ilícita, permitindo a sua regular utilização na economia formal. Nesse momento, ocorre a lavagem de dinheiro.

Na lavagem de dinheiro, há sempre uma relação entre o crime antecedente e o crime de branqueamento. O crime ambiental preenche essa relação, ou seja, caracteriza o crime antecedente⁴⁸, considerando a ilicitude do seu produto, como exposto acima. No caso brasileiro, qualquer crime pode figurar como crime antecedente; desde a alteração do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998⁴⁹ promovida pela Lei nº 12.683/2012, não há mais um rol fechado de crimes específicos que pode caracterizar a lavagem de dinheiro. Nesse ponto, o Brasil segue as Recomendações do GAFI⁵⁰, especialmente a Recomendação nº 3, que cuida da definição do delito de branqueamento de capitais. Esta, ao traçar os balizamentos internacionais para os crimes que devem ser considerados crimes antecedentes da lavagem, estabelece que, no mínimo, deve fazer-se presente o conteúdo

⁴⁸ “Assim, desde 2012, é possível que crimes contra o meio ambiente configurem infração penal antecedente para fins de caracterização de crime de lavagem de dinheiro. Trata-se de prática mais comum do que se imagina, pois os crimes ambientais, em sua grande maioria, possibilitam o enriquecimento ilícito do infrator, e estes capitais são passíveis de branqueamento” (ABI-EÇAB, Pedro; GAI, Alexandre. *Tutela do Meio Ambiente*. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2º ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 661-845; p. 816).

⁴⁹ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”

⁵⁰ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA. *As recomendações do GAFI*. Tradução de Controle de Atividades Financeiras (CAOF). 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 05 mar. 2020.

do glossário básico de crimes do GAFI, entre os quais se incluem justamente os crimes ambientais como categoria de crimes designados para a lavagem.

Se o sujeito ativo do crime ambiental ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, do crime ambiental, incorrerá na prática do crime de lavagem de capitais (artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998), apenado com pena privativa de liberdade de três a dez anos e multa. Também comete a lavagem o sujeito ativo do crime ambiental que, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, os converte em ativos lícitos; os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; e importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998).

O próprio indivíduo que, mesmo não tendo praticado o crime ambiental, utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes do crime ambiental comete o crime de lavagem de capitais (artigo 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/1998⁵¹). Claro que é necessária a ciência desse sujeito sobre a origem ilícita dos bens a serem utilizados por ele, para fins do estabelecimento do dolo. Exemplificativamente, se um empresário, de forma consciente, utiliza madeira extraída criminosamente na sua atividade de produção de móveis, praticará o crime de lavagem de capitais. Incrimina-se, vulgarmente falando, a conduta do “receptor” do produto do crime ambiental.

A Lei nº 9.613/1998 também recrudescer a repressão às organizações criminosas ao tipificar a conduta do sujeito ativo que participa de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na lei em questão (artigo 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1998). Além disso, se os crimes tipificados na Lei nº 9.613/1998 forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, a pena é aumentada de um a dois terços (artigo 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/1998). É cediça, como já visto, a atuação de organizações criminosas, contando inclusive com pessoas jurídicas, na prática de crimes ambientais, principalmente quando a empreitada criminosa exige vultosos investimentos, a exemplo do corte ilegal de madeira ou da extração irregular de minério, nos quais, para a obtenção de lucros expressivos, é necessário o emprego de várias pessoas, maquinários e instrumentos.

Contudo, observada a concepção antropocêntrica sobre o meio ambiente, segundo a qual este apenas merece proteção quando representa alguma utilidade para o ser humano⁵², as penas para os crimes ambientais, no Brasil, são baixas. Quase

⁵¹ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. [...] § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”.

⁵² ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do Meio Ambiente. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 661-845; p. 665.

todos os crimes ambientais admitem alguma forma de benefício: transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995; acordo de não persecução penal (artigo 28-A do CPP); suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/1995); institutos que evitam que a persecução penal atinja a condenação do sujeito ativo; e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (artigo 44 do CP) e suspensão condicional da pena (artigo 77 do CP e artigo 156 da LEP).

Essa forma de tratamento aos crimes ambientais pode representar um entrave ao cumprimento das funções de prevenção geral negativa e positiva da pena. Com efeito, os potenciais criminosos não encontrarão desestímulo à prática dos crimes ambientais tendo em vista a baixa punição destes. Sob a análise econômica do crime, considerando ainda a expressividade do lucro decorrente do sucesso do crime ambiental, o sujeito ativo tentará a sorte na sua prática: se não for descoberto, o seu ganho é expressivo; se ele for descoberto, a punição é baixa. O crime compensa, portanto.

Também nesse contexto, os cidadãos fiéis ao Direito duvidarão da vigência das normas que tipificam os crimes ambientais, porque, na prática, os crimes ocorrerão em elevados números, como se a proibição penal não existisse. Logo, a prevenção geral positiva também falhará.

É justamente nesse ponto que o Ministério Público deve fazer o entrecruzamento da lavagem de dinheiro e da tutela criminal do meio ambiente. O direito penal deve funcionar como instrumento para o funcionamento da política criminal⁵³.

Pretende-se fomentar a aplicação dos institutos e da própria metodologia de atuação antilavagem de dinheiro na seara dos crimes ambientais. Ao reduzir a relação *custo x benefício* do crime, objetiva-se desestimular a prática de ilícitos ambientais, reforçando-se o combate à destinação dada aos valores que os criminosos auferem com o cometimento de tais crimes. Nessa linha, “fazer com que o agente não consiga, ao final de sua saga delitativa, usufruir daquilo que justamente o motivou para praticar o ilícito penal, tem de ser, a nosso sentir, a mola propulsora de toda a atuação dos órgãos de aplicação da lei e de persecução criminal”⁵⁴.

Dada a amplitude da lavagem de capitais no Brasil, infere-se que o sujeito ativo do crime ambiental está impedido de utilizar, por qualquer forma, o ganho decorrente da sua conduta criminosa. Dessa sorte, o sujeito ativo não pode usufruir do produto ou do proveito obtido com a prática do crime ambiental se não criar uma manobra, ainda que minimamente estruturada, para dar aparência de licitude aos valores por ele obtidos, permitindo-se sua utilização na economia formal.

A persecução penal da lavagem dos capitais decorrente dos crimes ambientais apresenta efetividade para o cumprimento da prevenção geral negativa e positiva.

⁵³ A propósito, Roxin observa que o “direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica” (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82).

⁵⁴ CARDOSO, Francisco de Assis Machado. O confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 298.

Frente ao tratamento mais severo do crime de branqueamento, os potenciais criminosos serão desestimulados a praticar as condutas que dão azo à lavagem de capitais, ou seja, os crimes ambientais. Na medida em que o sujeito ativo não poderá, por qualquer forma, aproveitar o ganho ou o produto do crime ambiental, porque, se o fizer, incorrerá na prática do crime de lavagem de capitais, cuja pena é significativamente elevada, ele deixará de praticar a infração antecedente, qual seja, o crime ambiental. Vale dizer: o cometimento do crime ambiental será estéril ao sujeito ativo, pois este não poderá aproveitar o ganho que obtiver com a sua prática.

Não só o autor do crime ambiental incorre na lavagem de dinheiro, mas o “receptador” do produto do crime ambiental também. Reitera-se que o grande empresário que recebe a madeira ilegalmente extraída e a emprega em atividade industrial ou econômica incorre na prática da lavagem (artigo 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1998).

A persecução penal da conduta do agente que “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal” também é mais efetiva para a proteção do meio ambiente em comparação com a persecução do autor do crime ambiental de pequenas proporções. Dadas as grandes dimensões da Floresta Amazônica⁵⁵, é impossível fiscalizar cada metro quadrado para evitar, por exemplo, a extração ilegal de madeira e minério, conduta que pode ser isolada e pequena porque desempenhada por pessoas desprovidas de condições econômicas. Revela-se mais racional a persecução dos grandes empresários que adquirem a madeira e o minério. Se o grande empresário, o “receptador”, desaparecer, o autor do crime ambiental não poderá ter a vantagem econômica com a prática desse crime, razão por que não mais o cometerá.

Há outro efeito benéfico para a tutela do meio ambiente decorrente da persecução do crime de lavagem. Pela investigação inicial do crime de branqueamento (ex: expressiva e inédita movimentação de capitais nunca feita por determinada pessoa), que é o crime posterior, desvenda-se a prática do crime anterior (ex: pequenos crimes ambientais cometidos por terceiros que repassaram o produto desses crimes ao agente lavador)⁵⁶. O *money trail* pode elucidar, além do próprio crime de lavagem, o crime ambiental que deu origem àquele. Trata-se, portanto, de mais um mecanismo para apurar crimes ambientais e punir os seus autores.

⁵⁵ No Brasil, a Floresta Amazônica tem a extensão de 4.196.943 Km² (INSTITUTO BRASILEIRO DE FLORESTAS. *Bioma Amazônico*. Disponível em: https://www.ibflorestas.org.br/bioma-amazonico?utm_source=google-ads&utm_medium=cpc&utm_campaign=biomas&keyword=%2Bfloresta%20%2Bamazonica&creative=255512975941&gclid=CjwKCAiA44LzBRB-EiWA-jIpl-Jip3fLDv_willsWCJgyv872EbhkkFZIVB6pdpOc53tK CX-DH8hoCjhAQAvD_BwE. Acesso em: 05 mar. 2020).

⁵⁶ Teixeira sustenta a mesma ideia: “Puxando os fios de uma apuração, muitas vezes é através de certa lavagem de dinheiro em larga escala que se consegue chegar à decifração dos crimes antecedentes que, numa escala proporcional, foram operados” (TEIXEIRA, Bruno Cezar da Cunha. Ação controlada e infiltração de agentes na lavagem de bens e ativos. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 271).

Nesse novo contexto de desestímulo, o número dos crimes ambientais diminuirá sensivelmente, o que demonstrará, aos cidadãos fiéis ao Direito, que as normas que tipificam os crimes ambientais mantêm a sua vigência.

Sustenta-se a cogência da persecução da lavagem de capitais, no âmbito dos crimes ambientais, em decorrência do mandado de criminalização contido no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal do Brasil⁵⁷. Esse dispositivo constitucional determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitem os infratores, pessoas físicas ou jurídicas⁵⁸, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O constituinte originário, que exercita um poder ilimitado, ordenou a aplicação da punição criminal como forma de tutela do meio ambiente. Nessa linha, a punição da lavagem dos capitais derivados dos crimes ambientais tutela o meio ambiente.

Dessa sorte, a persecução penal da lavagem de capitais revela-se efetiva enquanto política pública para desestimular a prática dos crimes ambientais, o que resulta na tutela do meio ambiente. Na condição de titular privativo da ação penal pública do crime de lavagem de capitais, o Ministério Público tem o dever de fomentar essa política.

4. Conclusão

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Paralelamente, todos têm o dever de proteger e conservar o meio ambiente, inclusive para as gerações futuras.

Nesse contexto, devem ser empregadas todas as ferramentas do Direito. A política ambiental deve ser contextualizada, de forma a reconhecer a exigência de integração entre os vários meios de defesa ambiental⁵⁹.

Particularmente, a utilização do Direito Penal para a tutela do meio ambiente – providência ordenada pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal – é medida necessária e constitui uma ferramenta para a política pública ambiental. Essa proteção ocorre mediante a tipificação dos crimes ambientais, cuja apuração e punição constitui um poder-dever das autoridades públicas.

A persecução do crime de lavagem dos capitais decorrentes dos delitos ambientais confere efetividade à tutela do meio ambiente. Essa medida contribui

⁵⁷ “Art. 225. 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. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁵⁸ Em cumprimento do artigo 225, § 3º, da Constituição do Brasil, o artigo 21 da Lei nº 9.605/1998 prevê as seguintes penas cabíveis para as pessoas jurídicas condenadas pela prática de crime ambiental: I - multa; II - restritivas de direitos; e III - prestação de serviços à comunidade.

⁵⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; REIS, Rhuan. Criminalidade organizada em crimes ambientais: marcos normativos internacionais e possíveis respostas. *Revista direito ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, v. 10, nº 1, p. 133-154, jan./abr. 2020. p. 149.

para a prevenção geral negativa desempenhada pela pena, pois desestimula os potenciais criminosos quanto ao cometimento do crime ambiental: para aproveitar o ganho decorrente do crime ambiental em si, o sujeito ativo incorrerá, necessariamente, na prática do crime de lavagem de capitais, o qual é mais severamente apenado. Na outra ponta, o indivíduo que empregar o produto do crime ambiental em atividade econômica ou financeira também incidirá no crime de lavagem, cuja pena é elevada, o que servirá de desestímulo também.

Ademais, o desaparecimento ou a redução do número de agentes que empregam o produto do crime ambiental em atividade econômica ou financeira provoca um desestímulo aos autores dos crimes ambientais, pois estes não terão como aproveitar economicamente o produto do crime ambiental. Logo, a tendência é de redução dos crimes ambientais.

Esse contexto de desincentivo também colabora para a prevenção geral positiva da pena: os cidadãos fiéis ao Direito perceberão que se mantêm vigentes as normas que tutelam penalmente o meio ambiente, pois os crimes ambientais deixarão de ser praticados (ou terão drástica redução) tendo em vista o risco de o autor do crime ambiental ser punido pelo crime de lavagem de capitais.

Constata-se que a persecução da lavagem dos capitais derivados dos crimes ambientais representa verdadeira política pública voltada à defesa do meio ambiente, em razão da presença do poder público, inclusive na figura do Ministério Público, e do emprego de recursos limitados pelo Estado na promoção do direito fundamental difuso ao meio ambiente equilibrado.

Além disso, como a tutela cível e penal do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é função do Ministério Público, este, como titular privativo da ação penal pública, deve fomentar políticas públicas para a defesa do meio ambiente, entre as quais está a utilização do crime de lavagem de capitais.

Referências

ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do Meio Ambiente. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 661-845.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (org.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 273-343. p. 285.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. O confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COLLEMAN, James William. *The criminal elite: the sociology of white collar crime*. 2ª ed. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1989.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200.

DEUTSCHE WELLE. *Angola quer apertar cerco à caça furtiva*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/angola-quer-apertar-cerco-%C3%A0-ca%C3%A7a-furtiva/a-39199747>. Acesso em: 20 dez. 2019.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luís Callegare. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

DOTTI, Renê Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, a. 1990, p. 245-257, maio 1990.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (org.). *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000. p. 307-362.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA. *As recomendações do GAFI*. Tradução de Controle de Atividades Financeiras (CAOF). 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 05 mar. 2020.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

HENDLER, Edmundo S. *Sistemas penales comparados*. Buenos Aires: Didot, 2014.

IMAZON. *Boletim do Desmatamento da Amazônia Legal (janeiro 2020) SAD*. Disponível em: <https://imazon.org.br/publicacoes/boletim-do-desmatamento-da-amazonia-legal-janeiro-2020-sad/>. Acesso em: 03 mar. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE FLORESTAS. *Bioma Amazônico*. Disponível em: https://www.ibflorestas.org.br/bioma-amazonico?utm_source=google-ads&utm_medium=cpc&utm_campaign=biomas&keyword=%2Bfloresta%20%2Bamazonica&creative=255512975941&gclid=CjwKCAiA44LzBRB-EiwA-jJiPl-Jip3fLDv_willsyWCJgyv872EbhhkFZIVB6pdpOc53tKCX-DH8hoCjhAQAvD_BwE. Acesso em: 05 mar. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPECIAIS. *Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite*. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>. Acesso em: 03 mar. 2020.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: Significado y finalidad*. Tradução de Manuel Cândio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Cizur Menor: Civitas, 2006.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificativa funcionalista sistêmica para a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, nº 36, p. 94-111, set./dez. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/04/DIR36-07.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MEREDITH, Martin. *O destino da África: cinco mil anos de riquezas, ganâncias e desafios*. Tradução de Marlene Suano. Zahar. Livro digital. Posição 149.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: lustel, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. *Valor movimentado por crimes ambientais sobe 26% em 2015, para até US\$258 bi, diz PNUMA*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/valor-movimentado-por-crimes-ambientais-sobe-26-em-2015-para-ate-us258-bi-diz-pnuma/>. Acesso em: 17 out. 2019.

NELLEMANN, Christian *et al.* *The Rise of Environmental Crime: A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development and Security*. A UNEPINTERPOL Rapid Response Assessment. [S.l.] United Nations Environment Programme, 2016. Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7662/-The_rise_of_environmental_crime_A_growing_threat_to_natural_resources_peace%2C_development_and_security-2016environmental_crimes.pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 20 out. 2019.

PRADO, Luiz Régis. *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2010. Disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/lavagem%20de%20capitais.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradet; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3ª ed. Montevideo: B de F, 2011.

SIQUEIRA, Lia de Souza. *Segurança pública e Ministério Público: Judicialização e participação social para a prevenção do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 123-130.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; REIS, Rhuan. Criminalidade organizada em crimes ambientais: marcos normativos internacionais e possíveis respostas. *Revista direito ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, v. 10, nº 1, p. 133-154, jan./abr. 2020.

_____. *Acordo de não persecução penal: O exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

_____. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2012.

TEIXEIRA, Bruno Cezar da Cunha. Ação controlada e infiltração de agentes na lavagem de bens e ativos. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

ZIZEK, Slavoj. Introdução: O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 7-38.

Sujeitos processuais no processo de interdição

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Delimitação do tema. 2. Partes, terceiros e sujeitos processuais. 3. Legitimados ativos. 3.1. Autointerdição. 4. Legitimidade passiva. 5. Ministério Público. 6. Curador especial. 7. Intervenção de terceiros e jurisdição voluntária. 7.1 A intervenção prevista no art. 752, §3º, CPC. 8. Perito. 9. Juiz. 9.1. Entrevista. 9.2. Sentença. 10. Curador.

1. Delimitação do tema

O processo de interdição regulado pelos artigos 747 a 758 do CPC apresenta diversas complexidades¹, não só pela situação jurídica que pode constituir ao final, com toda a dificuldade inerente a questões envolvendo pessoas com deficiência que interfere em sua vida civil, mas também por envolver questões processuais que se apresentam com especial singularidade, como as que atingem precisamente os sujeitos processuais que dele participam.

O presente trabalho, portanto, propõe-se a examinar apenas as questões sobre os sujeitos envolvidos no processo de interdição tal como disciplinado no Código de Processo Civil, com os inerentes reflexos de direito material, evidentemente, mas sem

* Pós-doutor pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público de Estado do Rio de Janeiro.

¹ O próprio uso da palavra "interdição" é polêmico, especialmente após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei no 13.146/15, também denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), já que carrega forte carga repressora e limitadora daquele que poderá se encontrar em situação de curatela (a bibliografia sobre o tema é ampla, especialmente na área não jurídica; para não nos alongarmos, apenas duas referências, uma jurídica, uma da área psiquiátrica e outra da área de Serviço Social, respectivamente: ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. DELGADO, Pedro Gabriel. *As Razões da Tutela*: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992. MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. *Interdição Civil*: proteção ou exclusão. São Paulo: Cortez, 2007. Entretanto, optamos pela manutenção do termo tradicional por ser assim tratado no Código de Processo Civil, no cotidiano forense e no próprio Estatuto, quando, por meio do art. 114, alterou os artigos 1.771 e 1.772, parágrafo único, do Código Civil (cf. DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição*. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1929/1930). Confira-se a relevante abordagem de Fernando da Fonseca Gajardoni: GAJARDONI; DELLORE; ROQUE; OLIVEIRA JR. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença*: Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016, p. 1290/1294.

qualquer pretensão de abranger os demais problemas processuais desse procedimento de jurisdição voluntária² e muito menos do Estatuto da Pessoa com Deficiência³.

Em síntese, serão analisados os legitimados ativos, o papel do Ministério Público, a curadoria especial, a intervenção prevista no art. 752, §3º, CPC, os comportamentos do interditando, bem como os papéis do perito e do juiz no processo de interdição. Em alguns aspectos, o trabalho será predominantemente descritivo, mas esse enfoque se justifica para que seja situado o contexto em que se relacionam os sujeitos no processo de interdição. Além disso, ainda que o processo de interdição seja muitíssimo utilizado na prática e seu procedimento tenha sido bastante aperfeiçoado no atual Código de Processo Civil, ainda são raros os estudos na doutrina processual, de modo que nenhuma informação assumia característica supérflua nesse tema.

2. Partes, terceiros e sujeitos processuais

Há diversos problemas relacionados à modificação subjetiva do processo, cujos contornos legislativos e doutrinários clássicos não são suficientes para conciliar a complexidade da sociedade contemporânea com um processo democrático⁴. E essas

² O tema será estudado de modo mais amplo e profundo no volume que escrevemos sobre todos os procedimentos de jurisdição voluntária e que integrará a coleção de *Comentários ao Código de Processo Civil* da editora Saraiva, coordenada por José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, no prelo. Sobre o processo de interdição no atual Código de Processo Civil, onde se encontrarão outras indicações bibliográficas, recomendam-se dois trabalhos: GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 313. vol. 11. DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016.

³ Além das obras sistemáticas de Direito Civil atualizadas já de acordo com o referido Estatuto, recomendam-se como fontes complementares de pesquisa: *Estatuto da Pessoa Comentado*. Farias, Cunha e Pinto (coord.). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Leite, Ribeiro e Costa Filho. São Paulo: Saraiva, 2016. *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas relações Privadas*. Joyceane Bezerra de Menezes (org.). Rio de Janeiro: Processo, 2016. REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. SOUZA, Lara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR (coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. AZEVEDO, Rafael Vieira de. *A Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2ª ed. Pereira, Morais e Lara (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Registre-se que, por meio art. 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil passou a prever, em seu art. 1.783-A, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que aqui também não será analisada (sobre esse instituto, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 927/931. vol. 6).

⁴ Esses problemas envolvendo os sujeitos do processo trazem novas reflexões também sobre a noção do que Antonio do Passo Cabral denomina de "zonas de interesse": "Não obstante, inúmeros ordenamentos e muitos autores sempre estiveram apegados a uma polarização da demanda, vinculando estaticamente a atuação dos sujeitos do processo à correlata posição que aquele sujeito ocupa na relação jurídica material. Na doutrina de origem germânica, consagrou-se um princípio ou sistema de dualidade de partes (*Zweiparteienprinzip*), pois, se ninguém pode litigar consigo mesmo, o processo só seria possível no âmbito de uma plurissubjetividade direcionada a aqueles indivíduos que conflitam em torno de uma relação jurídica material. Ainda que a pluralidade de sujeitos seja nota característica do processo, parece-nos ser necessária uma análise mais dinâmica da relação processual, despreendida desta rigidez bipolar. A situação legitimante, nessa ordem de ideias, poderia ser analisada sob o prisma das funções e das específicas posições processuais em que praticados atos no processo (ônus, direito, poder, faculdade, etc.), ou do complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual. Tradicionalmente, o complexo desses poderes era descrito como 'ação', o que dificulta a correta compreensão de um fenômeno dinâmico como a

dificuldades passam também pelo dissenso terminológico e o excesso de ortodoxia no trato da matéria para a identificação dos sujeitos processuais e as situações jurídicas daí decorrentes⁵. Na jurisdição voluntária ainda se utiliza a palavra “interessados”⁶ (arts.

relação processual. É que o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual, apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos. Portanto, existem ‘ações’ de vários sujeitos, intrincadas e descontinuamente exercidas, umas reagindo às posições dos demais, sem contar aquelas ‘ações’ que são exercidas em formato reduzido, como ocorre com os intervenientes ulteriores, muitos dos quais detentores de menos poderes que as partes. Nesse contexto, falar em legitimidade ativa e passiva é retomar institutos pandectísticos ou ainda recordar a superada visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu. Se a legitimidade está ligada à prática de atos processuais e aos poderes que os sujeitos possuem para praticá-los, só pode ser considerada ‘ativa’, e nos parece de todo incorreto polarizar o conceito. Note-se que é variável a força legitimante de uma situação subjetiva para habilitar o sujeito a assumir posição ativa ou passiva. Por vezes uma mesma situação pode ser considerada legitimante para ajuizar uma ação mas não para figurar como réu. É a hipótese mais comum na legitimidade extraordinária [...] mesmo quando compõem o polo ativo ou passivo (por conta da polarização inicial), diversos sujeitos podem ter simultâneas pretensões e áreas de interesses materiais comuns, bem como outras esferas de discordância, o que, como se verá, justificará, para a prática de um determinado ato, a migração de polo ou atuação processual despolarizada como se no polo oposto figurassem. [...] Não é possível prender a realidade da vida, rica e em constante alteração, ao ‘marco zero’ do momento em que a ação foi ajuizada. Deve-se atentar, paulatinamente, para as mutações por que pode sofrer a relação jurídica material, bem como as múltiplas pretensões e situações jurídicas correlatas que surgem no curso do processo. O raciocínio utilitário da verificação do interesse de agir, portanto, deve atentar para cada módulo ou ‘zona de interesse’ pertinente ao ato ou conjunto de atos que o sujeito deseja praticar. Impõe-se que o julgador se desprenda da narrativa inicial, porque a ação é individuada num momento, mas o interesse se verifica como um *posterius*, caracterizado pelo resultado útil do efetivo exercício da ação e da defesa em outra posição temporal. Por fim, a teoria sobre o interesse de agir no que tange aos terceiros é inadequada ao processo moderno, limitando o contraditório e a participação à exigência privatista de um prejuízo que o sujeito possa sofrer em relações jurídicas materiais próprias. Ao expurgar o interesse econômico, ou qualquer outra utilidade jurídica que não remeta ao conceito de ‘relação jurídica material’, o conceito de interesse jurídico segrega do acesso à Justiça um sem número de situações em que interesses materiais colaterais surgem em decorrência do processo e aos indivíduos envolvidos não é aberta a porta do Judiciário” (Despolarização do processo e “Zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: JusPodivm, 2012, p. 143/145, 155 e 172).

⁵ “A evolução da ciência processual foi responsável pelo descarte de concepções que se assentavam sobre a análise da relação jurídica material, tendo-se por claro, hoje, que os conceitos de ‘parte’ e de ‘terceiro’ devem ser analisados em seu *contexto processual*. Nesse passo, serão partes aqueles que se apresentam como protagonistas da relação jurídica processual, mesmo que *não* figurem como sujeitos da relação jurídica material controvertida. Se o sujeito do processo não integra a relação de direito material controvertida, reconhece-se sua ilegitimidade *ad causam*; entretanto, a parte *ilegítima* ainda assim é parte. A partir dessa premissa comum, formou-se conhecido dissenso doutrinário, que ainda polariza os estudiosos brasileiros, em torno das opiniões de Chiovenda (‘parte é aquele que demanda em seu próprio nome – ou em cujo nome é demandada – a atuação de uma vontade concreta da lei, e aquele em face de quem esta atuação é demandada’) e de Liebman (‘são partes no processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja: os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve preferir seu julgamento’). Apesar das diferenças, as teorias reúnem-se em torno do consenso de que os conceitos de ‘parte’ e ‘terceiro’ se delimitam mutuamente por exclusão, ou seja, será parte quem não é terceiro e vice-versa. Para a aceitação assentada na lição de Chiovenda, terceiro seria aquele que nada pede e em face de quem nada é pedido; para a doutrina de Liebman, terceiro seria aquele que não é sujeito do contraditório” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 200. São Paulo: RT, outubro de 2011, p. 13-70; o texto foi consultado na forma *online* da Revista, que não traz a numeração das páginas impressas, mas o trecho transcrito integra o item 2 do trabalho citado). Em sua peregrine análise crítica, Heitor Sica bem demonstra o entrelaçamento entre as figuras de litisconsórcio e intervenção de terceiros, demonstrando problemas e propondo soluções, que, contudo, não foram inteiramente contempladas no novo CPC, o que só revela a atualidade e a complexidade do tema.

⁶ “Na jurisdição voluntária, contudo, a lei não utiliza a palavra *partes* para designar esses sujeitos, mas a palavra *interessados*. Isso porque há diversas hipóteses na jurisdição voluntária em que os sujeitos principais não ocupam posições antagônicas, sendo apenas sujeitos postulantes, como ocorre, por exemplo, no divórcio consensual, no qual os dois cônjuges, de comum acordo, se dirigem ao juiz formulando o mesmo

88, 720, 721, entre outros, CPC), com a doutrina clássica distinguindo entre “sujeitos” e “pessoas” do processo para justificar uma terminologia própria nessa seara⁷, o que em nada contribui para a compreensão do tema e ainda reforça a ideia de que se trata de um universo incomunicável com o do “processo contencioso”⁸.

Sem embargo da relevância histórica para o estudo do processual, a distinção entre parte e terceiro deve ser simplificada para melhor compreensão das situações que decorrem do aspecto subjetivo do processo. Nesse contexto:

[p]arte processual é aquela que está em uma relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão. [...] Parte material ou do litígio é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual [...]. Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo determinada situação jurídica⁹.

Em outro trecho, Didier Jr. sintetiza o conceito de parte como “sujeito parcial do contraditório”, o que, como se vê, abrange os terceiros intervenientes, que, autorizados por lei, ingressam em processo pendente: “a intervenção de terceiros é fato jurídico processual que transforma pessoa estranha ao processo pendente em parte dele integrante”¹⁰, o que nos parece a ideia adequada para se trabalhar, mas insuficiente para expressar toda a dimensão do aspecto subjetivo do processo de interdição.

pedido comum” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244. vol. 1). Interessante anotar que Cândido Rangel Dinamarco vale-se da noção de interessado precisamente para elaborar o “conceito puro de parte”: partes são os sujeitos *interessados* da relação processual, ou os *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz* (Liebman). Dizem-se *interessados* porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. [...] Esse é um *conceito puro de parte*, ou puramente processual. Apoia-se exclusivamente no fato objetivo de a pessoa estar incluída em uma relação processual como seu sujeito parcial e ali estar em defesa de alguma pretensão” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 246/248. vol. II).

⁷ Cf. PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 185/188.

⁸ Não admitindo o uso de “sujeitos”, mas apenas de “interessados”: PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 185/189. Essa concepção, largamente utilizada, decorre diretamente de Lopes da Costa, que, utilizando os mesmos argumentos, preferia utilizar “requerente e requerido”: *A administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961, capítulo VII, especialmente p. 87.

⁹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 289/290. Esclarece Didier Jr. que “a parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado), que é a parte principal, ou a parte auxiliar, coadjuvante, que, embora não formule pedido, ou não tenha contra si pedido formulado, é sujeito parcial do contraditório e, pois, parte. É o caso do assistente simples, por exemplo. Há as partes da demanda principal, autor e réu, e há as partes de demandas incidentais, que podem não ser as mesmas da demanda principal. Por exemplo: no incidente de arguição da suspeição do juiz, as partes são o arguente (autor ou réu) e o próprio juiz, que, nesse incidente, é parte” (ob. cit., p. 289).

¹⁰ Ob. cit., p. 483/486. Cf., também, ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 82 e 588/590. vol. II, tomo I. Na síntese de Alexandre Câmara, “é importante deixar claro que o terceiro só é terceiro antes da intervenção. A partir do momento em que ingressa no processo ele passa a ser um de seus

Para os fins deste trabalho, considerando-se as peculiaridades do processo de interdição, mais importante do que extremar os conceitos de partes e terceiros é fixar a ideia de que os sujeitos processuais devem ser considerados a partir da noção plena do contraditório¹¹. Deve-se fixar, pois, a ideia de sujeitos dos processos, em que se incluem o juiz o autor e réu, além dos auxiliares permanentes da justiça, os sujeitos probatórios (testemunhas, peritos e assistentes técnicos), os terceiros, o Ministério Público e demais postulantes¹².

Com efeito, se em seu formato mínimo a conformação subjetiva do processo pode se apresentar de modo bastante singelo, é cada vez mais comum a observação de situações que apresentam variada complexidade no aspecto subjetivo, fazendo com que os estáticos conceitos tradicionais não sejam suficientes para enquadrar hipóteses que se apresentam¹³. Com efeito, é possível que o processo se instaure

sujeitos e, portanto, adquire a qualidade de parte. Afinal, é parte do processo todo aquele que se apresenta como um sujeito em contraditório, podendo atuar de forma a exercer influência na formação do resultado do processo. E é exatamente assim que atua o terceiro interveniente, qualquer que seja a modalidade de intervenção. O terceiro, pois, ao intervir, torna-se *parte do processo*. Nem sempre, porém, será ele *parte da demanda*" (O *Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86. Em termos semelhantes, DINAMARCO: *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 372/375. vol. II. O entendimento de que todo terceiro interveniente torna-se parte não é unânime, evidentemente. Sobre o tema, exemplificativamente: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 84/87. vol. 2. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 354. vol. 1. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 227/233 e 259.

¹¹ Cf., PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. *Jurisdição e Processo*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Luís Alberto Reichelt (trad. do texto citado). Rio de Janeiro: Forense, 2008. CABRAL, Antonio do Passo. *Nullidades no Processo Moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *Audiatur et Altera Pars: Il contraddittorio fra principio e regola*. Maurizio Manzin e Federico Puppo (org.). Milano: Giuffrè, 2008. Confira-se também o trabalho de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes: Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, nº 168. São Paulo: RT, fevereiro de 2009. Mais recentemente, entre outras referências bibliográficas, especialmente após a vigência no novo CPC: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, itens 2.1 e 2.2.

¹² GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 239. vol. 1.

¹³ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 515. vol. 1. Nesse sentido, por exemplo, além da intervenção prevista para a interdição de que nos ocuparemos oportunamente, temo a segunda parte do art. 1698 do Código Civil ainda causa grande controvérsia. Para Fredie Didier Jr., trata-se de litisconsórcio facultativo passivo simples ulterior, mediante iniciativa do autor ou do Ministério Público, caso intervenha no processo (Cf. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 542/549). Entendemos que essa interpretação de Fredie Didier Jr. merece adesão, já que inexiste a solidariedade que enseja o chamamento ao processo e a iniciativa da ampliação do processo realmente não pode ser efetivada pelo réu, que, se assim agisse, funcionaria como substituto processual do autor. Registre-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça já julgou no sentido de haver litisconsórcio necessário entre os avós (REsp 958.513/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 01/03/2011). Já o artigo 12 do Estatuto do Idoso autoriza a escolha do devedor que será acionado e sua responsabilização integral para suprir as necessidades do credor, sem prejuízo de eventual direito de regresso contra os coobrigados. Levado o raciocínio às últimas consequências, o devedor "escolhido" arcará com a integralidade da dívida, mesmo que ultrapasse sua capacidade econômica, o que nos parece desarrazoado, havendo incompatibilidade ontológica entre solidariedade obrigacional e alimentos. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já julgou no sentido da prevalência da solidariedade (REsp 775.565/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13.06.2006, DJ 26.06.2006 p. 143). O art. 12 dispõe que "a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores", subvertendo,

e extinga com o envolvimento apenas do autor e do juiz¹⁴. Mas as complexidades podem ser inúmeras, como a presença de litisconsortes (inclusive com ingresso superveniente¹⁵), a intervenção de terceiros, os denominados litígios de massa, e os

assim, o entendimento pacífico da doutrina sobre a *inexistência* de solidariedade na obrigação alimentar. Afinal, *“rigorosamente falando, o número de cadeias obrigacionais de alimentos varia conforme a necessidade do alimentando e a possibilidade concreta de cada um dos devedores. A solidariedade só não existe diante dessa característica dessa obrigação alimentar. Não há como exigir o ‘todo’ de um porque a obrigação depende, para existir, da possibilidade concreta de cada um dos obrigados”* (BUENO, Cássio Scarpinella. Chamamento ao processo e o devedor de alimentos – uma proposta de interpretação para o art. 1698 do novo Código Civil. *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 85). Com efeito, a partir do momento em que a obrigação alimentar se baseia no tradicional binômio *necessidade-possibilidade*, não é possível que o credor exija o pagamento da totalidade da dívida de apenas um devedor, o que inviabiliza a possibilidade de haver solidariedade obrigacional. Indubitavelmente esse dispositivo tem a finalidade de conferir maior vantagem ao idoso, já que alarga o polo passivo de eventual ação de alimentos e possibilita maior êxito no recebimento de quantia suficiente para suprir suas necessidades. Ou seja: ampliou-se a possibilidade para melhor atendimento da necessidade. Essa inovação legislativa causou perplexidade, já que, além de passar a considerar a obrigação alimentar como solidária, vislumbrou-se ofensa à ordem da obrigação alimentar (art. 1696 do Código Civil) e incompatibilidade com o art. 227 da Constituição, já que não foi concedido à criança e ao adolescente o mesmo tratamento, o que violaria o mandamento constitucional da proteção integral, ante a vantajosa previsão para os idosos. Entendemos que o art. 12 do Estatuto do Idoso deve ser cotejado com o disposto no art. 1698 do Código Civil, que permite a integração do processo por todos os coobrigados. Como a obrigação alimentar é divisível, trata-se de categoria intrinsecamente incompatível com a solidariedade, já que cada devedor só responde na medida de sua possibilidade, tanto assim que não há direito de regresso entre coobrigados, a previsão do Estatuto do Idoso só pode significar a possibilidade de a ação ser ajuizada simultaneamente contra todos os coobrigados, garantindo maior êxito no recebimento de alimentos condizentes com sua necessidade. Note-se que a possibilidade de ajuizamento da ação contra devedores de classes diferentes é permitida a qualquer credor de alimentos por meio da figura do litisconsórcio facultativo eventual, já que a falta do obrigado de que trata o art. 1696 do Código Civil significa também insuficiência econômica (falta de capacidade econômica). Aplicando-se nossa ideia ao disposto no Estatuto do Idoso, o Promotor de Justiça, constatando a existência de idoso em situação de risco, como no exemplo formulado em páginas anteriores desse item, poderá ajuizar ação de alimentos contra todos os coobrigados. Caso haja coobrigados de classes diferentes, é necessário que na inicial seja narrada a insuficiência econômica dos obrigados da classe mais próxima, a fim de que possa ser ampliado o polo passivo. Concluímos, pois, que, dada a natureza da obrigação alimentar, o art. 12 do Estatuto do Idoso deve ser compatibilizado com o art. 1698 do Código Civil, mantendo-se, assim, uma igualdade de regime de alimentos entre todos os credores, permitindo-se a ampliação do polo passivo da relação processual, inclusive por meio de litisconsórcio alternativo eventual. Merece ser remarcado, por fim, que o sistema normativo indubitavelmente optou por emprestar maior garantia para quem necessita de alimentos e toda interpretação deve ser no sentido de garantir maior eficácia para o credor de alimentos. Esse é apenas um singelo exemplo dessa inadequação dos conceitos tradicionais para acomodar uma inovação legislativa simples. Veja-se, porém, que os níveis de complexidade assumem outro patamar quando pensamos no incidente de assunção de competência, bem como no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou mesmo nas ações de controle de constitucionalidade ou qualquer outro meio apto para ensejar a formação de precedente obrigatório. Mesmo no processo coletivo, há décadas frequentando o cotidiano forense, existem problemas que ultrapassam o enquadramento clássico de partes e terceiros (cf., para uma nova compreensão do processo coletivo: VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016).

¹⁴ Embora em situações limitadíssimas, há a possibilidade em tese de o juiz iniciar de ofício eventual procedimento, mas sempre em referência a uma situação jurídica alheia, de modo que, ainda que se considere possível essa atuação judicial heterodoxa, a rigor não se deve pensar em processo em que se figure apenas o juiz. Em relação à existência necessária de réu, é plenamente possível que o processo se dê apenas entre autor e juiz, seja porque se está diante de uma “jurisdição necessária” (e a jurisdição voluntária é pródiga em situações assim), seja porque sequer seja possível ou útil a formação do polo passivo, o que não afeta, contudo, a formação de um processo jurisdicional sem réu. No caso da interdição, temos ainda a hipótese da autointerdição, que se examinará em item próprio.

¹⁵ “A realidade é que a diferença entre uma e outra teoria – de um lado, a de Chiovenda; de outro, a de Liebman – tem pouca relevância prática; no ordenamento vigente, de acordo com as posições colhidas da

casos aptos a ensejar a formação de precedentes vinculativos. Afinal, é da natureza de um processo democrático sua aptidão para acomodação de pessoas que dele querem e devem participar. Participação e complexidade subjetiva constituem uma relevante dimensão desse fenômeno e não necessariamente se encaixam nas clássicas e estáticas posições constantes dos polos ativo e passivo ou nas figuras de terceiros delineadas na doutrina.

No processo de interdição, como será visto nos itens seguintes, podemos chegar a uma configuração constante dos seguintes sujeitos processuais (uma espécie de formação subjetiva necessária): legitimado ativo (podendo haver litisconsórcio), juiz, legitimado passivo (que também pode ser legitimado ativo, em caso de “autointerdição”), Ministério Público, curador, curador especial e perito(s). Esses sujeitos estariam presentes necessariamente em todos os processos de interdição, caso se considerem, como parece que se encaminham doutrina e jurisprudência, que a perícia é prova essencial e que sempre haverá curador especial. Além dos sujeitos necessários, o CPC, além da representação por advogado do interditando, se o nomear, ainda faculta a intervenção prevista no art. 752, §3º (necessariamente por meio de advogado), prevê o acompanhamento de especialista para a entrevista¹⁶, quando também poderão ser ouvidas pessoas próximas e parentes (art. 751, §§2º e 4º).

3. Legitimados ativos

O art. 747, CPC, cuida basicamente da legitimidade ativa para a promoção da interdição¹⁷, com preferência para aqueles que mantêm vínculo que indicam

maioria da doutrina, restringe-se basicamente às figuras do *amicus curiae* e da *assistência simples*, na medida em que outros sujeitos que vêm participar do processo, depois da propositura da demanda originária, estão de todo modo envolvidos em uma demanda ou são pela própria lei equiparados a litisconsortes, como é o caso da assistência litisconsorcial. [...] O tema estudado neste trabalho, contudo, torna novamente relevante a diferença entre as duas teorias: quando o juiz convoca um terceiro para participar do processo, por meio da intervenção *iussu iudicis*, não é adequado afirmar, como se verá adiante, que ele proponha uma demanda em face desse terceiro. Assim, esse sujeito terá amplas possibilidades de participação no processo e em alguma media sujeitar-se-á às suas repercussões, de modo que, tal como se passa com a assistência simples, não teria sentido considerá-lo terceiro mesmo depois da intervenção. Definitivamente há grande diferença entre aqueles que participam do processo, ainda que não sejam os titulares da situação jurídica nele discutida, mas ostentam interesse de grau menor suficiente para permitir sua participação, e aqueles que jamais ingressaram no processo. Nesse ponto, é de duvidosa utilidade qualificar como terceiro sujeito interessado que está dentro do processo. De outro lado, é de se reconhecer que a lei, ao utilizar o vocábulo ‘parte’, nem sempre se refere a fatos que digam respeito ao assistente ou a atos que este possa praticar. Não há dúvida de que a demanda originária e outras demandas apresentadas ao longo do processo são relevantes para definir quem seja parte; mas o contraditório mostra-se ainda mais relevante, pois é elemento estruturante do próprio processo e permite que os sujeitos interessados dele participem adequadamente (por meio de poderes, faculdades, ônus e deveres)” (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de Terceiro por Ordem do Juiz: a intervenção iussu iudicis* no processo civil. São Paulo: RT, 2017, p. 55/57). Sobre o vários problemas envolvendo o litisconsórcio unitário, com enfoque moderno e ampla pesquisa: EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio Unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: RT, 2016.

¹⁶ Considerando-se que a situação de curatela decorrente do processo de interdição deve ser excepcional e na medida das necessidades do interditando (art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência), o art. 1.771, CC, prevê que o juiz seja acompanhado por “equipe multidisciplinar”.

¹⁷ Cf. o enunciado nº 57 da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento”.

proximidade com o interditando ou curatelando, isto é, o cônjuge ou companheiro, os parentes ou tutores e o representante de entidade no caso de pessoa que esteja abrigada em instituição de longa permanência, com o Ministério Público funcionando como legitimado subsidiário em condições específicas. O critério fundamental para qualquer questão envolvendo o processo de interdição é sua função protetiva para o interditando, de modo que também não escapa dessa ideia fundamental a necessidade de se aferir se aquele que possui aptidão abstrata para promover a interdição possui concreta condição de atuar em defesa do interditando ou curatelando, nesse sentido de que a situação de curatela, por mais limitadora que seja, será constituída em benefício de quem dela necessita. Em síntese, também na admissão do legitimado ativo, há que se balizar pelo critério do melhor interesse do interditando, o que pode significar a exclusão casuística de algum legitimado ativo, como o cônjuge ou algum outro parente que com ele esteja em litígio¹⁸. Pela mesma razão, havendo algum fato que afete o vínculo jurídico com o interditando ou curatelando, a legitimidade também não deve ser reconhecida, como no caso de destituição do poder familiar de um genitor ou da separação de fato, quando, a rigor, não existe mais o vínculo conjugal¹⁹ (cf. art. 1.775, CC²⁰). Houve ampliação dos legitimados ao se referir o inciso segundo aos “parentes”, o que, à míngua de restrição legal, deve ser compreendido dentro do conceito legal, isto é, os parentes consanguíneos, em linha reta e colateral, e os afins (arts. 1.591 a 1.595, CC)²¹. A previsão do tutor como legitimado ativo se dá em virtude de a interdição poder incidir sobre a situação jurídica de criança e adolescente, já que as causas da incapacidade são distintas. Evidentemente, tutela e curatela não se confundem e o tutor somente será legitimado no caso de haver prévia constituição da situação de tutela. As instituições ou entidades de atendimento ou acolhimento não raro são o único e último refúgio de pessoas em situação de curatela²², de modo que é uma previsão útil e consentânea com a realidade social a possibilidade de o

¹⁸ “Curatela. Interdição. Nomeação de curadores. Cônjuge. Havendo litígio entre o interditando e aquele que a lei estabelece como possível curador, não pode ser obedecida a ordem legal, por exigência natural das coisas. Estando a mulher litigando com o marido em ação de divórcio, não deve ser nomeada curadora provisória dele. Art. 454 do C. Civil. Recurso não conhecido” (REsp 138.599/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 08/10/1997, DJ 10/11/1997, p. 57796). Ainda que a legitimidade ativa e a função de curador não se confundam, normalmente o requerente recebe a nomeação para o encargo. Entretanto, o mesmo raciocínio utilizado no julgado ora citado deve ser estendido à legitimidade ativa, já que a promoção da interdição vincula-se ao caráter protetivo.

¹⁹ Cf. “O entendimento desta Corte é no sentido de admitir o reconhecimento da união estável mesmo que ainda vigente o casamento, desde que haja comprovação da separação de fato dos casados, havendo, assim, distinção entre concubinato e união estável, tal como reconhecido no caso dos autos. Precedentes. Súmula 83/STJ” (AgRg no AREsp 597.471/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014).

²⁰ “Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito”.

²¹ O art. 1.768, II, CC, cuja redação era semelhante à que consta no art. 747, I e II, CPC, foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas remanesce a disposição ora comentada, como visto no tópico sobre o problema de direito intertemporal.

²² Estatuto da Pessoa com Deficiência: Art. 85, §3º: “No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado”.

representante possuir legitimidade ativa²³. Embora taxativa, a ordem dos legitimados não é preferencial²⁴ nem excludente – em tese, é possível haver litisconsórcio, como em casos em que se pretende curatela compartilhada (art. 1.755-A, CC) ou mesmo em reunião de ações –, cabendo sempre a ressalva de que sempre o critério do melhor interesse do interditando deverá ser observado e também que a lei pode limitar a legitimidade, como no caso do Ministério Público, como se verá em item próprio.

3.1. Autointerdição²⁵

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o art. 1.768, IV, CC²⁶, passando a prever a possibilidade de a própria pessoa promover o “processo que define os termos da curatela”. Trata-se de possibilidade consentânea com a nova feição que o tema recebeu a partir do novo regramento sobre a capacidade civil. Com efeito, se à primeira vista pode soar estranho que uma pessoa tenha discernimento para requerer a constituição de uma medida que pressupõe a impossibilidade de expressar sua vontade, o fato é que, de acordo com o referido Estatuto, as situações existenciais não são afetadas pela deficiência, de modo que é correta a previsão legal, que, aliás, já era alvitrada por doutrina na codificação anterior²⁷. Trata-se, portanto,

²³ Jefferson Carus Guedes aponta que deveria a lei processual contemplar a legitimidade da família substituída em caso de acolhimento familiar, previsto no art. 19, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2016, 482. vol. 11). Entretanto, por força do art. 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do art. 747, III, CPC, pode-se estender essa legitimidade em caso de acolhimento familiar, se as circunstâncias do caso indicarem a preservação do melhor interesse do menor.

²⁴ “Recurso especial. Civil. Processo civil. Ação de interdição. Legitimidade ativa. Ordem legal. Taxativa. Não prioritária. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Prequestionamento. Ausente. Súmula nº 282/STF. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a ordem prevista nos arts. 1.177 do Código de Processo Civil e 1.768 do Código Civil é exclusiva ou preferencial na fixação da legitimidade ativa para a propositura da ação de interdição. 2. A enumeração dos legitimados é taxativa, mas não preferencial, podendo a ação ser proposta por qualquer um dos indicados, haja vista tratar-se de legitimação concorrente. 3. A interdição pode ser requerida por quem a lei reconhece como parente: ascendentes e descendentes de qualquer grau (art. 1.591 do Código Civil) e parentes em linha colateral até o quarto grau (art. 1.592 CC). 4. A ação visa a curatela, que é imprescindível para a proteção e amparo do interditando, resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada pelos seus atos. 5. A existência de outras demandas judiciais entre as partes por si só não configura conflito de interesses. Tal circunstância certamente será considerada quando e se julgada procedente a interdição for nomeado curador. 6. Recurso especial não provido” (REsp 1346013/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015).

²⁵ Com essa expressão, estamos nos referindo à legitimidade ativa do próprio interditando. Na doutrina, há estudo sobre a possibilidade de se firmar negócio jurídico atípico de autocuratela para a administração patrimonial da pessoa com deficiência, com uma espécie de mandato permanente, e como forma de expressão da autonomia do sujeito. Trata-se, portanto, de algo totalmente diverso do que aqui será tratado (sobre o tema sob o aspecto negocial: COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). Ressalve-se, também, que há um problema temporal no caso, já que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu várias alterações em artigos do Código Civil que foram revogados com a vigência do atual CPC (art. 1072, II, CPC). Parece-nos que a opção pela convivência normativa das regras se afigura possível, considerando-se as peculiaridades dos processos legislativos que caminharam paralelamente, o que causou previsíveis transtornos (cf. DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição*. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1932).

²⁶ “Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: IV - pela própria pessoa”.

²⁷ “A pessoa pode perceber que não esteja em seu perfeito juízo e completo discernimento, mesmo em fases alternadas. A outorga de procuração a terceiro não resolveria, pois, a qualquer momento, poderia

de legitimidade para requerimento de interdição por qualquer motivo, não sendo restrita à deficiência física²⁸, intelectual ou mental que afete a expressão da vontade. A possibilidade de a própria pessoa requerer sua interdição, entretanto, apresenta algumas peculiaridades, o que motivou até mesmo o veto expresso de parte da doutrina acerca dessa possibilidade²⁹, agora superada com a alteração legislativa. Se a própria pessoa admite a necessidade de interdição, logo, da existência de uma incapacidade relativa, há necessidade de imediata regularização procedimental, nomeando-se curador provisório que passará a assistir o autor.³⁰ Além disso, há outras repercussões processuais que podem ser assim sintetizadas: 1) o fato de se

revogá-la. E pode haver o interesse manifesto de, definitivamente (pelo menos enquanto dure a anomalia psíquica), ser resguardada a própria pessoa e, máxime, seu patrimônio, com a nomeação de curador pelo juiz. Embora a lei não o mencione, entendemos possível, porque ninguém velará mais por si do que o próprio interessado” (MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 436. vol. XII).

²⁸ A hipótese que era prevista no art. 1.780, CC, embora fosse caso de curatela judicial, não se tratava de processo de interdição, por não afetar a capacidade desse específico curatelado, de modo que seu procedimento era o de jurisdição voluntária comum (cf. DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1929). Esse dispositivo, contudo, foi revogado pelo art. 123, VII, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a situação da deficiência física, desde que impeça a manifestação da vontade, insere-se no regramento geral do referido Estatuto. Mantém-se, todavia, a peculiar hipótese de curatela do nascituro no art. 1779, CC (cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 926/927. vol. 6).

²⁹ PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 300. vol. 7. Leonardo Greco, por sua vez, apontava que essa proibição de autointerdição era paradoxal em um sistema que trabalhava com legitimação extraordinária (*Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 111 – nessa mesma página, o autor entendia não guardar coerência com o sistema não conferir a possibilidade de a interdição ser iniciada de ofício pelo juiz, o que continua vedado no novo Código, a nosso ver com razão, já que não se deve atribuir legitimidade extraordinária a quem deve julgar e há colegitimados suficientes para a tutela dos direitos do interditando).

³⁰ Essa questão da capacidade processual do interditando, quando já nomeado curador provisório, ou mesmo na sentença, é complexa e há precedente do STJ no sentido de que deve ser preservado o mandato outorgado antes da constituição da incapacidade: “Recurso especial. Civil e processual civil. Ação de interdição. Efeitos da sentença de interdição sobre as procurações outorgadas pelo interditando a seus advogados no próprio processo. Negativa de seguimento à apelação apresentada pelos advogados constituídos pelo interditando. Não ocorrência da extinção do mandato. A sentença de interdição possui natureza constitutiva. Efeitos *ex nunc*. Inaplicabilidade do disposto no art. 682, II, do CC ao mandato concedido para defesa judicial na própria ação de interdição. Necessidade de se garantir o direito de defesa do interditando. Renúncia ao direito de recorrer apresentada pelo interditando. Ato processual que exige capacidade postulatória. Negócio jurídico realizado após a sentença de interdição. Nulidade. Atos processuais realizados antes da negativa de seguimento ao recurso de apelação. Preclusão. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*. 2. Outorga de poderes aos advogados subscritores do recurso de apelação que permanece hígida, enquanto não for objeto de ação específica na qual fique cabalmente demonstrada sua nulidade pela incapacidade do mandante à época da realização do negócio jurídico de outorga do mandato. 3. Interdição do mandante que acarreta automaticamente a extinção do mandato, inclusive o judicial, nos termos do art. 682, II, do CC. 4. Inaplicabilidade do referido dispositivo legal ao mandato outorgado pelo interditando para atuação de seus advogados na ação de interdição, sob pena de cerceamento de seu direito de defesa no processo de interdição. 5. A renúncia ao direito de recorrer configura ato processual que exige capacidade postulatória, devendo ser praticado por advogado. 6. Nulidade do negócio jurídico realizado pelo interdito após a sentença de interdição. 7. Preclusão da matéria relativa aos atos processuais realizados antes da negativa de seguimento ao recurso de apelação. 8. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 9. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 1251728/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013). Entretanto, no caso da autointerdição, já há manifestação desde a origem sobre a própria incapacidade e não se trata aqui, a rigor, de direito de defesa.

tratar de autointerdição possui consequências procedimentais, como ausência de intimação para impugnação, mas não elimina a necessidade de ampla instrução da causa, com a necessidade de juntada de prova documental e da realização de entrevista, já que a regra do direito brasileiro é a capacidade e a situação de curatela é excepcional e deve ser adequada às circunstâncias do caso; 2) não se pode considerar a petição inicial como confissão, já que não se enquadra exatamente nos termos do art. 389, CPC, e, o mais importante, refere-se a direito indisponível (art. 392, CPC); 3) o fato de se tratar de autointerdição, entretanto, possui consequências acerca do comportamento da parte, de modo que, por exemplo, a necessidade de nomeação de curador provisório se torna evidente diante dessa situação; 4) a entrevista do interditando ou curatelando é obrigatória, já que se trata de momento procedimental em que o juiz e, em tese, um especialista ou equipe multidisciplinar avaliarão as condições pessoais do interditando, tratando-se de relevante etapa instrutória; 5) na autointerdição mostra-se ainda mais conveniente a ampliação subjetiva da entrevista, na forma do art. 751, §4º, CPC; 6) não haverá polo passivo, de modo que inexistirá citação e prazo para impugnação, devendo haver apenas a intimação para o comparecimento à entrevista; 7) na autointerdição desde logo o interditando deverá estar acompanhado por advogado, não se impondo a presença de curador especial, salvo se se entender que se está diante da hipótese do art. 72, I, CPC; 8) na autointerdição, portanto, não haverá a intervenção prevista no art. 752, §3º, CPC, cujo pressuposto é a ausência de advogado, de modo que a participação será limitada precisamente na situação em que talvez seja mais necessária a participação de outros interessados, a fim de ampliar a possibilidade de esclarecimento e compreensão do quadro fático.

4. Legitimidade passiva

Legitimado passivo será sempre uma pessoa natural e a nova redação do art. 1.767, CC, dispõe que estão sujeito à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos. Note-se que foi superada qualquer referência à deficiência mental ou qualquer outra designação estereotipada que não raro era utilizada pela legislação e o critério definidor da primeira hipótese de pessoa sujeita à curatela é a impossibilidade de exprimir a vontade, por causa transitória ou permanente. Os sujeitos passivos do procedimento de interdição³¹ são os relativamente incapazes de acordo com a nova redação do art. 4º, II, III e IV, CC, já que a incapacidade absoluta ficou reservada exclusivamente aos menores de dezesseis anos (art. 3º, CC), o que pode ensejar o quadro de uma pessoa que desde o nascimento, e sem qualquer

³¹ "Art. 1.767, CC: Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; V - os pródigos". Em razão da própria finalidade do processo de interdição, não há interesse no ajuizamento da ação em face de criança ou adolescente, em razão da incapacidade absoluta ou relativa já existente. Entretanto, conhecendo-se os labirintos da burocracia brasileira, não é de todo possível que algum regramento exija a decretação de interdição para algum fim específico, fazendo surgir, assim, o interesse de agir. Evidentemente, se se tratar de pessoa emancipada, há interesse em eventual ação de interdição.

prognóstico de progresso médico, não consiga exprimir sua vontade em nenhum modo ou circunstância, e ainda assim não seja legalmente considerada absolutamente incapaz, por exemplo.

Se a interdição é medida excepcional e a regra é a plena capacidade da pessoa (cf. arts. 6º, 84 e 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência), o procedimento de interdição deve ser todo orientado no sentido da preservação do melhor interesse do interditando, o que significa a constituição da curatela na exata medida de suas necessidades e, também, a não constituição de curatela se a medida não for estritamente necessária. Ou seja: o processo de interdição deve ser conduzido para ser aferida a excepcional necessidade de se impor uma situação de curatela e também para evitar que alguém que dela não necessite acabe por recebê-la. Nesse contexto, o interditando deve ser citado para duas finalidades: 1) a primeira refere-se à função mesma da citação, isto é, comunicar o conteúdo do processo e possibilitar o contraditório, que abrange não só o prazo para oferecimento de eventual contestação a partir da entrevista (art. 752, CPC), mas também a ciência desde logo do ajuizamento da ação e de seus termos; 2) além disso, será o interditando citado para comparecer à audiência em que será entrevistado pelo juiz (art. 751, CPC). Essa entrevista insere-se nessa ampla formação de um conjunto probatório que embasará ou não a constituição da curatela, ou seja, trata-se de ato que integra a cognição das circunstâncias concretas que balizarão o processo de interdição. O mandado de citação deverá ser acompanhado de cópia da petição inicial, não se aplicando o art. 695, §1º, CPC, por sua incompatibilidade com esse procedimento. Pode-se configurar a situação prevista no art. 245, CPC, quando, então, o curador não poderá ser a mesma pessoa que ajuizou a ação. No caso de autointerdição, evidentemente não haverá citação do interditando, que, contudo, deverá ser intimado para a entrevista. Pela natureza do processo de interdição, não incidem os efeitos da revelia³².

5. Ministério Público

Nos processos de interdição, o Ministério Público atuará sempre como fiscal da ordem jurídica, às vezes como legitimado ativo e nunca como curador especial.

Essa é a síntese de sua atuação, não havendo mais espaço para o insistente equívoco em épocas passadas sobre a natureza de sua participação no processo. O art. 752, §§1º e 2º, CPC, é didático ao separar as funções de fiscal da ordem jurídica e a

³² Entende-se que a vulnerabilidade e o estado de incapacidade impedem os efeitos da revelia. Há que se refletir, porém, acerca desse quadro, já que não há mais incapacidade absoluta a partir da decretação da interdição e somente os atos patrimoniais são afetados, praticamente equiparando-se os efeitos entre a pessoa que não consegue exprimir sua vontade com os pródigos (cf. art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência e art. 1.782, CC). Não se trataria, a rigor, de direitos indisponíveis, especialmente porque a incapacidade relativa sequer estará constituída. Pode-se cogitar que há “incapacidade provisória” no caso de nomeação de curador provisório, quando, então, não haveria que se falar em efeitos da revelia. De todo modo, caso se entenda que sempre haverá nomeação de curador especial quando não houver advogado constituído, não haverá que se falar em efeitos da revelia. Por fim, é possível ainda a incidência do art. 121, parágrafo único, combinado com o art. 752, §3º, CPC.

de curador especial, de modo que no processo de interdição, sob o aspecto funcional, não há qualquer peculiaridade envolvendo a atuação do Ministério Público.

Caso o Ministério Público seja autor, será desnecessária a atuação de outro órgão como fiscal da ordem jurídica, não havendo previsão para essa dupla e distinta atuação. Na realidade, atuando como legitimado ativo, o órgão do Ministério Público concentra também a função de fiscal da ordem jurídica³³.

Como legitimado ativo, o Ministério Público possui atuação subsidiária e restrita, já que sua legitimidade encontra limitações normativas³⁴. O *caput* do art. 748, CPC, mantém uma linguagem que não encontra paralelo no CC, revelando uma vez mais a falta de diálogo normativo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Realmente, não se utiliza mais a expressão “doença mental grave”, que é uma espécie de versão amena da lamentável expressão “loucura furiosa” utilizada no art. 448, I, do CC de 1916, e da “anomalia psíquica” do art. 1.178, I, CPC de 1973. De acordo com o art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

[c]onsidera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Caberá ao médico ou à equipe multidisciplinar qualificar a deficiência mental como grave para fins de legitimidade do Ministério Público, o que deve ser aferido em procedimento administrativo preparatório ou a partir de documentação médica privada do interditando, caso a urgência do caso impeça melhor avaliação prévia documentada em procedimento próprio. O fato é que a deficiência mental grave é condição específica para a legitimidade do Ministério Público e deve haver algum elemento de prova já na petição inicial. Situação interessante ocorrerá se, no decorrer da instrução, for constatada que a deficiência efetivamente existe, mas não em grau grave. Ou seja: é necessária a situação de curatela, mas não em uma hipótese de legitimidade do Ministério Público. Nesse caso, se as pessoas designadas nos incisos I, II, e III do art. 747, CPC, existirem, deverão ser intimadas para assumir o polo ativo; se

³³ Em sentido contrário, DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1938. Sobre a desnecessidade de atuação de mais de um membro do Ministério Público: GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 503/505. O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu nesse sentido: “O Ministério Público é uno como instituição, pelo que o fato de o mesmo ser parte do processo dispensa sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade, através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei” (REsp 1042223/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 19/02/2009).

³⁴ Em sentido contrário, entendendo haver ampla legitimidade com base no art. 1.769, CC: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 947. vol. 6.

não comparecerem, o processo deverá ser extinto. Se não existirem tais pessoas ou forem incapazes, o processo será extinto por perda de legitimidade ativa. Não será caso de improcedência, porque, a rigor, haverá grau de deficiência apta para constituir a incapacidade relativa, mas não por meio de ação ajuizada peço Ministério Público. Por se tratar de jurisdição voluntária, pode haver quem sustente a manutenção do processo com base na inaplicabilidade da legalidade estrita. Entretanto, por política legislativa, optou-se por restringir a legitimidade do Ministério Público em um assunto que envolve a capacidade de uma pessoa e a extensão da legitimidade ativa contra a lei nessa seara é uma arbitrariedade que não deve ser tolerada. O legislador entendeu que somente em caso de deficiência mental grave deve incidir plenamente o aparato protetivo estatal, que inclui a legitimidade do Ministério Público. Lembre-se, ainda, de que há a possibilidade da autointerdição que é plenamente aplicável em grau moderado ou leve de deficiência, optando o legislador por confiar à própria pessoa a tutela de sua situação jurídica, de modo que pode o próprio interditando ou curatelando assumir o polo ativo, o que pode ser feito até mesmo em audiência com o juiz e o promotor de justiça, quando lhe será informada a situação. Verifica-se, pois, que a legitimidade ativa do Ministério Público é subsidiária e supletiva, restrita a quatro requisitos: a) doença mental grave; b) inexistência ou incapacidade dos outros legitimados arrolados no art. 747, CPC; c) inércia desses legitimados; d) inércia do próprio interditando (art. 1.768, IV, CC). Há, ainda, o problema de direito intertemporal envolvendo o art. 1.769, CC, que foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para utilizar a expressão “deficiência mental ou intelectual”, mas foi revogado pelo art. 1.072, II, CPC³⁵. A natureza da legitimidade do Ministério Público é ordinária, ou seja, não se trata de substituição processual e sua atuação decorre diretamente da compatibilidade com suas funções constitucionais.

Em relação ao pródigo, discute-se a legitimidade ativa do Ministério Público – e necessariamente essa discussão afetará também sua atuação como fiscal da ordem jurídica nesses casos –, já que se trata de interdição apenas e tão somente para fins patrimoniais. Com efeito, segundo o art. 1.782, CC, “a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”. Por atingir apenas esse aspecto negocial, isto é, a disponibilidade de direitos, há dúvida sobre a legitimidade do Ministério Público. Entretanto, três argumentos nos parecem insuperáveis no sentido de se reconhecer, sim, a legitimidade do Ministério para promover a interdição dos pródigos: a) o efeito da interdição é uma situação de incapacidade, de modo que isso por si só justifica a atuação do Ministério Público; b) com a interdição, inexistirá mais a disponibilidade absoluta dos bens, o que faz com que não se esteja exatamente diante de uma questão envolvendo direitos disponíveis; c) o Estatuto da Pessoa com Deficiência é bastante contundente ao dispor, em seu art.

³⁵ Entende Fredie Didier Jr. que, não obstante o problema de direito intertemporal, prevalece o disposto no art. 1.769, CC, a cujos termos deve se adequar o art. 748, CPC (*Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1931/1932).

85, que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”³⁶, de modo que a coerência interpretativa deve fazer com que se dispense tratamento uniforme a todas essas hipóteses para intervenção do Ministério Público. De todo modo, há que se registrar que, pela leitura do art. 748, CPC, essa legitimidade não está expressa. Entendendo-se, porém, pela legitimidade também nesse caso, igualmente será subsidiária e limitada à presença de alguma deficiência mental ou intelectual identificada pelo meio técnico hábil, fazendo com que, a rigor, a legitimidade recaia na regra geral.

A presença de um incapaz como parte enseja a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, sob pena de nulidade, em ocorrendo prejuízo (arts. 178, II, e 279, CPC). Note-se que a atuação do Ministério Público não elimina a necessidade de o incapaz ser assistido ou representado, já que sua participação se dará na condição de fiscal da ordem jurídica, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela adequada observância da atuação dos representantes legais. A intervenção do Ministério Público se dá precisamente em razão da presença do incapaz, não podendo significar em nenhum momento a diminuição de sua proteção jurídica. O que deve ser bem compreendido é a impossibilidade de o Ministério Público exercer a função de curador especial após a Constituição da República de 1988. A função do Ministério Público no processo se dá apenas de três maneiras: como legitimado ordinário, como legitimado extraordinário e como fiscal da ordem jurídica. Não há possibilidade de atuar como curador especial, de modo que a revogação do equivocado art. 1.770, CC, pelo art. 1.072, II, CPC, foi medida legislativa acertada para que não se perpetuassem confusões nessa seara. Na realidade, o Ministério Público deve zelar pela nomeação de curador especial nos procedimentos em que intervier e tal providência for exigida, como corretamente dispõe o art. 74, II, do Estatuto do Idoso, mas não pode ele exercer essa função por ser ela incompatível com suas atividades institucionais e finalísticas. Nem mesmo na ausência da Defensoria Pública deverá o Ministério Público exercer a curadoria especial, devendo a nomeação recair sobre outra pessoa, preferencialmente um advogado dativo. Se a curadoria especial tiver lugar em hipóteses também previstas no art. 178, CPC, ou em alguma outra situação prevista legalmente para sua atuação, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica, o que, como já afirmado, não exclui a necessidade de nomeação de curador especial, havendo, pois, duplo reforço do contraditório justificado por questões de política legislativa. Em suma, o Ministério Público, sendo o caso, deve conviver com o curador especial, mas não exerce essa função. O STJ cometeu grave equívoco nesse sentido, ao entender que era desnecessária a nomeação de curador especial ao interditando, por haver intervenção obrigatória do Ministério³⁷. Confundiu-se a atuação como fiscal da ordem jurídica

³⁶ Sobre o alcance desses limites: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 935/941. vol. 6.

³⁷ “A designação de curador especial tem por pressuposto a presença do conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz é o órgão ministerial e, portanto, resguardados os interesses

com a integração de capacidade processual (representação processual) do curador especial³⁸. O art. 752, CPC, corrige esse equívoco ao extremar a função do Ministério da atuação do curador especial³⁹.

interditando, não se justifica a nomeação de curador especial” (REsp 1099458/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014). “No tocante à invocação do art. 3º Lei 8.906/1994 e do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994 - que elenca as funções institucionais da Defensoria - são impertinentes para a solução da controvérsia, pois, como observado na decisão ora agravada, a designação de curador especial - atividade institucional, que pode ser exercida pela Defensoria Pública - tem por pressuposto a presença de conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal” (AgInt nos EDcl no REsp 1604162/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017).

³⁸ Situação peculiar - e inconfundível com o que aqui se expõe - consiste na atuação do Ministério Público como legitimado ativo e a desnecessidade de nomeação automática de curador especial. Não perceber essa diferença é o mesmo que não entender a distinção entre substituição processual e fiscalização da ordem jurídica. Não se nomeia curador especial sob o pretexto de equilibrar um contraditório que está plenamente estabelecido, sem que incida nenhuma daquelas hipóteses antes mencionadas. Nesses casos, o Ministério Público é quem figura como autor, na tutela de direitos indisponíveis, não havendo necessidade de nomeação de curador especial, já que inexistirá conflito de interesses entre o curatelando e seu representante legal. Essa controvérsia se instaurou em diversos casos envolvendo a destituição de poder familiar, em que a Defensoria Pública passou a atuar na condição de curador especial sem inclusive prévia nomeação judicial, incidindo em duplo equívoco. O CPC não possui regra expressa sobre o tema e a polêmica que se instaurou deveria ter sido suficiente para animar regramento específico. No entanto, esse entendimento sobre a desnecessidade de nomeação de curador especial decorre do sistema e vem sendo acolhido pelo STJ (AgRg no Ag 1369745/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª T., DJe 16.04.2012; AgRg no Ag 1415049/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T., DJe 17.05.2012; AgRg no Ag 1410673/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª T., DJe 29.10.2014; AgRg no REsp 1478366/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., DJe 11.12.2014; AgRg no REsp 1416820/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T., DJe 05.02.2015; REsp 1370537/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.ª T., DJe 10.03.2015).

³⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1938/1939. Assim também Fernando da Fonseca Gajardoni: GAJARDONI; DELLORE; ROQUE; OLIVEIRA JR. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 1303. O próprio STJ resolveu a questão adequadamente em julgado mais recente: “Civil. Processual civil. Recurso especial. Impossibilidade de exercício de curadoria especial pelo Ministério Público. *Munus* exercido pela Defensoria Pública. [...] Diante da incompatibilidade entre o exercício concomitante das funções de custos legis e de curador especial, cabe à Defensoria Pública o exercício de curadoria especial nas ações de interdição. Precedentes” (REsp 1651165/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017). Mas ainda há sinalização de que a questão não está adequadamente compreendida: “Agravos internos. Processual civil. Legitimidade do *Parquet* estadual para interpor recurso em face de decisão de ministro de tribunal superior. Reconhecimento. Intervenção do ministério público em feito de interdição. Designação de curador especial. Tem por pressuposto a presença de conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz é o órgão ministerial. 1. A Corte Especial, por ocasião do julgamento dos EREsp 1.327.573/RJ, revendo sua jurisprudência, por maioria, redatora do acórdão a Ministra Nancy Andrighi, perfilhou entendimento acerca da possibilidade de atuação, no âmbito do STJ, paralela do MP estadual - que atua, nos feitos oriundos da Justiça estadual, na pessoa do Procurador-Geral, como parte e o MPF como fiscal da lei. 2. A designação de curador especial tem por pressuposto a presença do conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz é o órgão ministerial e, portanto, resguardados os interesses interditando, não se justifica a nomeação de curador especial. (REsp 1099458/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014) 3. No tocante à invocação do art. 3º Lei 8.906/1994 e do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994 - que elenca as funções institucionais da Defensoria - são impertinentes para a solução da controvérsia, pois, como observado na decisão ora agravada, a designação de curador especial - atividade institucional, que pode ser exercida pela Defensoria Pública - tem por pressuposto a presença de conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal. 4. Agravo interno não provido” (AgInt nos EDcl no REsp 1604162/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017).

6. Curador especial

O art. 72 do CPC reproduz em essência o texto correspondente do CPC de 1973, com aperfeiçoamento redacional e correção técnica do parágrafo único. Como se sabe, há incapacidades que tocam de maneira específica a legislação processual. Nesse sentido, o curador especial é um representante processual *ad hoc* para suprimento de uma incapacidade processual, não guardando nenhuma relação com o direito material em disputa e suas funções são protetivas, eminentemente defensivas. Note-se que o curador especial não é parte. Trata-se apenas de um representante processual que visa a regularizar a relação processual por meio de integração de capacidade em situações bem específicas, no intuito de preservar em alguma medida o equilíbrio do contraditório. Basicamente, deve o curador especial oferecer contestação, produzir provas e interpor recursos. É atividade tipicamente processual que visa a restaurar um contraditório deficiente, ao menos formalmente, já que existe a autorização para formular defesa genérica (art. 341, parágrafo único, CPC). O curador especial, no desempenho dessa função protetiva de esfera jurídica, com a finalidade de equilibrar o contraditório, deve ser obrigatoriamente nomeado pelo juiz, ainda que de ofício. Por ser uma atividade tipicamente processual, sem nenhuma repercussão de direito material, sua função cessa com o término do processo. No caso de processo de interdição, deve ser examinada a hipótese da regra geral do art. 72, I, CPC, isto é, nomeação de curador especial ao incapaz que não tenha representante legal ou cujos interesses colidirem com aquele. Trata-se de hipótese de suprimento de capacidade processual e não material, não dispensando a intervenção do Ministério Público, como bem estabelecido no art. 752, §2º, CPC. Como já assinalado no item anterior, o Ministério Público não atua no processo para integrar a capacidade, mas, sim, como fiscal da ordem jurídica. Se uma das funções do curador especial está no reforço do contraditório e da proteção da esfera jurídica do incapaz, a subtração de sua atuação em virtude da atuação do Ministério Público na verdade levaria a um déficit protetivo. O parágrafo único do art. 72, CPC, é uma adequação à evolução normativa após a edição do Código anterior, especialmente à disciplina constitucional do Ministério Público – afastando-o definitivamente da possibilidade de ser curador especial –, e das Leis Complementares 80/1994 e 132/2009, que dispõem sobre a Defensoria Pública e a erigem à condição de curador especial por excelência. Nas localidades em que ainda não houver Defensoria Pública devidamente instalada, a curadoria especial recairá preferencialmente sobre advogado idôneo. Não há necessidade de o curador ser advogado, mas, como para praticar atos no processo é necessária a capacidade postulatória, não faz sentido prático que a nomeação recaia sobre outra pessoa que terá que contratar profissional habilitado, já que são inconfundíveis os graus de incapacidade e o curador especial somente supre a incapacidade processual. A colisão de interesses entre o incapaz e seu representante legal deve ser apreciada no caso concreto, mas, em linhas gerais, ocorrerá ordinariamente nos processos de interdição em que tenha sido nomeado curador provisório. Caso não haja curador provisório, pode-se vislumbrar a inexistência desse conflito, já que pode haver outro representante legal para tutelar o interesse do curatelando. Verifica-se, pois, que a

nomeação de curador especial não é automática e obrigatória em qualquer hipótese, como aparentemente decorre da leitura isolada do art. 752, §2º, CPC, que dispõe que “o interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial”. A não constituição de advogado não enseja, por si só, a nomeação de curador especial, sob pena de se generalizar essa técnica protetiva sem que haja o necessário suporte fático. No caso de não constituição de advogado, o sistema já prevê a compensação garantidora de não incidirem os efeitos da revelia (art. 345, II, CPC), de modo que não se mostra necessária essa nomeação abstrata e automática⁴⁰. Registre-se que a falta de nomeação de curador especial nesses casos não se dará por haver a necessária intervenção do Ministério Público, mas, sim, por não estar presente a hipótese legal justificadora. Do contrário, teríamos a regra da nomeação automática de nomeação de curador especial em processo de interdição, cuja essência é protetiva, sem que houvesse a incidência do art. 72, CPC, e sem qualquer análise do caso concreto, podendo haver, inclusive, casos em que a Defensoria Pública fosse nomeada para a defesa de pessoa que não seja necessitada economicamente (pense-se, por exemplo, em caso de prodigalidade em que o interditando possui patrimônio e opta por não constituir advogado ou mesmo de um interditando que possua condições econômicas que afastem a atuação da Defensoria Pública). A fase da entrevista, com a possibilidade de convocação de familiares, inclusive, é relevante até mesmo para a verificação de específica situação concreta de conflito de interesses que justifique, de acordo com a previsão processual, a nomeação de curador especial. Outro ponto que reforça essa desnecessidade de nomeação automática de curador especial está no parágrafo terceiro do art. 752, CPC, a seguir analisado.

7. Intervenção de terceiros e jurisdição voluntária

A possibilidade de haver intervenção de terceiros em procedimentos de jurisdição voluntária está mais na compatibilidade legislativa do que em qualquer investigação sobre a natureza especial do procedimento. Isso significa que se trata de questão de política legislativa, não guardando qualquer relação com a especificidade da jurisdição voluntária em si. Aprioristicamente, não há nada que impeça a ampliação subjetiva em procedimentos de jurisdição voluntária – e é de ampliação subjetiva que se trata em regra a intervenção de terceiros –, ainda que não seja comum esse tipo de intervenção. Como se verá ao tratarmos do procedimento de interdição⁴¹, pode haver situações complexas que exijam – ou ao menos contemplem a possibilidade – a

⁴⁰ Entendendo que sempre será necessária a nomeação de curador especial, Fredie Didier Jr., para quem a “curatela especial não decorre da incapacidade do interditando, que pode ou não existir (perceba que o interditando ainda não foi interditado), mas, sim, do fato de ele não ter apresentado resposta – essa situação é considerada como apta à designação do curador especial, independentemente da constatação da incapacidade do interditando” (*Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1939).

⁴¹ Cf., parecer de Arruda Alvim publicado ainda no início da vigência do CPC anterior: Assistência. *Revista de Processo* nº 6. São Paulo: RT, abril-junho de 1977, p. 227/235.

ampliação do contraditório, seja por meio de integração por assistência litisconsorcial⁴², ou por outra figura interventiva que se afigure adequada ao caso concreto. Ainda assim, na doutrina se encontra a afirmação geral de que só haveria intervenção de terceiros em casos de efetivo litígio, não sendo compatível se se tratar realmente de jurisdição voluntária⁴³. No caso de processo de interdição, o CPC previu expressamente uma espécie de intervenção de terceiros, como será examinado no item seguinte⁴⁴.

7.1 A intervenção prevista no art. 752, §3º, CPC

Para que haja intervenção de terceiro como assistente em determinado processo, exige-se a presença de “interesse jurídico”⁴⁵. O art. 752, §3º, CPC, dispõe

⁴² A natureza da assistência litisconsorcial é motivo de antiga controvérsia: sobre o tema, com citação de bibliografia complementar: BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Inédito, capítulo 5, especialmente p. 74/92 (disponível em: www.teses.usp.br). CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de Terceiro por Ordem do Juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 137/140. EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio Unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: RT, 2017, p. 204/214. E ainda: ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência Litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994. ALVIM, Thereza. *Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: RT, 1996. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 200. São Paulo: RT, outubro de 2011, p. 13-70. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 618/624. vol. II, tomo I.

⁴³ BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Inédito, p. 109 (disponível em: www.teses.usp.br). Admitindo assistência simples em procedimentos de jurisdição voluntária: MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência Simples no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1983, p. 79/83. Cf., também, GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 92/93, 139/140 e 223/224. vol. 11.

⁴⁴ A possibilidade de litígio é comum nos procedimentos de jurisdição voluntária e não nos parece ser esse o melhor critério para considerar que se trata ou não de processo contencioso, mas não é aqui a sede própria para essa discussão. Em todo caso, a intervenção ora tratada pressupõe a ausência de litígio, na medida em que a sua condição é a não constituição de advogado (ou nomeação de Defensor Público).

⁴⁵ O conceito de interesse jurídico é o ponto mais tormentoso e controvertido no estudo da assistência, limitando-se o Código de Processo Civil, em seu artigo 119, a dispor que poderá intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas (para uma descrição histórica sobre a exigência de interesse para essa intervenção no direito processual brasileiro: BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Inédito, capítulo 2; no mesmo trabalho, especialmente no item 5.4, há profundo exame do conceito de interesse jurídico, incluindo referências de direito comparado - disponível em: www.teses.usp.br). Arruda Alvim afirma que a esfera jurídica do assistente simples poderá ser afetada de duas formas: 1) se a própria decisão do processo alcançar relação jurídica sua com quem deseja assistir, como uma prejudicial; 2) se a justiça da decisão operar efeitos de fato na esfera jurídica do assistente simples. Esclarece esse autor que, para o interesse do terceiro ser considerado jurídico, “*deve, do processo entre outras pessoas, poder resultar influência benéfica ou contrária, prejudicial ou indireta, no conflito de interesses, atual ou potencial, que tem ele com a parte a quem deseja assistir*” (*Assistência*. *Revista de Processo*: São Paulo: RT, nº 6, abril/junho de 1977, p. 229). Em outra obra, Arruda Alvim destaca que o interesse jurídico justificador do ingresso do assistente simples deve ser aferido em função de a sentença poder afetar ou não esse terceiro (*Manual de Direito Processual Civil*. vol. 2. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 120. O mesmo entendimento foi adotado em estudo escrito com Teresa Arruda Alvim: *Assistência-Litisconsórcio. Repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1986, p. 13). Moacyr Amaral Santos não fornece uma noção tão completa, mas é correto em sua abordagem, ao afirmar que “*o assistente intervém fundado no interesse jurídico, que tem, de que a sentença não seja proferida contra o assistido, porque proferida contra este poderia influir desfavoravelmente na sua situação jurídica*” (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51. 2º vol.). Nessa mesma linha, encontramos as seguintes abordagens: a) Cândido Rangel Dinamarco, que observa que “*o interesse que legitima a assistência é sempre representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro*. Esses

possíveis reflexos ocorrem quando o terceiro se mostra titular de algum direito ou obrigação cuja existência ou inexistência depende do julgamento da causa pendente, ou vice-versa. (...) É de prejudicialidade a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação de terceiro – e daí o interesse deste em ingressa” *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 387. vol. II; b) Celso Agrícola Barbi, que escreve que “o interesse é jurídico quando, entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele, houver uma relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica de terceiro” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 174. vol. I); c) Ovídio Baptista da Silva, para quem “dá-se intervenção adesiva simples quando terceiro ingressa no processo com a finalidade de auxiliar uma das partes em cuja vitória tenha interesse, uma vez que a sentença contrária à parte coadjuvada prejudicaria um direito seu, de alguma forma ligada ao direito do assistido” (*Curso de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 273. vol. 1); d) Daniel Colnago Rodrigues afirma que, no caso da assistência simples, “o terceiro tem interesse jurídico que, posto seja diferente do interesse da parte, encontra-se em relação de dependência com esse, podendo se apresentar de dois modos: quando o resultado do processo puder implicar eficácia constitutiva favorável ou contrária ao interesse do assistente; e quando o resultado do processo puder autorizar uma das partes a promover ação regressiva contra o terceiro. [...] Seja na modalidade simples, seja na modalidade litisconsorcial, a assistência não se conforma com interesse que não seja jurídico. Interesses meramente moral, altruísta, afetivo, ou mesmo econômico, não legitimam a assistência (*Intervenção de Terceiros*. São Paulo: RT, 2017, p. 69); e) Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini consideram que “há a perspectiva de o assistente simples sofrer efeitos reflexos da decisão desfavorável ao assistido, que atingiriam negativamente sua esfera jurídica. O assistente simples tem um interesse jurídico próprio, que não está diretamente posto em disputa no processo, mas que apenas pode ser preservado na medida em que a sentença seja favorável ao assistido. [...] O interesse jurídico do assistente simples pode apresentar-se de dois modos: (1º) o resultado do processo poderá implicar uma eficácia constitutiva (ou desconstitutiva) favorável ou contrária ao interesse (à posição jurídico-material) do assistente; (2º) o resultado do processo poderá autorizar uma das partes a promover ação regressiva contra o terceiro – hipótese em que esse assiste aquela parte que o poderia demandar regressivamente” (*Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 355); f) Vicente Greco Filho, anotando que “a qualidade de jurídico do interesse que legitima a assistência simples decorre da potencialidade de a sentença a ser proferida repercutir, positiva ou negativamente, na esfera jurídica do terceiro” (*Da Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 74); g) Cássio Scarpinella Bueno afirma que o interesse jurídico do assistente simples “deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente de que possa a decisão a ser proferida no processo em que pretende intervir vir a afetar sua esfera jurídica enquanto fato eficaz” (*Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138); h) Genacéia da Silva Alberton, que entende que “o assistente não reclama direito próprio, mas tem interesse pessoal na sorte da pretensão de uma das partes, ficando sua situação processual dependente da parte coadjuvada” (*Assistência Litisconsorcial*. São Paulo: RT, 1994, p. 27); i) Daniel Ustároz afirma que o “interesse reside na circunstância de que, caso seu assistido saia vitorioso, o assistente afastará parcela ou a totalidade de efeitos reflexos que sentença favorável ao adversário do assistido poderia ter sobre seu patrimônio jurídico” (*A Intervenção de Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37). Todos esses posicionamentos, embora não sejam plenamente coincidentes, seguem uma linha em comum, já que, basicamente, limitam-se a expressar que o interesse jurídico consiste na possibilidade de o assistente ser atingido desfavoravelmente em sua situação jurídica. Entretanto, José Frederico Marques acatou a definição de Moacyr Lobo da Costa, que entendia que “sempre que o terceiro seja titular de uma relação jurídica, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão de uma das partes do processo, ele deve ser admitido a intervir na causa, para atuar no sentido de que a seja favorável à pretensão da parte a que aderiu. Não se trata, evidentemente, de interesse prático ou econômico, que não legitima a intervenção. Deve existir uma relação jurídica, entre o terceiro e a parte, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão dessa parte na lide, e possa ser afetada pela decisão da causa” (*Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 271. vol. 1). Vê-se, aqui, um conceito restritivo que vamos encontrar em outros doutrinadores e na jurisprudência (exemplos do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 392.006/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 12/11/2013; AgInt no REsp 1568723/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 17/11/2016), que passa a vincular o interesse jurídico a uma necessária relação jurídica entre o terceiro e a parte, o que nos parece equivocados. Merece registro, também, pela influência que seu pensamento exerce ainda hoje no Brasil, o posicionamento de Alberto dos Reis, que entendia ser necessário o seguinte, para que restasse configurado o interesse jurídico: a) que derive de relação jurídica em que figure como parte o candidato à assistência; b) que esta relação seja conexa com a relação jurídica litigiosa, devendo tal conexão consistir num laço de prejudicialidade ou dependência (*Código de Processo Civil*

Anotado. vol. 1. 3a ed. - reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 467). Parece-nos que, neste particular, assiste razão a Helio Tornaghi, quando corretamente afirma que não se exige qualquer relação jurídica entre o assistente e as partes principais do processo, bastando que os efeitos reflexos da sentença tragam prejuízo ou vantagem para o interesse jurídico do assistente (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, p. 224. vol. I). Tornaghi, entretanto, entende que há interesse jurídico na hipótese em que um credor pretende ingressar em processo em face de seu devedor, a fim de ver preservado o patrimônio deste, com o que, acompanhando a doutrina majoritária, não concordamos). Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, do mesmo modo, afirmam que “há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isso ocorra na maioria dos casos” (*Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 586). Esse também é o entendimento de Leonardo Greco (*Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 476/477. vol. I) e, um pouco mais restritivo, de Freddie Didier. Jr. (*Curso de Direito processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 488, com adesão em nota de rodapé nº 9, na mesma página, citada, ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça que desvincula o interesse da relação jurídica, mas no corpo do texto o citado autor parece afirmar que há relação entre ambas situações), com o Superior Tribunal de Justiça decidindo nesse sentido ao menos em uma oportunidade (REsp 1143166/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 03/11/2011). Em dois estudos específicos sobre assistência simples, encontramos uma preferência pela casuística, evitando os autores a elaborar um conceito prévio de interesse jurídico: em seu trabalho, Ubiratan de Couto Maurício afirma, inicialmente, que não se pode aplicar ao direito brasileiro o mesmo conceito de interesse jurídico fornecido pelo direito português, que acabou por consagrar fórmula de admissibilidade mais ampla, possibilitando a assistência em caso de haver apenas interesse de fato. Segundo este autor, “a circunstância do terceiro que pretende intervir como assistente simples ser titular da relação jurídica com a parte a qual deseja assistir, não quer dizer que, por si só, já esteja configurado interesse jurídico. O que é relevante para caracterizá-lo são os efeitos reflexos emergentes da sentença que, faticamente, poderão repercutir na esfera jurídica do terceiro, mesmo que não haja relação jurídica entre ele e a parte que pretende assistir, pois esta poderá existir e juridicamente não ser atingida pelos efeitos indiretos emanados da sentença proferida entre as partes” (*Assistência Simples no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1983, p. 59/60). Em dissertação sobre o tema, João Luís Macedo dos Santos considera um importante parâmetro para a verificação da existência do interesse jurídico o entendimento retirado de julgamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual deve partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela adviria prejuízo juridicamente relevante (*Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2001, p. 82. Inédito). Esse breve e exemplificativo panorama doutrinário é suficiente para demonstrarmos a fluidez conceitual de *interesse jurídico*. De todo modo, as posições doutrinárias fornecem relevantes subsídios para a identificação concreta do interesse jurídico. A definição apriorística cabal do que seja interesse jurídico é extremamente difícil, como concluíram estes dois autores por último citados, de modo que em cada caso concreto é que será melhor verificado o conceito e o estudo de Lia Carolina Batista revela de modo irretorquível a fragilidade existente entre os conceitos e os exemplos apresentados pela doutrina, a partir de exame minucioso também da casuística (*Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Inédito, item 5.4). Essa dificuldade doutrinária se transfere para a jurisprudência, como fica evidente no seguinte excerto de um acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que se procurava diferenciar o interesse jurídico do meramente econômico: “Não há como pôr em linha delimitada, estanque, um e outro: o interesse econômico penetra na vida jurídica assumindo sua legitimidade quando encontra na lei a expressão formal. E o interesse jurídico não é simples fórmula vazia, sem conteúdo, exprimindo muitas vezes, na maioria, um interesse econômico. Dizer até onde se estende um ou onde outro principia é tarefa que os doutos ainda não cumpriram; distinguir o domínio de um ou de outro não conseguiram ainda os estudiosos, oscilando em sentidos diversos, conforme a linha de pensamento, que sustentam, e a própria ideologia, a que servem” (Rel. Ministro Oscar Corrêa. 1a Turma. A.I. 89.977, j. 24/03/83, apud ARRUDA ALVIM. *Assistência-Litiscônsórcio. Repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1986, p. 124). Como corretamente observa Leonardo Greco, “o que a doutrina qualifica como mero interesse jurídico muitas vezes também deve ser considerado um interesse jurídico. Defendo, assim, uma compreensão mais elástica do conceito de interesse jurídico, pois não é preciso que a relação jurídica do terceiro com o assistido possa ser diretamente atingida, sacrificada pela decisão da causa, para que aquele se caracterize; o direito do assistente pode não ser diretamente atingido, pode sobreviver plenamente íntegro, mas se sua eficácia ou seu exercício sofrer qualquer limitação prática estará caracterizado o seu interesse jurídico em intervir. [...] Então, parece-me que toda vez em que, por qualquer razão, a decisão da causa puder comprometer a essência do direito de terceiro ou o seu exercício prático, evidencia-se o interesse jurídico, porque, na realidade, o Estado de Direito não protege direitos somente no seu aspecto abstrato, mas, sim, na medida

que, caso o interditando não constitua advogado para defendê-lo, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.

Note-se, primeiramente, que não se qualifica essa espécie de assistência nem mesmo se aponta expressamente a necessidade de interesse jurídico, que, aparentemente, é presumido pela lei e decorre da simples relação familiar com o interditando (valendo lembrar que relação familiar não significa necessariamente presença de interesse jurídico). O único requisito para essa assistência está no fato de o interditando não constituir advogado, o que significa que, em caso de autointerdição, quando necessariamente o autor deverá ir a juízo assistido por alguém com capacidade postulatória, essa intervenção não será cabível. Ou seja: talvez na hipótese em que o contraditório mais deveria ser ampliado simplesmente não terá lugar essa hipótese interventiva. Além disso, decorre do sistema que somente poderá intervir como assistente aquele que não é autor da interdição, já que há parcial coincidência entre os róis dos arts. 747 e 752, §3º, CPC. Também aquele que estiver desempenhando a função de curador provisório não poderá intervir por incompatibilidade funcional. Há também a possibilidade de mais de um interveniente, por haver colegitimidade interventiva, com a ressalva de que quem for autor da ação não pode intervir, salvo se houver migração de polo em caso de coautoria ou desistência⁴⁶ da ação com posterior assunção de outro legitimado.

Autorizada a intervenção, deve ser verificado o regime jurídico aplicável ao interveniente, se da assistência simples ou da assistência litisconsorcial ou, ainda, algum outro regime próprio.

A distinção entre assistência “simples” e assistência litisconsorcial é igualmente polêmica e a bibliografia antes referida sobre o conceito de interesse jurídico para a intervenção como assistente também versa sobre o tema, não sendo necessário inventariar novamente todos os pronunciamentos doutrinários⁴⁷.

Para os fins deste trabalho, parte-se da ideia de que o assistente qualificado é o litisconsorte facultativo que não integrou originalmente o processo, ou seja, a assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior⁴⁸. Já

em que eles outorgam aos seus titulares o gozo de bens que têm conteúdo e valor no mundo real” (*Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 476/477. vol. I). Em trabalho anterior, defendemos a possibilidade de o interesse institucional ser uma dimensão do interesse jurídico (GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como assistente simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. Fredie Didier Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, 2004, p. 817/860; sobre interesse institucional: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 500/511 e 642/646).

⁴⁶ Sobre a possibilidade de desistência da ação de interdição: DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1933.

⁴⁷ cf. BATISTA, Lia Carolina. *Assistência no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Inédito, item 5.4.2.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 496. Também nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 344/346. Araken de Assis aponta diferenças entre assistência litisconsorcial e litisconsórcio ulterior, mas admite que se trata de questão residual (*Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 618/624. vol. II, tomo I).

na assistência simples, não há essa integração da mesma relação jurídica, de modo que a possibilidade de atuação no processo é mais restrita, ainda que possa figurar como substituição processual (art. 212, parágrafo único, CPC).

Na doutrina, encontramos manifestações em ambos os sentidos:

Não sendo constituído advogado pelo interditando e sendo a ele designado curador especial, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível (art. 1.829 do CC) poderá intervir como assistente do interditando. Nesse caso o interesse jurídico decorre de presunção legal absoluta, de forma que o simples fato de o terceiro provar que é cônjuge, companheiro ou parente sucessível do interditando que terá direito de ingressar como assistente. Trata-se de assistência litisconsorcial, criando-se entre o terceiro que ingressa no processo nos termos do §3º do art. 752 do Novo CPC e o interditando um litisconsórcio unitário⁴⁹.

Há entendimento de que se trata de assistência simples⁵⁰, como o de Leonardo Faria Schenck que, contudo, considera que:

[a] rigor, a constituição de advogado pelo interditando não impede que os membros da família intervenham como assistentes (art. 119, parágrafo único). O caráter protetivo e existencial da interdição e os seus reflexos nas relações familiares autorizam e mesmo aconselham essa intervenção em defesa da pessoa e dos interesses do incapaz⁵¹.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery observam que o atual Código não mais veicula a regra que antes constava no art. 1.182, §3º, CPC-73⁵², e a intervenção como assistente não autoriza que se escolha o defensor para o interditando, cuja atuação defensiva ficará a cargo do curador especial⁵³.

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1.212.

⁵⁰ Assim também Fernando da Fonseca Gajardoni, que condiciona a intervenção à não nomeação de advogado (GAJARDONI; DELLORE; ROQUE; OLIVEIRA JR. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 1303).

⁵¹ *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1072.

⁵² "Qualquer parente sucessível poderá constituir-lhe advogado com os poderes judiciais que teria se nomeado pelo interditando, respondendo pelos honorários".

⁵³ *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1715. Os autores apenas apontam que as pessoas arroladas no art. 752, §3º, CPC, poderão intervir como assistentes, sem especificar a "modalidade" da assistência. André Pagani de Souza igualmente apenas se refere à possível "assistência", sem outras considerações (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 428). Assim também Rafael Vieira de Azevedo, Roberto P. de Albuquerque Júnior e

Sobre o tema, assim se manifesta Fredie Didier Jr.:

Caso o interditando não constitua advogado para defendê-lo, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente. Atribui-se a esses sujeitos uma legitimação extraordinária condicionada à não constituição pelo interditando de um representante judicial. Há, aqui, presunção legal absoluta de interesse jurídico, que autoriza a assistência: o cônjuge/companheiro ou parente sucessível tem legitimidade para intervir como assistente do interditando pelo fato de ele não ter constituído voluntariamente um advogado. A provável maior fragilidade do interditando é o que justifica a intervenção. Trata-se de regra que serve como reforço à garantia do contraditório do interditando. Obviamente, a assistência somente poderá ocorrer nos casos em que a interdição for promovida por sujeito distinto daquele que pretende ser o assistente – pelo Ministério Público, por exemplo. Trata-se de assistência litisconsorcial, tornando-se o interveniente litisconsorte unitário do interditando, ainda que como legitimado extraordinário; no caso, o regime jurídico da assistência simples seria de pouca utilidade, pois o interditando pode encontrar-se, realmente, em uma situação que impeça a livre manifestação da sua vontade – na assistência simples, a atuação do assistente subordina-se à vontade do assistido⁵⁴.

Não nos parece, porém, que essa hipótese de intervenção se encaixe nos conceitos clássicos de assistência, mais parecendo uma figura atípica que visa à ampliação do contraditório com a finalidade de contribuir para a defesa do interditando, sem que se trate de litisconsorte ou sequer que haja interesse jurídico nos moldes clássicos. Há sem dúvida uma previsão de sujeitos processuais fundamentalmente com base no estabelecimento de um contraditório reforçado⁵⁵.

Venceslau Tavares Costa Filho (*Novo Código de Processo Civil Comentado*. Ribeiro, Gouveia Filho, Pantaleão e Gouveia (coord.). São Paulo: Lualri, 2017, p. 565. Tomo II.

⁵⁴ *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1939. Também em seu *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 488. Esse entendimento parece ter recebido a adesão de Humberto Theodoro Júnior: THEODODRO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 534. vol. II.

⁵⁵ Em interessante acórdão do TJRJ, o fundamento para a admissão de recurso de terceiro em processo de interdição foi precisamente a relação entre o sujeito processual e o contraditório necessário para o caso: “Apelação. Prestação de contas. Curadoria. Intervenção de terceiro. Possibilidade. O reconhecimento da personalidade jurídica implica reconhecimento de uma proteção avançada e fundamental a toda e qualquer pessoa humana, existindo determinados grupos de pessoas que, por motivos diversos incapacitantes, como a falta de discernimento ou enfermidade, não podem exercer determinados atos patrimoniais sem a assistência ou representação de terceiro. Nessa esteira, surge a curatela, encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade. É, portanto, uma forma de proteção a alguém que, embora maior de idade, não possui plena capacidade jurídica, pois falta-lhe capacidade de

fato. Portanto, a curatela é o encargo público, imposto por lei, através do procedimento previsto no art. 1.177 e seguintes do CPC73, artigos 747 a 758 do Novo Código de Processo Civil, a alguém para reger e defender uma pessoa e administrar os bens de maiores que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em regra, em razão de enfermidade ou deficiência mental. A curatela aproxima-se da tutela, medida vocacionada à proteção integral de uma criança ou adolescente que se encontra alheia ao poder familiar, espécies de múnus público imposto a alguém para a proteção de outrem, sendo indivisíveis e, de ordinário, gratuitos, além de decorrentes de decisão judicial. Sendo institutos protetivos de incapazes, aplicam-se à curatela as disposições gerais da tutela, *ex vi* do art. 1.774, do CC. É cabível a intervenção de terceiros na ação de curatela, através, por exemplo, da assistência. Isso porque o cônjuge ou companheiro ou qualquer parente sucessível do curatelando pode ter interesse em atuar no procedimento, apresentando argumentos e impugnações. É facultado, inclusive, aos interessados, ao próprio interditando, seus familiares, ao requerente e ao MP, a indicação de assistente técnico para acompanhar a perícia obrigatória realizada a fim de demonstrar a condição pessoal do curatelando. Com a decretação da interdição, cabe ao curador adotar as providências necessárias para que o incapaz conquiste sua autonomia, recupere plenamente a sua capacidade, além de garantir o direito à convivência familiar e comunitária, como prevê o art. 1.777 do Código Civil. Para tanto, a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do curatelado e dos incapazes que estejam sob a guarda e responsabilidade dele, como dispõe o art. 757 do Novo Código Civil. Trata-se de uma extensão da curatela sobre os incapazes que estão sob a responsabilidade do curatelado, medida que pode ser limitada pelo juízo. Exercendo a administração patrimonial dos bens pertencentes ao curatelado, o curador assume o dever ético e jurídico de prestar contas, comprovando a sua probidade e lisura e assegurando a proteção do incapaz. Cuida-se, portanto, de uma obrigação indeclinável e imperativa, não havendo possibilidade de sua isenção, tanto é assim, e aqui lembre-se que aplicam-se à curatela as disposições sobre a tutela, que o legislador determinou que mesmo os pais do pupilo tenham dispensado a prestação de contas, no ato da instituição da tutela na hipótese de tutela documental ou testamentária, os tutores são obrigados a prestar contas da sua administração, *ex vi* do art. 1.755 do Código civil. A prestação de contas deve ser apresentada, obrigatoriamente, de forma bianual, quando cessada a curatela ou tutela ou toda vez que o juiz entender conveniente, como dispõe o art. 1.757 do Código Civil, subsistindo a obrigação mesmo com o término do encargo, no caso da tutela, pelo atingimento da maioridade ou emancipação, *ex vi* do art. 1.758, do mesmo diploma legal. Importante frisar, ainda, que por força do que dispõem os artigos 1.756 e 1.757 c/c 1.774 do Código Civil, há dois tipos de prestação de contas a que estão obrigados o tutor ou curador. O primeiro deles está previsto no art. 1.756 do Código Civil, do qual se extrai que o tutor ou curador devem, ao final de cada ano de administração, apresentar balanço das atividades, com o resumo das receitas e das despesas de forma contábil. Independentemente da apresentação do balanço anual - o qual pode ser juntado no próprio processo - como já mencionado, também compete ao tutor e ao curador a apresentação da prestação de contas de forma bianual, ou quando o administrador deixa o encargo ou a qualquer momento, se assim requer o juízo. Referida prestação de contas deve ser apresentada na forma mercantil, em conformidade com o artigo 917 do CPC73, art. 553 do Novo Código Civil, e em autos apartados. A expressão 'forma mercantil' utilizada pelo legislador não significa que o tutor ou o curador devem apresentar balanços ou livros contábeis. Exige-se, apenas, a demonstração, clara e inequívoca, do saldo inicial, dos recebimentos, pagamentos e, consequentemente, do saldo final, devidamente acompanhado de documentos que comprovem cada um dos lançamentos. Note-se, ainda, que o juízo competente para a prestação de contas é o próprio juízo que deferiu a tutela ou curatela, devendo o pedido ser distribuído por dependência e apenso aos autos principais, permitindo assim melhor compreensão dos fatos. Apresentadas as contas, o juízo deverá ouvir eventuais interessados e o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, e poderá determinar a realização de perícia se julgar conveniente. *In casu*, o apelante, irmão do apelado, filho da curatelada, pleiteou o seu ingresso no feito a fim de opinar na prestação de contas ofertada pelo curador, seu irmão, porquanto requereu outorga, inclusive, a sua remoção diante de má gestão dos recursos da interditada. (doc. 263, 266) Ora, ao estabelecer o princípio da proteção judiciária, dispondo que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (art.5º, XXXV, da CRFB), a Constituição eleva a nível constitucional os direitos de ação e defesa, face e verso da mesma medalha, dando a esses direitos conteúdos, assegurados durante todo o procedimento e indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Mas não é só. O contraditório é o direito de influência na tomada de decisão e a da não surpresa, não apenas o direito de mera informação e reação contra os atos do processo. Por isso, o contraditório há de ter dupla destinação: as partes e o juiz, afinal, se o contraditório garante que as partes influenciem a decisão, ele gera para o juiz o dever de zelar pelo próprio contraditório, permitindo a manifestação ativa das partes, o que Leonardo Greco chama de contraditório participativo. Não é por outro motivo que o legislador de 2015, no Novo Código de Processo Civil, trouxe para tal diploma legal os direitos fundamentais processuais, a fim de garantir a sua maior aplicabilidade e efetividade. Uma vez compreendido como garantia que as

Nesse particular, aproxima-se da figura interventiva prevista no art. 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁶, cuja finalidade é protetiva e sem exata vinculação com as figuras clássicas⁵⁷.

8. Perito

A figura do perito foi objeto de regramento específico no Código de Processo Civil (arts. 156/158) e, juntamente com as regras referentes à prova pericial, possui papel bastante relevante no processo de interdição. Especialmente com as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o processo de interdição não mais pode ser serial, mas, sim, artesanal, ou seja, de acordo com as capacidades⁵⁸ e necessidades do interditando. Nesse contexto, assume substancial relevância a prova técnica (não necessariamente ou apenas médica), a fim de que se dimensionem os limites da curatela. Não há espaço, portanto, para quesitações padronizadas e, muito menos, laudos lacônicos e impessoais, como se fosse integrante de uma cadeia de produção de incapacidades. A produção da prova pericial deve ser levada a sério, sob pena de se frustrarem todos os progressos que podem ser obtidos com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dentro dessa expectativa de aferição personalizada das

partes têm de participar do procedimento, de modo que o resultado obtido seja fruto de intenso debate e efetiva participação dos interessados, não é compatível com o modelo constitucional que o juiz decida de forma solitária, em qualquer grau de jurisdição, suscitando fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo sobre matéria a qual se deva decidir de ofício, como prevê o art. 10 do Novo Código de Processo Civil. Finalmente, a vedação ao comportamento contraditório, *nemo venire contra factum proprium*, expressão da boa-fé objetiva, orienta não só a interpretação da postulação, mas também a sentença, devendo também o órgão jurisdicional se comportar de acordo com a boa-fé objetiva. Nesse sentido, foram elaborados os enunciados 375 e 376 do Fórum Permanente de Processualistas, quando da análise do art. 5º do Novo Código de Processo Civil. Ora, como bem pontou o recorrente, a prestação de contas objeto da presente demanda fora deferida pela magistrada após o requerimento formulado nos autos do processo de interdição pelo ora apelante (fls. 85/104 do Processo nº 0067510-05.2012.8.19.0002), o que, por óbvio, gera a legítima expectativa na sua participação no processo de exame das referidas contas. A despeito disso, o juízo a quo, sem sequer analisar a petição apresentada pelo apelante nesses autos (doc. 263, 266), prolatou a sentença vergastada, o que não pode subsistir. A decisão judicial deve ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo, um verdadeiro processo participativo, policêntrico, na nomenclatura utilizada pelo Exmo. Des. Alexandre Câmara, conduzido não só o juiz, mas por diversos sujeitos, todos igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. Apenas decisões edificadas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, conseqüentemente, compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Por todas essas razões, impõe-se a cassação do *decisum*, a fim de que seja oportunizada a manifestação do apelante enquanto terceiro interessado sobre as contas apresentadas pelo apelado” (TJRJ – Apelação nº 0080158-80.2013.8.19.0002. Rel. Des. Renata Machado Cotta – julgado em 27/04/2016).

⁵⁶ Art. 206. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

⁵⁷ RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: RT, 2017, p. 180/185.

⁵⁸ E o uso de “capacidades” aqui é significativo para remarcar que a incapacidade é relativa e a curatela deve ser sob medida e não *prêt-à-porter*. Como bem assinalam Chaves e Rosenthal, há “necessária distinção entre incapacidade e curatela. Ao reconhecer a incapacidade relativa de uma pessoa (nos tipos legais previstos no art. 4º, II, III e IV, do Estatuto Civil), o juiz deverá conferir-lhe uma curatela proporcional às suas necessidades e vocacionada à sua dignidade. A extensão da curatela necessariamente deve ser proporcional à necessidade de proteção” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 937. vol. 6).

capacidades, não pode ser ignorada a dificuldade prática de realização de perícias, mormente se o caso envolver equipes multidisciplinares. Os custos inerentes à prova técnica não podem ser abstraídos quando se pensa seriamente sobre o tema, de modo que a necessidade de aferição técnica deve se amoldar à realidade fática, razão pela qual desde logo antecipamos que não se pode confundir a necessidade de prova técnica com a imprescindibilidade de produção de prova pericial no decorrer do processo de interdição.

Ou seja: o que é imprescindível no processo de interdição é a existência de prova técnica e não necessariamente a realização de perícia.

A própria prova de justa causa exigida para a admissibilidade da ação (arts. 749/750, CPC) pode se mostrar suficiente em determinados casos, já que não é raro que, no momento em que se opte pelo ajuizamento da ação, já exista um longo histórico de consultas e exames variados, formando um acervo suficiente para fornecer os elementos necessários para a constituição da situação de curatela, que pode ser reforçado por meio da ampliação do contraditório (arts. 751, §§ 2º, 3º e 4º, e 752, §3º, CPC). Em suma, o art. 472, CPC, pode ser aplicável ao procedimento de jurisdição voluntária, assim como pode ser útil ao processo que especialistas sejam ouvidos em audiência especial para essa finalidade, ainda que sem produção formal de laudo pericial (art. 464, §3º, CPC). Ou seja, o sistema de produção da prova pericial é aplicável ao procedimento de interdição, não havendo razão para que se exclua aprioristicamente o art. 472, CPC (já que, evidentemente, não é possível produzir prova pericial ignorando os dispositivos específicos dos arts. 464 a 480, CPC). Entretanto, esse entendimento não é majoritário.

Com efeito, embora a regra no processo civil brasileiro seja a da liberdade dos meios de prova, há necessária e estreita vinculação entre o fato probando e a prova a ser produzida. Se o que deve ser provado depende de conhecimentos técnicos ou científicos (arts. 156 e 464, §1º, I, CPC), necessariamente deverá o processo ser instruído por meio de provas aptas a fornecer esse tipo de conhecimento. Não se trata aqui de eventual resquício de prova legal, mas, sim, de admissibilidade, um meio de prova pertinente e adequado para o fato a ser provado. No caso da interdição, há, como antes afirmado, evidente necessidade de pronunciamento técnico e científico sobre as condições do curatelando, sobretudo para determinar a individualização das condições de curatela, de modo que não é exagero afirmar que o processo de interdição baseia-se sobretudo na produção de prova pericial⁵⁹, ainda que por

⁵⁹ Os problemas decorrentes da prova científica (sobre o tema: CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do "exame de ADN"? *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). São Paulo: Método, 2009. RICCI, Ugo; PREVIDERÉ, Carlo; FATTORINI, Paolo; CORRADI, Fabio. *La Prova del DNA per la Ricerca della Verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*. Milano: Giuffrè, 2006. COMANDÉ, Giovanni; PONZANELLI, Giulio. (org.). *Scienza e Diritto nel Prisma del Diritto Comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2004. TARUFFO, Michele. El juicio prognóstico del juez entre ciencia privada y prueba científica. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 303/317. La prueba científica. *La Prueba*. Laura Manriquez. Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 277/295. Ciencia y proceso. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 455/480. DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*:

meio de laudos técnicos apresentados pelo requerente e sem prejuízo dos fatos identificados quando da fase de entrevista ou de outras provas que se mostrarem pertinentes. Isso não significa, contudo, que a produção de prova pericial é uma fase obrigatória do procedimento⁶⁰. Insista-se: não há que se confundir a necessidade de conhecimentos técnicos ou científicos com a determinação de prova pericial nos moldes dos arts. 464 a 480, CPC. Caso haja no processo elementos técnicos suficientes para comprovar as condições pessoais do curatelando e fornecer elementos que possibilitem a individualização da curatela, essa fase da produção da prova pericial poderá ser dispensada por não ser necessária⁶¹, conforme, aliás, dispõe o art. 472, CPC.

gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano: Giuffrè, 2005. CONTI, Carlotta (a cura di). *Scienza e Processo Penale: nuove frontiere e vecchi pregiudizi*. Milano: Giuffrè, 2011. VÁZQUEZ, Carmen (dir.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. VÁZQUEZ, Carmen. *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. MANZANO, Luís Fernando. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos Rumos da Prova Pericial*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2014. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Prova Pericial no Processo Civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. AVELINO, Murilo Teixeira. *O Controle Judicial da Prova Técnica e Científica*. Salvador: JusPodivm, 2017. KNIJNIK, Danilo. *Prova Pericial e seu Controle no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: RT, 2017) são muito diversos e com maior complexidade no atual período, não podendo o quadro contemporâneo ser comparado com época recente (TARUFFO, Michele. *La scienza nel processo: problemi e prospettive*. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 416. DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a La Deriva*. Joan Picó i Junoy (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 146). De todo modo, permanece no direito brasileiro a ideia sintetizada na ementa a seguir transcrita, independentemente do grau de confiabilidade da prova produzida e da incapacidade (ou impossibilidade) e o juiz confrontar o trabalho científico: “No ordenamento jurídico pátrio, o magistrado é livre para apreciar motivadamente as provas produzidas no processo, dando-lhes o valor que bem entender. No sistema de valoração de provas adotado pelo CPC, não há precedência de um tipo de prova sobre outro, como na idade média, período no qual as provas possuíam valores pré-estabelecidos” (AgRg no REsp 1459124/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 10/10/2014). É conhecida a preocupação doutrinária de que haja “delegação de jurisdição ao perito”, já que, por inexistirem pesos preestabelecidos para as provas produzidas, não há vinculatividade hierárquica da prova científica, não podendo considerar a sentença como mera atividade de homologação do laudo pericial. De outro lado, há que se registrar que, em nome do “liver” convencimento, não pode o juiz simplesmente desprezar a conclusão do perito - valendo-se da tradicional ideia, que enseja uma retórica perniciosa e autossuficiente de que o juiz é o “perito dos peritos”, como se essa onipotência fosse possível –, pelo simples fato de que não detém conhecimento sobre o objeto da perícia. Caso haja dúvidas sobre a conclusão, mesmo após laudos críticos dos assistentes técnicos, cabe ao juiz requisitar esclarecimentos, sempre intimando as partes para que tenham ciência do ato, e, se for o caso, determinar nova perícia, igualmente submetendo-a ao contraditório. O que não é possível é desqualificar a conclusão pericial ou desprezá-la

⁶⁰ Entendendo ser necessária a perícia na interdição: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 308/309. Tomo XVI. PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 314. vol. 7. CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 190/194. vol. X. LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 309. vol. 15. GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 114. SOUZA, André Pagani de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 429. AVELINO, Murilo Teixeira. *O Controle Judicial da Prova Técnica e Científica*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 153. AZEVEDO Rafael Vieira de; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto P. de; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Ribeiro, Gouveia Filho, Pantaleão e Gouveia (coord.). São Paulo: Lualri, 2017, p. 565. Tomo II. Posição menos radical, mas preponderantemente a favor da imprescindibilidade da perícia: MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 458/459. vol. XII.

⁶¹ “Civil e processual. Interdição. Laudo art. 1183 do CPC. Não realização. Nulidade. Não ocorrência. 1 - Constatado pelas instâncias ordinárias que o interditando, por absoluta incapacidade, não tem condições de gerir sua vida civil, com amparo em laudo pericial (extrajudicial) e demais elementos de prova, inclusive o interrogatório de que trata o art. 1181 do Código de Processo Civil, a falta de nova perícia em juízo não causa nulidade, porquanto, nesse caso, é formalidade dispensável (art. 244 do CPC). 2 - Recurso especial não

A prova só deve ser produzida no processo se for pertinente, adequada e necessária. Se aquilo que for objeto de prova pericial já estiver comprovado por outros documentos técnicos, a prova pericial a ser determinada pelo juízo não atenderá àqueles requisitos de admissibilidade e, portanto, não deverá ser produzida. O processo de interdição, portanto, necessita de conhecimentos técnicos e científicos, que, em regra, mas não necessariamente, serão fornecidos por meio de perícia a ser determinada nos moldes do art. 753, com aplicação complementar dos arts. 464 a 480, todos do CPC⁶².

conhecido" (REsp 253.733/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 16/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 266).

⁶² A favor da possibilidade excepcional da dispensa da perícia: GAJARDONI, Fernando. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença*: comentários ao CPC de 2015. Gajardoni, Dellore, Roque e Duarte. São Paulo: Método, 2016, p. 1.305. DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1941. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 535. vol. II. Assim também o Superior Tribunal de Justiça: "Civil e processual civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissões. Não ocorrência. Violação ao art. 437 do CPC/73. Não ocorrência. Interdição. Laudo do art. 1183 do CPC/73. Realização sem a forma e o conteúdo exigidos. Divergência sobre a existência de incapacidade do interditando, bem como sobre a sua extensão. Nulidade reconhecida. 1- Ação distribuída em 18/3/1997. Recurso especial interposto em 18/8/2015 e atribuído à Relatora em 26/6/2017. 2- O propósito recursal, além de determinar se houve negativa de prestação jurisdicional, é definir se deveria ter sido deferida a realização de segunda perícia e, ainda, se o exame realizado por médico psiquiatra nomeado como perito pelo Juízo, mas não reduzido a termo com forma e conteúdo de laudo pericial, atende à regra prevista no art. 1.183 do CPC/73, especialmente diante de divergência entre o relatório médico e o interrogatório do interditando. 3- Devidamente analisada e discutida a questão relacionada ao art. 437 do CPC/73, e fundamentado suficientemente o acórdão recorrido, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4- Inexistência de decisão acerca da aplicação do art. 9º, I, do CPC/73. Ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula 211/STJ. 5- Não há que se falar em violação ao art. 437 do CPC/73 quando o acórdão local indica fundamentadamente os motivos que formaram a sua convicção e declina os motivos pelos quais entendeu ser desnecessária a realização da segunda perícia. 6- O laudo pericial não pode ser substituído por mero relatório médico, especialmente quando há divergência entre o conteúdo do relatório em confronto com os demais elementos de prova produzidos no processo. 7- Nas hipóteses de interdição, é imprescindível que o exame médico resulte em laudo pericial fundamentado, no qual deverão ser examinadas todas as circunstâncias relacionadas à existência da patologia do interditando, bem como a sua extensão e limites. Inteligência do art. 1.183, 'caput', do CPC/73. 8- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para anular a sentença e determinar a realização de novo laudo pericial" (REsp 1685826/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017). Em seu voto, a Relatora explicita o entendimento que nos parece ser o mais adequado: "A jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que a constatação da incapacidade por meio de laudo pericial extrajudicial e por intermédio de outros meios de prova, inclusive o interrogatório do interditando, torna despiciente a realização de nova perícia, porquanto se trata, na hipótese, de incapacidade dispensável e que não acarreta nulidade" (REsp 253.733/MG, Quarta Turma, DJ 05/04/2004). Naquele julgado, constata-se que o interditando já havia sido periciado pelo INSS na fase pré-processual, dispensando-se apenas a renovação do exame e da prova pericial em juízo (que seria realizada pelo próprio INSS), inclusive porque as demais provas colacionadas aos autos (inclusive o interrogatório previsto no art. 1.181) eram uníssonas no sentido de reconhecer a incapacidade absoluta do interditando. Ocorre que a situação examinada neste recurso é substancialmente distinta, na medida em que, além de não ter sido produzido laudo pericial (ou seja, não foram respondidos os quesitos ofertados pelas partes), também há contradição entre o interrogatório judicial (segundo o qual o interditando conseguiu responder aos questionamentos que lhe foram dirigidos, ainda que com dificuldades) e o relatório médico do perito do juízo (segundo o qual o interditando sequer reúne condições de pronunciar palavras). O laudo pericial, portanto, é indispensável na hipótese, seja porque há divergência na prova colhida nas instâncias ordinárias, seja porque apenas o laudo pericial poderá identificar, precisamente, a extensão, a gravidade e a eventual reversibilidade da incapacidade do interditando, o que, inclusive, consta expressamente da quesitação adicional formulada pelo recorrente. Não se pode olvidar que a interdição é medida grave e excepcional, somente justificável nas hipóteses em que se faça comprovadamente necessária e, ainda assim, na medida exata e nos limites da incapacidade que for aferida em relação ao interditando. Essa exigência, já implicitamente existente na vigência do CPC/73, fica ainda mais clara após a nova legislação processual, por força do art. 753, §2º, do CPC/2015, que estabelece que 'o laudo pericial indicará especificadamente,

Determinada a perícia, deverá ser facultado o acompanhamento por assistente técnico, não só por ser um direito inerente a esse meio de prova (art. 465, §1º, II, CPC), mas também diante da controvérsia que pode ser instaurada a partir da impugnação do pedido. O fato de a perícia poder ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar (art. 753, §1º, CPC) é um truísmo normativo, na medida em que a perícia deve ser adequada ao objeto da prova. Assim, se necessário mais conhecimento técnico ou científico, deverá ser determinada a perícia que abranja tais áreas, nomeando-se peritos com a formação pertinente. De todo modo, trata-se de regra que se harmoniza com o disposto no art. 1.771, CC, e pode suprir eventual déficit de conhecimento que tenha ocorrido na entrevista por falta de especialista (art. 751, §2º, CPC). Também a disposição sobre o conteúdo do laudo, que deverá indicar especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela, é desnecessária, na medida em que o laudo deve refletir os quesitos e, conseqüentemente, o objeto de prova (art. 473, CPC). Diante do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do disposto no art. 1.772, CC, necessariamente a prova pericial deverá versar sobre a necessidade e o alcance da curatela. Acerca do laudo pericial, devem se manifestar todos os interessados, que, inclusive, deverão ter prévia ciência da data e local da perícia, na forma dos arts. 474 e 477, §1º, CPC.

Independentemente da discussão sobre a imprescindibilidade ou não da produção da prova pericial no decorrer do procedimento de interdição, há que se considerar que, se o conhecimento técnico ou científico é necessário⁶³, não poderá o juiz desprezar a prova técnica ou científica existente e muito menos decidir em desacordo com seu conteúdo. Deve, sim, o juiz – e os demais sujeitos processuais – zelar pela designação de perito qualificado, para que se confeccione um laudo pericial adequado (cf. art. 473, CPC), a partir de quesitos pertinentes. É muito complexa a discussão sobre a valoração e a apreciação da prova pelo juiz e a bibliografia anteriormente indicada sobre prova científica possui referências importantes para uma iniciação no tema, mas o fato é que, por questões epistemológicas, não pode o juiz decidir uma causa que depende de conhecimentos específicos contrariando a prova técnica ou científica. A não vinculatividade ao laudo pericial significa apenas que novos esclarecimentos, nova perícia ou novas provas técnicas devem ser produzidas, mas jamais desconsideradas ou contrariadas em seu conteúdo sem que haja contraprovas igualmente técnicas ou científicas. Como bem observa Fredie Didier Jr., “não pode o juiz simplesmente ignorar a perícia, transformando-se em perito”⁶⁴.

se for o caso, os atos para os quais haverá a necessidade de curatela’. Trata-se de dispositivo que melhor disciplina a questão e que permite aferir, inclusive, se seria admissível a conversão do procedimento de interdição para o procedimento de tomada de decisão apoiada previsto no art. 1.783-A do Código Civil’.

⁶³ Note-se que outras provas, incluindo as orais, podem ser necessárias para aferir circunstâncias relevantes para a extensão da curatela (cf. art. 754, CPC).

⁶⁴ *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1941. Entendendo que deve ser determinada nova perícia, como efeito da regra de que “o juiz não está adstrito ao laudo”: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 312/313. Tomo XVI. Lembre-se de conhecida passagem de José Olympio de Castro Filho sobre o tema: “inadmissível será o juiz desprezar o laudo pericial para opor à opinião justificada do técnico ou do cientista, que ele próprio escolheu, o seu próprio

Registre-se, por fim, que o perito, na realidade, é um importante sujeito processual no procedimento de interdição e sua participação deve ser aproveitada efetivamente pelas partes como mais uma dimensão do contraditório, ampliando-se e aprofundando-se o debate, não só por meio de designações de assistentes, mas também de quesitos adequados, pedidos de esclarecimentos, controle dos requisitos para nomeação e confecção do laudo e, também, eventual oitiva em audiência especial para esclarecimentos orais, como desdobramento da perícia complexa e não apenas em caso de perícia simplificada. Essa visão do perito como sujeito processual foi bem observada por Murilo Teixeira Avelino em estudo específico⁶⁵ e realmente se trata de uma visão relevante e pouco explorada, com especial repercussão em processo de interdição.

9. Juiz

O procedimento de jurisdição é de jurisdição estatal necessária e autônomo, de modo que a situação de curatela somente pode ser constituída por decisão jurisdicional e por meio de procedimento próprio (isto é, não há procedimento incidental de interdição). Toda interdição, portanto, necessariamente será jurisdicional, mas isso não significa que possa ser iniciada de ofício. Mesmo em se tratando de jurisdição voluntária, em que tradicionalmente se considera haver maior inquisitorialidade, a iniciativa para instauração do procedimento não pode ser jamais judicial⁶⁶.

Sem embargo dessa ressalva – talvez desnecessária –, o papel do Juiz como sujeito processual é de especial importância, não só em razão da finalidade do procedimento, mas sobretudo porque a legislação lhe confere atividades específicas para esse tipo de procedimento.

Antes de examiná-las, porém, cabe registrar que talvez o mais importante papel do Juiz no decorrer do procedimento seja precisamente o de desconcentrar poderes, ampliando ao máximo o contraditório e admitindo a participação plena dos interessados, a fim de que se esclareçam as circunstâncias que talvez justifiquem a limitação da capacidade naquele caso concreto. Nesse contexto, a entrevista do interditando, a produção da prova pericial e a admissão dos intervenientes, além de

entendimento de ignorante ou leigo na ciência do especialista. A experiência mostra que, via de regra, em semelhante arbitrariedade judicial se escondem muitas vezes a vaidade ou o exibicionismo de sabe-tudo, senão influências exteriores, de natureza diversa, a que cumpri por fim. Na realidade, se não quer aceitar o laudo pericial, por este ou aquele motivo, cabe ao juiz, por força do disposto no art. 437 [atual art. 480], determinar nova perícia, com o mesmo ou outro perito [se se tratar de segunda perícia, não pode ser o mesmo perito; o primeiro perito apenas poderá complementar e esclarecer a própria perícia, conforme o atual art. 477, §2º]" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 193. Vol. X – as observações entre colchetes são nossas).

⁶⁵ *O Controle Judicial da Prova Técnica e Científica*. Salvador: JusPodivm, 2017, item 6.1.

⁶⁶ Registre-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência autoriza a nomeação de ofício de curador provisório, explicitando o que já decorria do art. 749, parágrafo único, CPC: Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.

designações de audiências quando necessárias para o esclarecimento da causa, são atos fundamentais a serem exercidos no processo de interdição.

9.1. Entrevista

O juiz deverá entrevistar o interditando “minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas”. Trata-se, portanto de um ato que se aproxima tanto do interrogatório quanto da inspeção judicial, cabendo ao juiz formular o maior número de perguntas possível para contribuir para a determinação do grau de curatela a ser eventualmente constituída. Na entrevista também poderá ser avaliada a possibilidade, se presentes os requisitos, de se converter o procedimento para o de tomada de decisão apoiada⁶⁷. Pode o interditando não comparecer ao ato, frustrando essa fase instrutória e de esclarecimento das circunstâncias do caso. Nesse caso, há que se verificar se não se trata da hipótese prevista no parágrafo primeiro, quando, então, o interditando deverá ser ouvido no local em que estiver. Também é possível que o interditando compareça ao ato e nada responda por impossibilidade de comunicação decorrente de alguma deficiência ou causa médica, mas nesse caso a frustração verbal da entrevista será frustrada, mas não seu caráter instrutório, já que a impossibilidade de compreensão das perguntas ou de verbalização por qualquer meio será de grande relevância para a constituição da curatela. Dispõe o parágrafo segundo que a entrevista poderá ser acompanhada por especialistas, sendo que o art. 1.771, CC, determina que o juiz seja assistido por equipe multidisciplinar⁶⁸. Temos aqui duas observações: 1) a natureza instrutória desse ato faz com que seja absolutamente necessário o apoio de peritos para auxiliar o juiz, a fim de que se extraia da entrevista efetivamente um documento relevante para o processo, explorando todas as potencialidades desse encontro pessoal, que pode ser bastante complexo a depender das circunstâncias. Se quisermos algo além da documentação da “impressão pessoal do juiz”⁶⁹ – que, de resto, é no mínimo bastante questionável, já que o subjetivismo incidental do julgador é irrelevante processualmente e juiz não é testemunha e processo não comporta opinião leiga –, a partir de indagações prosaicas acerca da moeda corrente, do dia da semana e outras

⁶⁷ GAJARDONI, Fernando. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. Gajardoni, Delloro, Roque e Duarte. São Paulo: Método, 2016, p. 1.301.

⁶⁸ Embora deficiência não se confunda com incapacidade, o disposto no art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência pode ser útil para conferir parâmetros à análise da equipe multidisciplinar, que, claro, deverá dirigir o enfoque para o que efetivamente importa para fins de interdição: “Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação”.

⁶⁹ Cf. CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 188. vol. X.

desse jaez, é fundamental o apoio técnico; 2) entretanto, é notório que a carência de pessoal especializado constitui um ponto sensível no imenso déficit estrutural que atinge o Judiciário e não é incomum que em diversas comarcas simplesmente inexistam equipes multidisciplinares aptas a auxiliar o juízo, mesmo que por meio de convênios com entidades ou trabalho altruístico. Diante desse quadro, o tom peremptório da regra do CC pode encontrar óbice fático intransponível, o que não significa que a legislação não deva trabalhar com preceitos contrafáticos. Entretanto, a desejada equipe multidisciplinar pode ser uma realidade ainda distante em muitas comarcas e isso não pode significar nulidade do ato, sob pena de se inviabilizar a providência que melhor preservará o interesse do interditando, que pode ser a constituição da curatela. Dentro do possível, portanto, o juiz deverá contar com o apoio técnico disponível, ainda que seja apenas um profissional da área médica, psicológica ou de assistência social, por exemplo. O parágrafo terceiro do artigo ora comentado assegura, durante a entrevista, o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas, o que vai ao encontro ao disposto nos arts. 3º, III, 74, 79 e 80 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ainda com a finalidade de possibilitar ao juiz um quadro mais completo sobre a situação do interditando, o parágrafo quarto autoriza que, a critério do juiz, seja realizada a oitiva de parentes e de pessoas próximas do interditando. Entende-se, em geral, que a entrevista é ato obrigatório, não constituindo faculdade do juiz⁷⁰. Um ponto que não encontra regra expressa é a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na entrevista⁷¹, já que, se for o autor da ação, sua intimação para o ato é imprescindível em razão da posição processual ocupada. Já como fiscal da ordem jurídica, não há dúvidas de que sua intervenção é obrigatória, seja por força do art. 178, II, CPC, seja por conta do art. 752, §1º, CPC. Entretanto, o problema está no momento em

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 533. vol. II. GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 113/114). PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 308. vol. 7. Posição menos radical, mas preponderantemente a favor da imprescindibilidade do interrogatório (agora o CPC trata como “entrevista”): MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 451. vol. XII. Em sentido contrário, entendendo que excepcionalmente a entrevista pode não ser realizada, Fernando da Fonseca Gajardoni observa que “diante do estado de saúde física e mental do curatelando, mediante motivação idônea, e em caráter absolutamente excepcional, poderá o juiz dispensar a entrevista do art. 751 do CPC/2015, quando, exemplificativamente, o oficial de justiça, ao proceder a citação, já constatar o estado vegetativo do incapaz. O respeito à dignidade do incapaz é muito maior na supressão do ato do que na tentativa, certamente frustrada, de sua oitiva” GAJARDONI, Fernando. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. Gajardoni, Dellore, Roque e Duarte. São Paulo: Método, 2016, p. 1.302). Assim também Fredie Didier Jr.: “A inspeção judicial preliminar prevista neste art. 751 é prova necessária: o procedimento da ação de interdição impõe a realização deste meio de prova. Somente em situações excepcionais, como nos casos em que o interditando está em coma, é possível dispensá-la, a partir da concretização do princípio da adequação do processo de jurisdição voluntária, decorrente do art. 723, parágrafo único, CPC” (*Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1936).

⁷¹ Sobre a necessidade dessa intimação na vigência CPC anterior: CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 188. vol. X. No atual CPC: DIDIER JR., Fredie. *Da Interdição. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Wambier, Didier Jr., Talamini e Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2016, p. 1936. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 414.

que deve ocorrer essa intervenção, isto é, a partir de qual ato procedimental deve ocorrer a intimação para sua atuação, já que o art. 179, I, CPC, dispõe que “nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo”. Essa regra significa, ordinariamente, que a intervenção só se dê após o prazo da resposta do réu⁷² ou réplica no procedimento comum, ainda que na prática não seja incomum se ver intimação para que o Ministério Público se manifeste, por exemplo, sobre o pedido de tutela antecipada, o que é equivocadamente. A própria redação do art. 752, CPC, revela que a sistemática adotada é a mesma já prevista como regra geral no art. 179, I, CPC, ao dispor sobre a intervenção em um parágrafo do artigo que trata do prazo para a impugnação do pedido de interdição. Parece, portanto, de acordo com a sistemática prevista no CPC, que a intimação do Ministério Público para o ato da entrevista, como fiscal da ordem jurídica, não é obrigatória, ainda que se mostre conveniente para a instrução do processo e seja usual na prática. Entretanto, caso se entenda que, com a previsão do art. 87 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Ministério Público intervirá no processo de interdição sempre antes da nomeação de curador provisório, antecipando-se, portanto, o momento processual em que se dá sua atuação, há que se reconhecer inevitavelmente a necessidade de sua participação em todos os atos do processo desde então, inclusive da entrevista. Entretanto, sendo um ato instrutório, com a entrevista recebendo a amplitude e a relevância conferidas pela lei e pela prática forense, parece-nos que se lhe deva conferir a possibilidade de ampla participação de todos os sujeitos interessados⁷³.

Por fim, registre-se que, além de a doutrina majoritária se manifestar pela imprescindibilidade da entrevista, o Superior Tribunal de Justiça também assim se pronunciou em julgado recente e em termos enfáticos:

Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de interdição. Ausência de interrogatório. Ausência de nomeação de curador à lide. Inviabilidade. Nulidade. A ação de interdição é o meio através do qual é declarada a incapacidade civil de uma pessoa e nomeado curador, desde que fique demonstrada a incapacidade para praticar os atos da vida civil do interditando. A questão que exsurge nesse recurso é julgar se a ausência de nomeação de curador à lide e de interrogatório do interditando dão ensejo à nulidade do processo de interdição. A participação do Ministério Público como *custos legis* em ação de interdição não supre a ausência de nomeação

⁷² Cf. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 441.

⁷³ “Como ato probatório essencial do processo de interdição, não podem o requerente, o advogado do requerido e o Ministério Público ou o curador à lide ser privados de assistirem e participarem desse exame, exercendo não o direito de reperguntas, mas também fazendo observações que o juiz deverá consignar no respectivo termo, tudo igual como em qualquer inspeção judicial” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 113/114).

de curador à lide, devido à antinomia existente entre as funções de fiscal da lei e representante dos interesses do interditando. O interrogatório do interditando é medida que garante o contraditório e a ampla defesa de pessoa que se encontra em presumido estado de vulnerabilidade. São intangíveis as regras processuais que cuidam do direito de defesa do interditando, especialmente quando se trata de reconhecer a incapacidade e restringir direitos. Recurso especial provido para nulificar o processo⁷⁴.

9.2. Sentença

O processo de interdição enseja a constituição de situação jurídica de curatela, que deverá ser determinada de acordo com as necessidades do caso concreto. Dessa afirmação extraem-se as características essenciais da sentença de interdição: 1) sua

⁷⁴ REsp 1686161/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017. Em seu voto, a Relatora teceu as seguintes considerações: “Via de regra, esta Corte exige a demonstração de prejuízo gerado por supressão de ato processual previsto em lei para que fique consubstanciada a nulidade. Entretanto, tal entendimento não é aplicável à hipótese específica da ausência de nomeação de curador à lide em processo de interdição, devido à vulnerabilidade presumida do interditando e à gravidade da declaração e constituição de estado de incapacidade. Não é admissível que seja suprimida, em ação de interdição, medida que visa ampliar a proteção do interditando. Assim, considero a ausência de nomeação de curador à lide vício insanável cuja consequência é a nulidade absoluta do processo de interdição. [...] É importante que o juiz proceda ao exame pessoal por meio de interrogatório, ainda que não possua conhecimentos que permitam a elaboração de um diagnóstico. Isso, pois o exame pessoal não visa só a definição do estado biológico do interditando, mas, principalmente, a verificação de seus laços afetivos, suas condições materiais e cognitivas, a forma como se relaciona e se comporta em sociedade e, principalmente, sua opinião acerca da interdição e sua relação com quem se pretende curador. Tanto é importante o interrogatório, que o Novo Código de Processo Civil reformou o instituto, que passou a ser chamado de “entrevista”, ampliando os temas a serem perquiridos pelo juiz quando do exame pessoal, para que o interditando, sujeito de direito mais importante da demanda, seja melhor compreendido e ressignificado. O exame a ser feito mediante interrogatório em audiência pessoalmente pelo juiz não é, portanto, mera formalidade. Ao contrário, é medida que garante a participação e a própria defesa do interditando no processo. Aliás, é também medida de humanização do trabalho judicial, que poderá, com habilidade e dedicação, conhecer de fatos que o processo oculta ou omite. A respeito da relativização de regras processuais em ação de interdição, com base no art. 1109, do CPC/73, já afirmou na ocasião do julgamento do REsp 623047/RJ, de minha relatoria, Dje 07/03/2005, que intangíveis são as regras processuais que cuidam do direito de defesa da parte requerida, especialmente quando se trata de ação de interdição, de caráter indisponível e que privará o interditando da administração da sua vida. Não se extrai do art. 1.109 do CPC, portanto, autorização para que o juiz deixe de praticar os atos processuais inerentes ao procedimento, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa da parte requerida. Assim, é nula a decisão que declara a interdição sem proceder antes ao interrogatório do interditando. Assim, cuidando de ação de interdição para decidir acerca do estado da requerida, nuançada pela gravidade das consequências dessa declaração, não se admite a supressão de nenhum ato processual componente do procedimento, porque sempre destinados à proteção do interditando, máxime a inerente vulnerabilidade, aliás que se presume”. Pode-se apontar esse entendimento como desdobramento de julgado mais antigo: “Processo civil. Recurso especial. Interdição. Supressão do prazo de impugnação previsto no art. 1.182 do CPC com fundamento no art. 1.109 do mesmo diploma legal. Inviabilidade. - O art. 1.109 do CPC abre a possibilidade de não se obrigar o juiz, nos procedimentos de jurisdição voluntária, à observância do critério de legalidade estrita, abertura essa, contudo, limitada ao ato de decidir, por exemplo, com base na equidade e na adoção da solução mais conveniente e oportuna à situação concreta. - Isso não quer dizer que a liberdade ofertada pela lei processual se aplique à prática de atos procedimentais, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa do interditando. Recurso especial provido” (REsp 623.047/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 07/03/2005, p. 250).

natureza é constitutiva⁷⁵; 2) em regra, seu efeito é *ex nunc*⁷⁶; 3) a sentença enseja a uma nova situação jurídica que é precisamente a sujeição à curatela; 4) como toda curatela, a sentença deve se ajustar às condições pessoais do curatelado, na forma do art. 1.772, CPC, nomeando-se o respectivo curador; 5) em razão de seu conteúdo, a sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente; 6) como toda sentença, é passível de recurso de apelação. A nomeação do curador deverá atender sempre o melhor interesse do interditando e não haverá exata coincidência entre sua nomeação e o autor da ação. Ainda que fosse desnecessário, o *caput* do art. 755, CPC, é didático ao afirmar que o curador poderá ser o requerente da interdição, esclarecendo, com isso, a inexistência de vinculação entre essas posições. Há ao menos uma situação,

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 297/298. Tomo XVI. “Recurso especial. Processo civil. Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Intervenção do MP. Nulidade. Necessidade de demonstração do prejuízo. Estatuto da pessoa com deficiência. Lei n. 13.146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, caracterizada pelo fato de que ela não cria a incapacidade, mas sim, situação jurídica nova para o incapaz, diferente daquela em que, até então, se encontrava. 2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*. Precedentes. 3. Quando já existente a incapacidade, os atos praticados anteriormente à sentença constitutiva de interdição até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença, devendo, para tanto, ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, com demonstração de que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização do ato a ser anulado. 4. A intervenção do Ministério Público, nos processos que envolvam interesse de incapaz, se motiva e, ao mesmo tempo, se justifica na possibilidade de desequilíbrio da relação jurídica e no eventual comprometimento do contraditório em função da existência da parte vulnerável. 5. A ausência da intimação do Ministério Público, quando necessária sua intervenção, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*. 6. Na espécie, é fato que, no instante do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público. 7. Ademais, é certo que, apesar de não ter havido intimação do *Parquet*, este veio aos autos, após denúncia de irregularidades, feito por terceira pessoa, cumprindo verdadeiramente seu mister, com efetiva participação, consubstanciada nas inúmeras manifestações apresentadas. 8. Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84). 9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir. 10. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 1694984/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018).

⁷⁶ “Quanto ao passado (o momento em que começou a anomalia psíquica), não tem eficácia a sentença de interdição, a despeito do elemento declarativo junto à força constitutiva. Isso não impede que em ação que não é a da interdição se alegue, por exemplo, que a pessoa estava louca quando assinou um cheque ou uma escritura particular ou mesmo pública” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 318. Tomo XVI).

inclusive, que nunca o requerente da interdição poderá ser o curador: quando o legitimado ativo for o Ministério Público. Nesses casos, sempre haverá necessidade de nomeação de pessoa distinta para o exercício da curatela. Também quando o requerente for o representante da entidade em que estiver o curatelado – para quem entende que essa legitimidade ativa ainda se mantém, como foi exposto no item próprio –, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado, na forma do disposto no art. 85, §3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. O critério básico, portanto, é o melhor interesse do curatelado. Nesse contexto, os §§1º e 2º do art. 755, CPC, são redundantes e a ideia que deve balizar a nomeação do curador é a que está inserida no parágrafo único do art. 1.772, CC: “para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”. Esse dado é relevante porque a leitura do art. 1.775, CC, pode indicar a existência de prioridades previamente fixadas para a nomeação do curador⁷⁷. Entretanto, devem-se extrair do referido artigo apenas regras indicativas, que podem ser aplicadas de modo diverso a partir de circunstâncias do caso concreto⁷⁸. Deve ser lembrado, ainda, que é possível a nomeação de mais de um curador (art. 1.775-A, CC), desde que a curatela compartilhada se mostre adequada para o caso concreto. Caso o interdito tenha pessoa incapaz sob sua guarda e responsabilidade ao tempo da sentença de interdição, a nomeação de curador também abrangerá o interesse daquela pessoa, o que, em última análise, insere-se na regra geral de assegurar o melhor interesse do curatelado. A sentença deve dispor, também, sobre os limites da curatela, tanto em relação aos atos sobre os quais incidirá, quanto ao tempo de duração, se possível, conforme o art. 755, II, CPC, arts. 1.772 e 1.782, CC, e arts. 84, §3º, e 85, *caput*, e §§1º e 2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Além de ser inscrita no registro de pessoas naturais, dispõe o parágrafo terceiro do art. 755, CPC, que a sentença de interdição deve receber ampla divulgação na “rede mundial de computadores”, na imprensa

⁷⁷ “Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. §1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto. §2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. §3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador”.

⁷⁸ “Recurso especial. Civil. Processo civil. Ação de interdição. Legitimidade ativa. Ordem legal. Taxativa. Não prioritária. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Prequestionamento. Ausente. Súmula nº 282/STF. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a ordem prevista nos arts. 1.177 do Código de Processo Civil e 1.768 do Código Civil é exclusiva ou preferencial na fixação da legitimidade ativa para a propositura da ação de interdição. 2. A enumeração dos legitimados é taxativa, mas não preferencial, podendo a ação ser proposta por qualquer um dos indicados, haja vista tratar-se de legitimação concorrente. 3. A interdição pode ser requerida por quem a lei reconhece como parente: ascendentes e descendentes de qualquer grau (art. 1.591 do Código Civil) e parentes em linha colateral até o quarto grau (art. 1.592 CC). 4. A ação visa a curatela, que é imprescindível para a proteção e amparo do interditando, resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada pelos seus atos. 5. A existência de outras demandas judiciais entre as partes por si só não configura conflito de interesses. Tal circunstância certamente será considerada quando e se julgada procedente a interdição for nomeado curador. 6. Recurso especial não provido” (REsp 1346013/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015).

local e na imprensa oficial. Como toda sentença, é passível de recurso de apelação, que, contudo, não terá efeito suspensivo (art. 1.012, §1º, VI, CPC)⁷⁹.

10. Curador

O curador poderá ser provisório, se a situação concreta assim justificar a medida. A nomeação de curador provisório é uma medida urgente específica do processo de interdição, antecipando-se um dos efeitos da tutela pleiteada. O art. 87 do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁸⁰ prevê que a nomeação de curador provisório seja efetivada inclusive de ofício e que o Ministério Público seja sempre previamente ouvido, destoando, assim, da disciplina geral da tutela provisória no CPC. É importante registrar, na linha do afirmado no item anterior, que a urgência que fundamenta a nomeação de curador provisório é aquela que se faz presente a partir dos fatos narrados na inicial, isto é, contemporaneamente ao ajuizamento da ação, independentemente de a causa da incapacidade ser recente ou não. Ou seja: mesmo naqueles casos em que a incapacidade se revela há anos, mas somente agora se procurou formalizar judicialmente a situação, poderá ser nomeado curador provisório se houver justificada urgência. Em regra, consideradas a natureza e a gravidade de um processo de interdição, alguma necessidade prática inadiável se faz presente, de modo que a nomeação de curador provisório decorre do que pode ser denominado de urgência extremada⁸¹, que acaba por preponderar na prática para a concessão da decisão liminar. Diante da urgência, normalmente o indicado para ser o curador provisório será o próprio legitimado ativo, se possível⁸².

⁷⁹ Entendem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que “a sentença de interdição não retira a capacidade processual do interditado. Assim o agora interditado tem capacidade processual para, por exemplo, recorrer da sentença. Isso significa que, para este ato, ele não precisa estar representado pelo curador que acabou de lhe ser designado” (*Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 187. vol. 3). Assim também o STJ no citado REsp 1251728/PE, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013.

⁸⁰ “Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil”.

⁸¹ Como demonstrado por Eduardo José da Fonseca Costa, na prática forense se veem situações bem mais complexas, em que, por vezes, a probabilidade assume papel decisivo para o convencimento, ainda que a urgência não se faça presente com a devida intensidade; ou, ainda, que a urgência seja tão eloquente que a probabilidade acabe sendo ignorada; isto é, a presença “forte” de um requisito pode compensar a presença “fraca” de outro, como pautas móveis de compensações mútuas, o que possibilita as seguintes combinações: a) tutela pura de “evidência” extremada, b) tutela pura de perigo extremado; c) tutela de “evidência” extremada e perigo não extremado, d) tutela de perigo extremado e “evidência” não extremada, e) tutela de “evidência” e de perigo extremados, f) tutela de “evidência” e de perigo não extremados, g) tutela de “evidência” de extremidade presumida, h) tutela pura de perigo de extremidade presumida. O discurso da urgência extremada pode significar uma flexibilização nos critérios de sua concessão. Essa espécie de pressão argumentativa pode ser expressão de real necessidade e decorrer da própria natureza das coisas, exigindo ao exame imediato para não tornar irreversível a situação fática. Não raro, nos processos de interdição também estará presente aquilo que se denominou de evidência extremada. Sobre o tema: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Direito Vivo das Liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸² Se o legitimado ativo for o Ministério Público, jamais o Promotor de Justiça poderá ser nomeado curador, diante da absoluta incompatibilidade com o exercício de suas funções.

A nomeação do curador deverá atender sempre o melhor interesse do interditando e não haverá exata coincidência entre sua nomeação e o autor da ação. Ainda que fosse desnecessário, o *caput* do art. 755, CPC, é didático ao afirmar que o curador poderá ser o requerente da interdição, esclarecendo, com isso, a inexistência de vinculação entre essas posições. Há ao menos uma situação, inclusive, que nunca o requerente da interdição poderá ser o curador: quando o legitimado ativo for o Ministério Público. Nesses casos, sempre haverá necessidade de nomeação de pessoa distinta para o exercício da curatela. Também quando o requerente for o representante da entidade em que estiver o curatelado – para quem entende que essa legitimidade ativa ainda se mantém, como foi exposto no item próprio –, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado, na forma do disposto no art. 85, §3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. O critério básico, portanto, é o melhor interesse do curatelado. Nesse contexto, os §§1º e 2º do art. 755, CPC, são redundantes e a ideia que deve balizar a nomeação do curador é a que está inserta no parágrafo único do art. 1.772, CC: “para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”. Esse dado é relevante porque a leitura do art. 1.775, CC, pode indicar a existência de prioridades previamente fixadas para a nomeação do curador⁸³. Entretanto, devem-se extrair do referido artigo apenas regras indicativas, que podem ser aplicadas de modo diverso a partir de circunstâncias do caso concreto⁸⁴. Deve ser lembrado, ainda, que é possível a nomeação de mais de um curador (art. 1.775-A, CC), desde que a curatela compartilhada se mostre adequada para o caso concreto. Caso o interdito tenha pessoa incapaz sob sua guarda e responsabilidade ao tempo da sentença de interdição, a nomeação de curador também abrangerá o interesse daquela pessoa, o que, em última análise, insere-se na regra geral de assegurar o melhor interesse do curatelado.

O juiz deve levar em consideração na nomeação do curador o fato de haver pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, nomeando-se pessoa

⁸³ “Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. §1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto. § 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. § 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador”.

⁸⁴ “Recurso especial. Civil. Processo civil. Ação de interdição. Legitimidade ativa. Ordem legal. Taxativa. Não prioritária. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Prequestionamento. Ausente. Súmula nº 282/STF. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a ordem prevista nos arts. 1.177 do Código de Processo Civil e 1.768 do Código Civil é exclusiva ou preferencial na fixação da legitimidade ativa para a propositura da ação de interdição. 2. A enumeração dos legitimados é taxativa, mas não preferencial, podendo a ação ser proposta por qualquer um dos indicados, haja vista tratar-se de legitimação concorrente. 3. A interdição pode ser requerida por quem a lei reconhece como parente: ascendentes e descendentes de qualquer grau (art. 1.591 do Código Civil) e parentes em linha colateral até o quarto grau (art. 1.592 CC). 4. A ação visa a curatela, que é imprescindível para a proteção e amparo do interditando, resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada pelos seus atos. 5. A existência de outras demandas judiciais entre as partes por si só não configura conflito de interesses. Tal circunstância certamente será considerada quando e se julgada procedente a interdição for nomeado curador. 6. Recurso especial não provido” (REsp 1346013/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015).

que melhor atenda aos interesses do curatelado e de quem ele é guardião ao tempo da constituição da curatela (art. 755, §2º, CPC e art. 1.778, CC). O art. 757, CPC, portanto é a especificação daquela regra, possibilitando que o juiz a excepcione, caso se descortine hipótese que melhor preserve o interesse do incapaz. Com efeito, em paralelo ao melhor interesse do curatelado, há o melhor interesse do menor, que merece prioridade absoluta (art. 227 da Constituição da República), e pode não ser atendido no caso dessa espécie de extensão da autoridade do curador, ou seja, o melhor interesse do curatelado não coincide necessariamente com o do incapaz sob sua guarda ou responsabilidade. Dentro desse quadro, observando-se a prevalência que a família natural deve ter na criação do menor (art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente), caso se trate de criança ou adolescente sob a guarda do curatelado, pode-se vislumbrar o caso de haver guarda compartilhada, quando pode se mostrar inconveniente essa extensão da autoridade do curador, ou ainda a possibilidade de inserir o incapaz na família extensa ou ampliada (art. 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente), ou mesmo modificando a guarda originalmente concedida ao ora curatelado, tudo dependendo das circunstâncias do caso concreto. Note-se que, a rigor, o CPC e o CC conferem ao juiz a competência para, no processo de interdição, regular a situação jurídica da pessoa sob guarda ou responsabilidade do curatelado, que passará a ostentar a legitimidade para interpor recurso contra a sentença, no capítulo que o atinge.

A atuação do curador vincula-se ao melhor interesse do curatelado, de modo que deve buscar os meios possíveis para assegurar sua autonomia, nos moldes preconizados, aliás, no Estatuto da Pessoa com Deficiência, em cujos artigos 1º, 6º, 8º, 14 a 17, 18, 27, 34, 36, 37, 42, 53, 63, 74, 76 as práticas inclusivas são a nota preponderante. Ainda que não se confundam os conceitos de deficiência e de incapacidade, como já tantas vezes ressaltado nesses comentários, não há dúvidas de que o disposto no art. 758, CPC, vai ao encontro das diretrizes da política de inclusão referente às pessoas com deficiência. Lembre-se de que a regra é a plena capacidade da pessoa e a situação de curatela é um estado excepcional que, idealmente, deve ser abreviada no tempo. Há aqui a expressão da modificação funcional do curador, que não deve ser visto como aquele que apenas ampara e supre a incapacidade, mas, sim, quem, além disso, possibilita a autonomia do curatelado. Nesse sentido, não é exagerado afirmar que a função primordial do curador é extinguir a curatela.

Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal

Some questions about confession in the Criminal Non-persecution Agreement

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho*

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito e objetivos do Acordo de Não Persecução Penal. 3. Os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal e sua homologação. 4. Perguntas e respostas. 4.1. Somente será possível a proposta de Acordo de Não Persecução Penal se o investigado voluntariamente confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal? 4.2. A confissão exigida para o ANPP ofende o direito constitucional ao silêncio? 4.3. Se existir dúvidas sobre a integridade mental do investigado, poderá ser oferecido o Acordo de Não Persecução Penal? 4.4. Se o investigado não tiver confessado a prática da infração penal no inquérito policial, necessariamente estará inviabilizada a proposta de Acordo de Não Persecução Penal? 4.5. A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal serve para formar a *opinio delict* do Ministério Público? 4.6. A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal significa reconhecimento expresso de culpa do investigado? 4.7. A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal pode ser usada no processo criminal, caso descumprido o ANPP? 4.8. E se o Acordo de Não Persecução Penal não for homologado pelo Juízo, pode a confissão ser usada no processo criminal? 5. Conclusões. Referências.

Resumo

A Lei nº 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal como mais um instrumento de Justiça Penal Negociada no direito processual penal brasileiro. Por ser um instituto novo previsto na lei, normal que suscite dúvidas em sua aplicação. Doutrina e jurisprudência tentam se adaptar ao novo e dirimir algumas questões que geram controvérsias na aplicação do ANPP. No texto, por meio de perguntas e respostas, procurou-se esclarecer algumas questões sobre a confissão como requisito para a celebração do acordo.

* Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Promotor de Justiça do Ministério Público do Maranhão. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público – GNMP. Membro da Associação dos Promotores do Júri - Confraria do Júri.

Abstract

Law No. 13.964/2019 introduced the Penal Non-Persecution Agreement into the Criminal Procedure Code as yet another instrument of Criminal Justice Negotiated under Brazilian criminal procedural law. Because it is a new institute foreseen by law, it is normal to raise doubts in its application. Doctrine and jurisprudence try to adapt to the new and resolve some issues that generate controversies in the application of the ANPP. In the text, through questions and answers, we tried to clarify some questions about confession as a requirement for the conclusion of the agreement.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Questões. Confissão.

Keywords: *Non-Persecution Agreement. Questions. Confession.*

1. Introdução

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surgiu no Brasil por meio do art.18 da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018).

A Lei nº 13.964/2019 (conhecida por “Pacote Anticrime”) inseriu o Acordo de Não Persecução Penal no art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Por ser um instituto relativamente novo e com alguns questionamentos sobre sua aplicação chegando aos Tribunais somente com a sua previsão no Código de Processo Penal, doutrina e jurisprudência ainda são cambaleantes em diversos aspectos. Até mesmo entre os Ministérios Públicos do Brasil há alguma divergência quanto aos procedimentos para sua utilização.

No presente ensaio, sem pretensão de esgotar o vasto e novo tema, vamos nos ater apenas a algumas questões sobre a confissão como requisito para o Acordo de Não Persecução Penal.

2. Conceito e objetivos do Acordo de Não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal (ANPP) é um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado (devidamente assistido por advogado/defensor), notadamente na fase de investigação de um ilícito penal, necessariamente homologado judicialmente, onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente a cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.

O acordo de não persecução penal foi criado em vista da necessidade de se buscar soluções céleres e efetivas referentes a crimes de baixa e média gravidade,

visando ser um mecanismo de solução consensual no âmbito criminal e voltado a fixação de uma política criminal realizada pelo Ministério Público.

Nesse aspecto, diz SOUZA (2020, p.122): “À natureza negocial pré-processual, soma-se a vocação programática do instituto, voltado para a fixação de um programa de política criminal pautado em critérios decisórios bem ordenados e que procura enfrentar o inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade com racionalidade, em vistas à realidade social”.

Não se pode perder de vista que o acordo de não persecução penal tem por objetivo, ainda, evitar a ação penal (evitar as *misérias do processo penal*), sendo um instituto claramente despenalizante.

O ANPP também procura prestigiar um pouco mais a vítima no processo penal brasileiro, prevendo como condição, de forma prioritária, a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima (art. 28-A, I, do CPP) e a sua intimação quando da homologação do ANPP e de seu descumprimento (art. 28-A, § 9º, do CPP).

3. Os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal e sua homologação

Os requisitos legais para o ANPP são cumulativos e previstos, mesmo implicitamente, no *caput* do art. 28-A, do CPP. São eles: a) existência de procedimento investigatório; b) não ser caso de arquivamento dos autos; c) infração penal sem violência ou grave ameaça; d) pena inferior a 4 (quatro) anos; e) confissão formal e circunstanciada do investigado; f) ser o acordo necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime.

Além desses, é necessário observar que a Lei já dispõe quando não é cabível o acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 2º, do CPP), a saber: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Presentes os requisitos legais, entendendo o Ministério Público que o acordo de não persecução penal é necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime, será o ANPP proposto ao investigado que, acompanhado de defensor, analisará se aceita ou não celebrar o acordo levando em consideração as condições ajustadas (art. 28-A, incisos I a V, do CPP).

Sendo o acordo de não persecução penal celebrado, será o ANPP submetido a homologação judicial (art. 28-A, § 4º, do CPP) e, em sendo homologado o acordo (pelo Juiz das Garantias – art. 3º-B, inciso XVII, do CPP¹), o ANPP será executado perante o Juízo de Execução Penal (art. 28-A, § 6º, do CPP).

¹ No presente momento, o art. 3º-B, do CPP está com a eficácia suspensa por decisão, liminar, do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, nos autos das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305., ou seja, por enquanto,

Devido ao tema proposto neste escrito, nos limitaremos a analisar apenas o requisito da confissão formal e circunstancialmente a prática da infração penal que pode suscitar algumas dúvidas práticas e sobre elas teceremos alguns comentários.

Para o texto ser mais objetivo, vejamos, em forma de perguntas e respostas, as questões relacionadas a confissão como requisito do acordo de não persecução penal.

4. Perguntas e respostas

4.1. Somente será possível a proposta de Acordo de Não Persecução Penal se o investigado voluntariamente confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal?

Sim. O art. 28-A, *caput*, do CPP impõe como um dos requisitos do ANPP que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal.

Sem confissão simples, voluntária, formal e circunstanciada, incabível o ANPP.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CÓDIGO PENAL – CP. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. EMBARGOS REJEITADOS. 1. [...]. 2. A aplicação do disposto no art. 28-A do CPP, referente à proposição do acordo de não persecução penal, não foi matéria vertida nas razões do recurso especial, caracterizando indevida inovação recursal, o que torna inviabilizada a conversão do julgamento em diligência. 3. Ainda que assim não fosse, observa-se que, para aplicação do instituto do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), é necessário que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, o que não aconteceu no presente caso. Ademais, há a exigência que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, no caso, a soma das penas mínimas previstas aos delitos imputados ao embargante (arts. 180, *caput*, 304 c/c 297 e 311 do CP) ultrapassa o mínimo exigido. 4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.618.414 – RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik).

devido a esta decisão, está suspensa a implementação do Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro. Assim, enquanto não se resolver a questão no STF, entende-se que o Juiz competente para a homologação do ANPP é o juiz natural que seria o competente para analisar a eventual denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público.

Entende-se como confissão formal do investigado aquela preferencialmente gravada em áudio e vídeo (art. 18, § 2º, da Resolução 181/2017 do CNMP) ou reduzida a termo, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal.

A confissão, além de ser pessoal e formal, deve ser circunstanciada (a lei fala em confessar circunstancialmente), ou seja, integral, completa, minuciosa, com todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive com relato de eventual participação de terceiro no delito.

Não haverá acordo de não persecução penal se a confissão for parcial, com reservas, omissa ou mentirosa, falsa. Se, por ventura, o acordo tiver sido realizado e, depois, se descobrir a falsidade da confissão ou que ela não foi integral, o ANPP deve ser desconstituído.

Por certo, a confissão deverá ser voluntária, sem qualquer vício de erro, dolo ou coação, fruto da livre vontade do investigado.

Na lição de CHEKER (2020, p. 373/374):

Isso significa que cabe ao investigado confessar todos os elementos da prática criminosa de forma detalhada e minuciosa. Não se trata, assim, de uma confissão genérica, mas sim de um reconhecimento da prática do ato criminoso em todas as suas circunstâncias, entre elas a atuação do beneficiário no concurso de agentes, conforme será exposto.

A confissão tem que ser integral, ou seja, não pode ser parcial ou sujeita a reservas. Não se aplica, assim, na fase do ANPP, o Enunciado nº 545 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) segundo o qual “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

[...]

Uma vez obtidos os elementos que justifiquem uma acusação pelo fato principal, bem como do vínculo que ligue o denunciado a outras pessoas, o MP, no momento da negociação para a celebração de um ANPP, pode e deve exigir a confissão da coautoria ou participação do beneficiário, ainda que outras pessoas não sejam, no mesmo momento, beneficiárias de algum acordo.

Igualmente SOUZA e DOWER (2018, p. 165):

A confissão circunstancial deve ser entendida como aquela que apresenta a versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham coerência lógica, compatibilidade e concordância com as demais provas contidas no procedimento. É do confronto com as demais provas do procedimento que deve ser aferida a validade da confissão. Confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo etc., devem ser refutadas para a celebração do acordo.

Também a confissão deve ser simples. A confissão qualificada, ou seja, aquela em que vem acompanhada de alegação de excludentes de tipicidade, de ilicitude ou de culpabilidade, não serve para o ANPP.

Como alerta QUEIROZ (2020):

Tampouco a confissão qualificada equivale à confissão formal. É que a confissão qualificada corresponde, em última análise, a uma alegação de inocência, que, se fundada e verossímil, é incompatível com o acordo de não persecução, visto que: a) o acordo pressupõe que não seja caso de arquivamento do inquérito (art. 28-A); b) se o investigado alega excludentes de ilicitude ou de outra natureza não está confessado crime algum, muito menos formalmente. Afinal, quem, por exemplo, subtrai coisa alheia móvel em estado de necessidade (furto famélico) atua conforme o direito; logo, não comete crime; c) não vale qualquer confissão, mas uma confissão consistente e verossímil, sob pena de se firmar acordos com possíveis inocentes.

Pela importância, vale consignar a advertência de LIMA (2020, p. 283):

Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, *caput*, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar o acordo de não persecução penal.

Como resume CABRAL (2020, p. 114): “O acordo aqui, evidentemente, pressupõe que cada uma das partes abra mão de alguma coisa. O MP abre mão do exercício da ação penal, o investigado entrega a confissão formal e circunstanciada”.

Nisso, importa deixar claro que, se o investigado, na audiência extrajudicial de oferecimento do ANPP, optar por fazer uso do seu direito constitucional ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), não haverá acordo de não persecução penal.

4.2. A confissão exigida para o ANPP ofende o direito constitucional ao silêncio?

Não há ofensa ao direito ao silêncio já que o investigado tem a liberdade de confessar ou não o ato delituoso, ou seja, tem o investigado o direito de ficar calado ou de confessar detalhadamente o ato delituoso. É uma opção do investigado, dentro de sua autonomia de vontade e assistido pela defesa técnica.

Lecionam SOUZA e DOWER (2018, p. 161):

Ao contrário de uma conclusão apressada, o dispositivo em análise não anula a garantia constitucional do acusado de permanecer em silêncio, descrita no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Isso porque o investigado não é compelido a dizer a verdade ou de não permanecer em silêncio. A escolha pela intervenção ativa, isto é, de prestar declarações fidedignas sobre os fatos, desde que livre e consciente, não viola aquela garantia constitucional.

O direito de escolher entre exercer seu direito ao silêncio ou confessar detalhadamente o crime, encontra amparo na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade.

Nesses casos, a restrição a direitos fundamentais é constitucional, desde que não seja permanente nem geral, mas decorra de voluntariedade e represente proporcional aumento do direito à liberdade do investigado, condições que ficarão sob a fiscalização do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado.

4.3. Se existir dúvidas sobre a integridade mental do investigado, poderá ser oferecido o Acordo de Não Persecução Penal?

Em regra, não. O ANPP é, em resumo, um acordo de vontades entre o Ministério Público e o investigado.

Na audiência extrajudicial para o oferecimento do ANPP, o Ministério Público tem o dever de explicar de forma detalhada as condições e consequências do ANPP e a necessidade de voluntariamente o investigado confessar detalhadamente a infração penal.

Então, resta evidente que o investigado deve ser capaz de entender o significado e as consequências do acordo e de suas condições, devendo expressar validamente sua vontade.

Por outro lado, a confissão deve ser pessoal (ainda que por meio virtual) e voluntária do investigado que deve entender suas implicações.

Com dúvidas sobre a integridade mental do investigado, não parece ser viável o ANPP justamente pelo fato de não se poder, com segurança, atestar validamente a vontade o investigado e sua capacidade de compreensão.

Nesse sentido, a lição de SOUZA e DOWER (2018, p. 161):

Em regra, a celebração do acordo de não persecução penal deverá ser feito com o investigado plenamente capaz. No caso de dúvidas sobre a sua integridade mental, o acordo não pode ser levado a efeito, até porque o inimputável ou semi-imputável não pode manifestar validamente sua vontade, nem mesmo por meio de defensor ou curador, visto tratar-se de ato personalíssimo.

Então, recebendo os autos do procedimento investigatório, o Ministério Público avaliará se estão presentes os requisitos do ANPP. Mas, se no procedimento investigatório existir documentos ou informações que despertem dúvida razoável e séria sobre a higidez mental do investigado, é imprescindível a realização do exame de insanidade mental do investigado, devendo o Ministério Público requerer sua instauração (art. 149 do CPP).

Somente após a conclusão do exame é que poderá o Ministério Público verificar se o investigado poderá voluntariamente confessar e entender as consequências do ANPP.

Já CABRAL (2020, p. 120/121) entende da seguinte forma:

Já os inimputáveis por enfermidade mental, ainda que exista alguma dificuldade inicial da celebração do acordo, afigura-se excepcionalmente possível o ANPP.

[..]

Nesses casos, o acordo de não persecução penal deverá ser realizado no âmbito do regime de tomada de decisão apoiada (CC, art. 1.783-A). Esse acordo, porém, somente poderá ser celebrado caso exista uma clara vantagem ao investigado em relação à opção de

responder ao curso normal do processo penal e deverá respeitar a especial condição do investigado, fundamentalmente com relação às suas características, o modo e local de cumprimento.

4.4. Se o investigado não tiver confessado a prática da infração penal no inquérito policial, necessariamente estará inviabilizada a proposta de Acordo de Não Persecução Penal?

Não. O fato do investigado não confessar a prática ilícita no inquérito policial não inviabiliza, de plano, o acordo de não persecução penal.

Como dito acima, há necessidade de confissão formal do investigado. E essa confissão deve ocorrer na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal.

Dessa forma, mesmo que o investigado tenha negado a prática delituosa no inquérito policial, o membro do Ministério Público, verificando pelos autos que os demais pressupostos e requisitos do ANPP estão presentes no caso concreto, deve designar audiência extrajudicial na sede do Ministério Público para explicar o ANPP ao investigado e seu defensor e esclarecer que o ANPP pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, deixando a critério do investigado se deseja confessar – e ter o ANPP – ou manter a negativa da prática já exposta durante o inquérito policial.

Diz CABRAL (2020, p. 112):

Por outro lado, o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução. Muito pelo contrário. É precisamente nessas hipóteses que o acordo é mais importante, pois, com o ANPP, uma investigação criminal que não contava com a confissão, depois da avença, passará a ter mais esse elemento de informação.

Nesse sentido, enunciado aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ que foi realizada nos dias 10 a 14 de agosto de 2020, a saber:

Enunciado 3: A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.

Aqui cabe um parêntese para relatar um caso decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O investigado não confessou o crime no inquérito policial e, por tal fato, o Ministério Público ofereceu a denúncia, justificando que deixou de oferecer o ANPP justamente pelo fato do investigado não ter confessado o crime na fase policial.

A magistrada rejeitou a denúncia alegando ausência de interesse de agir, em resumo, afirmando que o fato do investigado não ter confessado na fase policial, não impede o ANPP, posto que o Ministério Público deveria ter designado audiência extrajudicial para esclarecer ao investigado a possibilidade de ANPP e a necessidade de confissão, para só então, em caso de recusa, oferecer a denúncia.

Da decisão de rejeição da denúncia, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito.

A 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar, no dia 17/06/2020, o Recurso em Sentido Estrito nº 1507691-40.2020.8.26.0050 interposto pelo Ministério Público Paulista, negou provimento ao recurso. Eis a ementa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Rejeição da denúncia diante da ausência de interesse de agir. Inconformismo ministerial. Negativa de acordo de não persecução penal porque ausente confissão. Nova sistemática processual que exige intimação do investigado para exercer seu direito ao acordo, ao eventual recurso e até mesmo para o arquivamento. Inexistência dessa manifestação. Ação penal ofertada sem observação dessas garantias que não demonstra sua necessidade e utilidade. Ausência do interesse de agir evidenciado. Denúncia rejeitada. Recurso improvido.

Em resumo, tanto a magistrada quanto o TJSP entenderam que, ausente a confissão na fase policial, cabe ao Ministério Público, presente os demais requisitos e pressupostos, designar audiência extrajudicial para explicar o ANPP ao investigado e ao seu defensor e dar a oportunidade do investigado confessar. Somente assim, com a falta de confissão perante o Ministério Público, estaria justificada o oferecimento da denúncia.

Ressalte-se que mesmo ocorrendo confissão na fase policial, o membro do Ministério Público deve fazer o mesmo procedimento acima relatado, ou seja, designar audiência na sede do Ministério Público para explicar o ANPP ao investigado e seu defensor e esclarecer que o ANPP pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, deixando a critério do investigado se deseja confessar – e ter o ANPP –, porque, repita-se, a confissão deve ocorrer na presença do Ministério Público e de seu defensor.

Novamente CABRAL (2020, p. 112):

Essa confissão deverá se dar na presença do Membro do Ministério Público, no momento em que for celebrado o acordo de não

persecução penal devendo o investigado necessariamente estar acompanhado de seu defensor.

Não vale, portanto, a confissão anteriormente realizada no IP ou no PIC, pois ela, como dito, deve ocorrer no momento da celebração do acordo.

4.5. A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal serve para formar a *opinio delict* do Ministério Público?

Não. Só cabe acordo de não persecução penal quando o Ministério Público já possuir todos os elementos suficientes para a ação penal. É dizer, quando já estão plenamente preenchidas as condições da ação penal. A justa causa e demais elementos para a denúncia já estão presentes. Isto é um outro requisito do ANPP: não ser caso de arquivamento. Havendo elementos para a denúncia, o Ministério Público passa a analisar o cabimento do ANPP.

Logo, não é a confissão por ocasião da celebração do acordo de não persecução penal que fundamentará a *opinio delict* do Ministério Público, posto que esta já estará formada quando da audiência extrajudicial para a formulação do ANPP.

Em resumo, não pode ser a confissão a peça chave para o Ministério Público formar sua *opinio delicti*.

Repita-se: a confissão, em sede de acordo, não é o elemento principal para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

Esclarecendo: o ANPP não é um substituto do arquivamento do procedimento investigatório criminal. Ao contrário. É uma alternativa ao ajuizamento da ação penal. Só é cabível ANPP quando nos autos da investigação criminal já existir elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal, ou seja, existindo nos autos da investigação criminal justa causa e pressupostos e condições para o oferecimento da denúncia, o Ministério Público vai analisar se o caso comporta ANPP. Logo, resta claro que, quando da confissão perante o Ministério Público, já existiam elementos suficientes para o ajuizamento da ação penal.

Como deixa claro SOUZA (2020, p. 129): “Observe-se, contudo, que a exigência da confissão não serve para a formação da *opinio delict*, pressuposto anterior à etapa de propositura do acordo de não persecução penal”.

E CABRAL (2020, p. 113): “Essa confissão reforça a justa causa que já existia para o oferecimento da denúncia, dando seriedade e peso à realização do acordo”.

Por fim, cabe esclarecer que justamente pelo fato da confissão não servir para formar a *opinio delicti* do Ministério Público é que não há como o Ministério Público negar a formulação do acordo de não persecução quando entender que a confissão é desnecessária, inútil, em vista dos elementos robustos já existentes no procedimento investigatório.

4.6. A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal significa reconhecimento expresso de culpa do investigado?

Não.

Como bem pontua SOUZA (2020, p. 129/130) ao tratar da exigência da confissão:

Trata-se, em verdade, de providência de feição preventiva, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indicam ter sido a autora da infração penal.

[...]

De outro lado, importa deixar bem assentado que a confissão obtida para a celebração do acordo de não persecução não enseja assunção de culpa, e por isso não pode implicar julgamento antecipado do caso [...].

Exatamente porque a confissão seve apenas para depuração dos elementos indiciários confirmatório da prévia *opinio delict*, e em razão de não produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado, é que não se identifica nessa exigência suposta violação da presunção do estado de inocência (CF, art.5º, LVII).

No mesmo sentido, SANCHES CUNHA (2020, p. 129):

Importa alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.

4.7. A confissão exigida para o Acordo de Não Persecução Penal pode ser usada no processo criminal, caso descumprido o ANPP?

Sim. Se o acordo de não persecução penal for homologado judicialmente, mas o investigado deixar de cumprir integralmente suas condições, haverá rescisão do ANPP e o Ministério Público oferecerá a denúncia (art. 28-A, § 10, do CPP) e a confissão poderá ser usada como elemento de reforço da prova de autoria, corroborando com as demais provas produzidas em contraditório.

Como explica CABRAL (2020, p. 113): “É importante frisar, porém, que essa confissão formal e circunstanciada somente poderá ser utilizada no processo penal, caso seja o acordo homologado e caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia”.

E CUNHA (2020, p. 309):

Nesse sentido, é viável defender que a confissão apresentada como condição para o acordo de não persecução pode ser utilizada pelo órgão acusatório quando for possível atribuir ao acusado a responsabilidade pela rescisão do negócio jurídico. Entender contrariamente, nesse caso, seria o mesmo que anuir que o acusado pode ser beneficiado por uma situação que deu causa.

Igualmente LIMA (2020, p. 287):

Essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do acordo. Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele fornecidos.

A propósito, eis o teor do Enunciado nº 27 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ): “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.

E o Enunciado nº 24 PGJ-CGMP do Ministério Público de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/2019: “Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para a oferta da denúncia”.

Claro que, por ser uma confissão extrajudicial, é retratável em Juízo e não leva, por si só, à condenação (art. 155 do CPP), devendo ser avaliada com as demais provas produzidas em contraditório.

Como esclarece FREIRE JÚNIOR (2018, p. 339):

O valor da confissão. A confissão, nos termos do artigo 200 do CPP, é retratável. A celebração do acordo não pode, em caso de descumprimento, ser invocada como prova absoluta para a condenação do réu. A confissão é retratável e o magistrado deve analisar o conjunto probatório produzido em juízo para entender pela culpa, ou não, do réu que descumpriu o acordo de não persecução.

Por fim, apesar de não ser necessário pelos motivos acima expostos, nada impede que, no ato de celebração do acordo, o Ministério Público e o investigado assentem em fazer constar expressamente no termo de acordo de não persecução penal que a confissão, em caso de descumprimento voluntário do acordo pelo investigado, será usada como elemento de reforço da prova de autoria.

4.8. E se o Acordo de Não Persecução Penal não for homologado pelo Juízo, pode a confissão ser usada no processo criminal?

Não. Se o Juízo competente não homologar o ANPP e o Ministério Público oferecer a denúncia, não pode usar a confissão realizada no ANPP no processo criminal.

O ideal, inclusive, é que na hipótese de não homologação do ANPP, seja inclusive desentranhada a confissão do investigado dos autos antes que a denúncia seja encaminhada ao Poder Judiciário, por força do princípio da boa-fé e da lealdade processual, porque somente não houve acordo devido a não homologação judicial e não por ato do investigado, não podendo, portanto, sua confissão ao Ministério Público ser usada em seu prejuízo.

Novamente CABRAL (2020, p.114): “Na hipótese de o acordo não ser homologado, volta-se ao *status quo ante*, não sendo possível, por força do princípio da lealdade e da moralidade administrativa, o seu uso em prejuízo do investigado”.

5. Conclusões

Por ser instituto relativamente novo, dentro de uma mentalidade de Justiça – a Justiça Penal Consensual – ainda vista com alguma desconfiança para aqueles acostumados com o Processo Penal tradicional, o Acordo de Não Persecução Penal suscita algumas dúvidas em sua aplicação.

As questões apresentadas no texto são apenas algumas e as respostas são na verdade sugestões de atuação para uma melhor fiscalização e efetivação do acordo de não persecução penal.

Muitas outras controvérsias existem e talvez ainda existirão sobre a aplicação do ANPP.

O texto produzido neste trabalho é apenas uma pequena amostra das discussões jurídicas atuais com objetivo único de fomentar o debate.

Referências

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CHEKER, Monique. A Confissão do Concurso de Agentes no Acordo de Não Persecução Penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Coletânea de Artigos. v. 7. 2ª Câmara de

Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>.

CUNHA, Vitor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Coletânea de Artigos. v. 7. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações. In: SANCHES CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (orgs.). *Acordo de Não Persecução Penal, Resolução n.181 do CNMP*. 2a ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 8a ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

QUEIROZ, Paulo. *Acordo de Não Persecução Penal – Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SANCHES CUNHA, Rogério. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (orgs.). *Acordo de Não Persecução Penal, Resolução n. 181 do CNMP*. 2a ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: SANCHES CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (orgs.). *Acordo de Não Persecução Penal, Resolução n. 181 do CNMP*. 2a ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público

Valerio de Oliveira Mazzuoli*
Marcelle Rodrigues da Costa e Faria**
Kledson Dionysio de Oliveira***

Sumário

1. Introdução. 2. Aferição de convencionalidade pelo Ministério Público. 2.1. Aferição de convencionalidade por provocação. 2.1.1. Aferição por provocação na ação civil pública e na ação popular. 2.1.2. Aferição por provocação na condição de *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil. 2.2. Aferição de convencionalidade no controle abstrato de normas, *sponte sua* ou como *custos juris*. 2.2.1. Aferição de convencionalidade por iniciativa própria (aferição *sponte sua*). 2.2.2. Aferição de convencionalidade por provocação (*custos juris*) no controle concentrado. 3. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. 3.1. Controle de convencionalidade nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais. 3.1.1. Controle de convencionalidade na promoção da ação civil pública. 3.1.2. Compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais. 3.2. Controle de convencionalidade e persecução criminal. 3.2.1. Arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e controle de convencionalidade. 3.2.2. Promoção da ação penal pública e controle de convencionalidade. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O estudo investiga as hipóteses em que o Ministério Público exercita a compatibilização vertical material das normas domésticas com os comandos

* Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, *campus* de Franca. Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Professor dos Programas Mestrado e Doutorado da Universidade de Itaúna – UIT. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Advogado e membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso. Presidente da “Confraria do Júri” (Associação Nacional dos Promotores de Justiça do Júri).

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso. Integra o Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado – GAECO.

presentes nos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil (exame de convencionalidade). A investigação diferencia as hipóteses em que o Ministério Público apenas “afere” – por provocação ou por iniciativa própria – a convencionalidade das leis, deixando a cargo do Poder Judiciário a resolução completa da questão jurídica, daquelas em que o órgão ministerial efetivamente “controla” essa mesma convencionalidade, no âmbito das suas respectivas competências delineadas pela Constituição e pelas leis nacionais. O estudo conclui que tanto na aferição como no controle de convencionalidade, o mister pós-moderno do Ministério Público não mais se resume ao respeito da Constituição e das leis, devendo – *ex officio* – proceder ao exame de compatibilidade vertical material de toda a ordem jurídica interna com os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, à luz do princípio internacional *pro homine*.

Palavras-chave: Ministério Público. Aferição de convencionalidade. Controle de convencionalidade. Sistema interamericano de direitos humanos.

1. Introdução

O controle de convencionalidade das leis é instituto cada vez mais em voga no Brasil e tem sido prioritariamente exercido pelo Poder Judiciário.¹ O seu exercício decorre do exame de compatibilidade material das normas do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Tais tratados, portanto, são paradigmas de controle tanto da *produção* normativa doméstica (elaboração das leis) quanto da *aplicação* das normas já vigentes no Estado, razão pela qual guardam nível hierárquico superior às normas do direito interno.²

Esse exame de compatibilidade vertical material que o Poder Judiciário realiza na aplicação das normas internas, tendo como paradigmas os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, decorre da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, cujas origens remontam ao ano de 2006, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Naquela ocasião, a Corte IDH assentou que cabe ao Poder Judiciário dos Estados o exercício do controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e os tratados de direitos humanos em vigor, para o que deve o Poder Judiciário levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.³

¹ Para o estudo pioneiro do tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018 [a primeira edição da obra é de agosto de 2009].

² Na jurisprudência do STF, v. especialmente o RE 466.343-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008 (*DJe* 04.06.2009). Na doutrina, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 765 e ss.; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95 e ss.

³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154, § 124, *verbis*: “Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes

Pouco tempo depois (em novembro de 2006), voltou a Corte IDH a se referir ao controle de convencionalidade, no *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*, reforçando o seu entendimento anterior e destacando algumas especificidades desse controle, dentre as quais a de caber ao Poder Judiciário controlar *ex officio* a convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Naquela ocasião, a Corte IDH determinou expressamente que “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes”.⁴

No entanto, a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos tomadas nos casos *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* (2010), *Gelman vs. Uruguai* (2011) e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil* (2016), todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça e todos os poderes do Estado em seu conjunto passaram a ser responsáveis pelo exame de convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes.⁵ No julgamento do caso *Gelman*, a Corte IDH decidiu, *v.g.*, que todos os órgãos do Estado, “incluídos” os juízes, devem se submeter à autoridade dos tratados de direitos humanos, cabendo aos juízes e *órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis* exercer *ex officio* o controle de convencionalidade das normas internas relativamente a essas convenções, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes. Nas palavras da Corte IDH:

Quando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente

no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.

⁴ Corte IDH, *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, nº 158, § 128.

⁵ V. Corte IDH, *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, § 225; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193; e Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 408.

no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁶

Como se nota, a Corte IDH *ampliou* sobremaneira a obrigação de controle de convencionalidade a *todos* os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes.⁷ Entre esses órgãos, seguramente estão – além de todo o Poder Judiciário – a Polícia Judiciária Civil,⁸ a Defensoria Pública⁹ e o Ministério Público. Tal faz com que o controle de convencionalidade passe a ser instituto jurídico *do Estado* como um todo, e não apenas do Poder Judiciário, espreado-se para outras instituições que participam da administração da Justiça *lato sensu*. Além de salutar às instituições democráticas do Estado, as decisões recentes da Corte IDH têm também o mérito de servir de “cláusula de barreira” para que assuntos que possam ser resolvidos no âmbito interno, à luz do exame de convencionalidade, só sejam levados ao plano internacional (Comissão Interamericana e Corte IDH) após a manifestação de *todos* os órgãos internos vinculados à administração da Justiça, o que, a um só tempo, traz economia ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e demanda dos órgãos estatais uma efetiva atuação interna (exame de convencionalidade) à luz das normas internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Estado.

No que tange ao Ministério Público, sabe-se ser este – nos termos do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – “instituição permanente” e “essencial à função jurisdicional do Estado”, ao qual incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como instituição que zela pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, não há dúvidas incumbir-lhe a escorreita aplicação das normas internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, quer no plano processual quanto no plano extraprocessual. De fato, se o Ministério Público é órgão legitimado a exercer o controle de constitucionalidade das leis, não há razão para que deixe de realizar o

⁶ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193.

⁷ A mesma concepção foi reafirmada em outros casos, como, *v.g.*, no *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 1º de dezembro de 2016, Série C, nº 330, § 93.

⁸ No que tange à Polícia Judiciária Civil, contudo, tem-se que esta apenas *afere* a convencionalidade das leis, sem propriamente *controlar* essa mesma convencionalidade (*v. infra* a diferenciação entre *afereção* e *controle* de convencionalidade), dado que o Delegado de Polícia não detém, no âmbito de suas respectivas competências, o poder de subtrair da ordem jurídica a norma inconvenional. Seja como for, o seu papel é de suma importância na *afereção* (prévia) de convencionalidade das leis no Brasil, pois assim atuando melhora o sistema de justiça como um todo no País. Sobre o tema, *v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 7a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 418 (item 4.4 – Afereção de convencionalidade pelo Delegado de Polícia).*

⁹ Sobre o tema, *v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública: instituição essencial ao controle de convencionalidade. Revista Jurídica UNIGRAN, vol. 22, nº 43, jan.-jun. 2020, p. 17-27.*

exame de compatibilidade vertical material entre as normas do direito brasileiro com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor, pugnano pela adaptação ou invalidação de eventuais leis contrárias aos dispositivos pactuados.¹⁰

Portanto, é premente que se estude o papel do Ministério Público no exame de convencionalidade das leis brasileiras, notadamente porque, à luz da Constituição Federal de 1988, a instituição é “*essencial* à função jurisdicional do Estado”, sem a qual a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis não logram efetiva proteção no Brasil. Nesse contexto, a efetiva primazia dos direitos humanos – segundo o estabelecido pelas regras de direito internacional – depende diretamente da consolidação de um Ministério Público pós-moderno, que não se limite à tradicional fiscalização das leis, segundo a já ultrapassada nomenclatura de *custos legis*. Doravante, o Ministério Público é instituição que também opera no exame das normas internacionais de que o Estado é parte, normas tais que complementam a coleção de leis nacionais e, conseqüentemente, ampliam o mosaico normativo de proteção dos direitos humanos em vigor no Brasil. Há nítida transição, como se nota, do Ministério Público *custos legis* – fiscal das normas internas (Constituição e as leis) – para o Ministério Público *custos juris*, agora responsável pela fiscalização de cumprimento e/ou aplicação de *todas as normas* em vigor na ordem jurídica brasileira, com especial enfoque para as decorrentes de tratados de que a República Federativa do Brasil é parte (CF, art. 5º, § 2º¹¹). Em outras palavras, o Ministério Público do terceiro milênio deve ser capaz de enxergar para além dos limites estatais e de suas normas internas, compreendendo que por sobre a instituição recai a enorme responsabilidade de garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, em diálogo construtivo com as normas de direito interno, em verdadeira atividade de *custos juris*.¹²

Não há dúvidas de que, na prática, para haver a efetiva proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, todos os membros do Ministério Público devem conhecer o teor dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aqui em vigor, bem assim seu impacto – é dizer, se as normas que os compõem são *mais* ou *menos* benéficas – no direito brasileiro, à luz do princípio internacional *pro homine*.¹³

¹⁰ Nesse sentido, cf. CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 75.

¹¹ *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹² A designação evolutiva do Ministério Público como *custos juris* à luz das funções institucionais previstas no art. 127 da Constituição Federal é reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte, como se pode notar em: STF, RE 1.134.423/AM, rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 06.06.2018, *DJe* 12.06.2018; STF, RE 846.790/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23.12.2014, *DJe* 03.02.2015; e STF, HC 84.367/RJ, rel. Min. Carlos Britto, julg. 09.11.2004, *DJU* 18.02.2005, p. 33.

¹³ Sobre o princípio *pro homine*, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The *pro homine* principle as an enshrined feature of international human rights law. *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. III, issue 1, January 2016, p. 77-99; e DE CLÉMENT, Zlata Drnas. La complejidad del principio *pro homine*. *Jurisprudencia Argentina*, fascículo nº 12, Buenos Aires, mar./2015, p. 98-111.

O Ministério Público certamente não é o único órgão integrante do sistema de justiça a que compete a aferição e o controle de convencionalidade das leis, obrigação que deve recair sobre todos os órgãos do referido sistema, de acordo com as suas correspondentes atribuições previstas na Constituição e nas leis. No entanto, a sua posição constitucional de guardião da ordem jurídica o torna porta-voz importante dos trabalhos de aferição e controle de convencionalidade das normas do direito interno, visando à prevalência e à efetividade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

No âmbito *processual*, o Ministério Público apenas *afere* a convencionalidade das leis (item 2), ao passo que, no plano *extraprocessual*, há hipóteses de verdadeiro *controle* de convencionalidade pelo Ministério Público (item 3). Trata-se de dois eixos temáticos que incidem diretamente – como se verá no decorrer deste estudo – nas atribuições do Ministério Público e que não foram explorados, até o momento, no direito pátrio, razão pela qual merece aqui o devido desenvolvimento.

2. Aferição de convencionalidade pelo Ministério Público

Inicialmente, deve-se diferenciar o que se entende por *aferição* e por *controle* de convencionalidade das leis, certo de que são institutos distintos, não obstante materialmente bastante similares.¹⁴ Há, portanto, casos em que o Ministério Público apenas *aferirá* a convencionalidade das leis (inclusive com desdobramentos, como se verá) e casos em que propriamente *controlará* essa mesma convencionalidade. Neste item I, estudaremos os casos de *aferição* de convencionalidade pelo Ministério Público.

Denomina-se *aferição de convencionalidade* a análise sobre a compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos, *sem invalidação* da norma sobre a qual recai a aferição, é dizer, sem que se retire da norma, por ato institucional, a sua validade intrínseca. Exemplo de *aferição* de convencionalidade ocorre quando a Corte IDH diz ser inconveniente uma lei interna por meio de uma *Opinião Consultiva*, isto é, por expediente sem força de *res judicata*. Em casos tais, há apenas *aferição* da convencionalidade da norma, sem propriamente *invalidar* tal norma por inconveniente.

Já o *controle de convencionalidade* é o exercício pelo qual a norma interna inconveniente é declarada propriamente *inválida* pelo órgão controlador, com poder para tanto. Nesses casos, para além da verificação (*aferição*) da convencionalidade da norma, há verdadeiro *controle* (invalidação) de sua convencionalidade, pois há *retirada* da produção de efeitos jurídicos da lei declarada inconveniente. Assim, dentro do exame de convencionalidade *lato sensu*, é possível haver *aferição* – no caso do Ministério Público, por provocação ou *sponte sua* – de inconveniente da norma, para além de verdadeiro *controle* (retirada de efeitos) em razão dessa mesma inconveniente.

¹⁴ A distinção entre *aferição* e *controle* de convencionalidade foi desenvolvida pioneiramente por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p. 51 e ss.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário é o órgão do Estado que mais *controla* a convencionalidade das leis, dado que é sua função precípua julgar e decidir controvérsias concretas postas *sub judice*. Há casos, no entanto, em que o Ministério Público também será capaz de *controlar* a convencionalidade das leis, pois dará a última palavra sobre a validade da norma interna à luz da norma internacional paradigma, na determinação da sua atuação institucional. Este tema, estudaremos no item 3, *infra*. Agora, merecem ser estudados os casos em que o Ministério Público *afere* a convencionalidade das leis, quer quando atua por provocação (item 2.1.) ou quando atua no controle abstrato de normas, tanto *sponte sua* como a título de *custos juris* (item 2.2.).

2.1. Aferição de convencionalidade por provocação

A Constituição Federal brasileira (art. 127) estabeleceu expressamente as funções *típicas* do Ministério Público, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, entre as quais está a “defesa da ordem jurídica” em todas as suas intervenções, nas atividades processuais e extraprocessuais, atuando como parte ou como *custos juris*. Além da defesa da ordem jurídica, o Ministério Público também defende o regime democrático e os interesses sociais, possuindo, portanto, o importante papel na consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), pautada na tutela dos direitos fundamentais (constitucionais) e humanos (internacionais).

Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público deve sempre, na defesa da ordem jurídica, aferir a convencionalidade dos atos normativos postos em questão nas demandas processuais em que atuar como interveniente. Isso porque, como órgão interveniente, possui ônus e faculdades no processo, e atua na defesa de um interesse, seja de pessoas determinadas (incapazes, fundações etc.), de um grupo determinável de pessoas (interesses coletivos e individuais homogêneos) ou de um grupo indeterminável de pessoas (interesses difusos).

Deve-se ter em conta, no entanto, que, mesmo nas hipóteses em que atua como interveniente em razão da natureza do interesse contido na demanda, na condição de *custos juris*, o Ministério Público permanece submetido ao dever de fiscalização da ordem jurídica, e, por conseguinte, a sua atuação institucional não equivale à defesa do interesse subjetivado. Conclui-se, assim, que a atuação do agente ministerial na condição de interveniente deve ser pautada pela independência e pela imparcialidade, na busca da melhor interpretação e aplicação do direito interno à luz das normas convencionais de que o Estado é parte.

Entre todas as hipóteses em que atua o Ministério Público, certo é que em várias delas age *por provocação*, é dizer, como órgão interveniente ou *custos juris*. Em casos tais, pode-se nominar “aferição de convencionalidade *por provocação*” os casos em que o órgão ministerial se manifesta em determinado processo. Aqui se vai verificar quando o Ministério Público atua como órgão interveniente na ação civil pública e

na ação popular (item 2.1.1.) e quando atua como *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil (item 2.1.2.).

2.1.1. Aferição por provocação na ação civil pública e na ação popular

A ação civil pública é instrumento para a defesa em juízo de interesses transindividuais, visando a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, tendo como legitimados não somente o Ministério Público, mas também a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, desde que presentes os requisitos previstos na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Quando o Ministério Público não for o proponente da ação, atuará como órgão interveniente na qualidade de *custos juris*, devido ao interesse público primário que move a demanda judicial, atuando sempre na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 1º).

Como interveniente, o órgão ministerial terá vista dos autos após as partes, devendo ser intimado de todos os atos processuais, podendo requerer produção de provas ou medidas processuais, oportunidade em que, antes de adentrar ao mérito, deverá verificar a compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Da mesma forma, quando da análise do mérito processual, perquirirá o Ministério Público a aplicação e interpretação dos tratados e convenções de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. No momento em que se manifesta nos autos, o Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, deve se posicionar pelo afastamento da norma contrária aos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, se for mais benéfica a tutela prevista na norma convencional, em homenagem ao princípio internacional *pro homine* ou *pro persona*. Assim, em caso de conflito entre a norma interna e a prevista por tratado de direitos humanos em vigor no País, deve o Ministério Público optar pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.¹⁵

As convenções e tratados de direitos humanos são conquistas sociais que refletem os valores buscados pela sociedade internacional, correspondendo a um padrão mínimo (plataforma básica) de proteção, razão pela qual o Ministério Público tem que acompanhar os avanços humanistas que devem guiar a sua atuação, na defesa dos interesses que tutela, mormente da ordem jurídica. Na defesa desses interesses, deve o Ministério Público aferir sempre a convencionalidade das leis quando atua como interveniente ou *custos juris*, para o fim de propor a adaptação das normas

¹⁵ Sobre essa otimização e maximização dos sistemas, cf. BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 282.

internas menos benéficas aos comandos (mais benéficos, se for o caso) dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil.

Portanto, defender a ordem jurídica enseja a defesa da Constituição Federal e de todos os tratados de direitos humanos de que o Estado é parte. Assim, quando o Ministério Público for chamado ao processo como guardião da ordem jurídica, deverá perquirir a correta aplicação das convenções internacionais como também a sua interpretação, princípios e diretrizes, valendo-se, para tanto, dos precedentes jurisprudenciais da Corte IDH, que possuem força vinculante (*res judicata*) nos casos em que os Estados são partes, e força interpretativa (*res interpretata*) para terceiros Estados,¹⁶ desde que também sejam partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁷ Mas não só: também deve o Ministério Público aferir a convencionalidade das leis internas levando em conta as Opiniões Consultivas da Corte IDH, no caso de inexistir jurisprudência da Corte sobre determinado tema. Tais Opiniões Consultivas manifestam o entendimento da Corte IDH em assuntos dos mais importantes, levados à apreciação do tribunal em sede de aferição de convencionalidade internacional.¹⁸

O mesmo raciocínio deve ser utilizado quando o Ministério Público atua como *custos juris* em sede de ação popular. Esta vem prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A intervenção do Ministério Público na ação popular dá-se em decorrência do próprio objeto da lide, de natureza indisponível e com relevância social. Em casos tais, incumbirá ao órgão ministerial aferir a convencionalidade das normas em jogo e manifestar pela sua aplicação ou inaplicação, caso sejam consentâneas ou não consentâneas com os comandos previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.

Nesses dois contextos – da ação civil pública e da ação popular – e, ainda, quando o conteúdo da demanda impuser a intervenção do órgão ministerial a título de *custos juris*, deverá o Ministério Público proceder ao exame de compatibilidade

¹⁶ Sobre as qualidades de *res judicata* e *res interpretata* das sentenças da Corte IDH, v. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata)* – Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.

¹⁷ A jurisprudência (casos contenciosos) da Corte IDH pode ser consultada *on-line* em: [https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm].

¹⁸ As Opiniões Consultivas da Corte IDH podem ser consultadas *on-line* em: [https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm].

vertical material das normas internas com os comandos dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. Assim fazendo, o *Parquet* está seguindo a jurisprudência da Corte IDH e, conseqüentemente, zelando pela *unidade* da ordem jurídica brasileira, que é composta por normas internas e internacionais, que perfazem um só conjunto da “coleção de normas” em vigor no Brasil.

Ademais, consoante o comando expresso no art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados-partes se comprometem a adotar as “medidas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades” reconhecidos pela Convenção. E, como órgão essencial do Estado, o Ministério Público se vincula ao que a República Federativa do Brasil assumiu no plano internacional, perante o direito internacional dos direitos humanos, em especial perante o sistema interamericano de direitos humanos (em nosso entorno geográfico). Em razão dessa lógica, deve o Ministério Público tomar as medidas que lhe competem para assegurar o gozo e a fruição dos direitos e garantias constitucional e internacionalmente consagrados.

Da mesma forma, deve o Ministério Público aferir a convencionalidade quando participa do processo de mandado de segurança (art. 12 da Lei nº 12.016, de 2009), do processo de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da Lei Complementar nº 73/93), no processo de alimentos (art. 9º da Lei nº 5.478/68) e nos casos dos arts. 57, 67, § 1º, 76, § 3º, 109 e 200 da Lei nº 6.015/73.

2.1.2. Aferição por provocação na condição de *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil

O art. 178 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) previu a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam (i) interesse público ou social, (ii) interesse de incapaz e (iii) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, para o fim de velar pela justiça do processo e de sua decisão.¹⁹

Considerando que o que justifica a intervenção do órgão ministerial é o interesse público primário, ou seja, o bem comum, sempre na defesa da ordem jurídica, o órgão interveniente, como órgão estatal, deve aferir a compatibilidade da norma doméstica que fundamenta o pedido com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País.

O Ministério Público, quando chamado a intervir, antes de apreciar o mérito, tem por obrigação compatibilizar a norma doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor, ainda que sua manifestação vá de encontro à pretensão da parte ou ao interesse que motiva a sua intervenção no feito, amparado pelo princípio da independência funcional, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Para o STJ, “não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz”, pois “[e]stando convencido de que a postulação do

¹⁹ Esclareça-se que, tendo a Constituição conferido ao Ministério Público independência funcional, cabe exclusivamente à instituição decidir se o interesse público e social justifica a sua intervenção. Nesse sentido, v. STF, RE 98.941-2/SP, rel. Min. Djaci Falcão, DJU 04.10.1984, p. 16.288.

menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência”.²⁰

Quando da análise do mérito processual, o Ministério Público deve estabelecer o diálogo entre a norma internacional e a doméstica para se levar a efeito os parâmetros protetivos de direitos humanos na aplicação do direito, sempre buscando a interpretação com maior espectro de proteção (interpretação *pro homine*).

Nesse diálogo que deve ser travado pelo *Parquet*, na sua atuação *custos juris*, há que se levar em conta os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instância última de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, buscando a integridade do sistema nacional de proteção, aperfeiçoando a sua eficácia, de forma a gerar estabilidade e segurança jurídica. Assim, se verificar que a normativa convencional é mais benéfica que a prevista pela legislação interna de regência, deverá manifestar-se pela aplicação imediata do tratado, à luz do princípio internacional *pro homine* ou *pro persona*.

Por outro lado, o STJ já decidiu que haverá intervenção obrigatória do Ministério Público quando evidenciado o interesse de comunidades indígenas no feito, com fundamento no art. 232 da Constituição da República, segundo o qual “[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.²¹ Assim, da mesma forma, ao participar de processos de interesse dos índios, suas comunidades e organizações, deve o *Parquet* aferir a convencionalidade das leis antes de apreciar o mérito da lide, verificando se não houve violação de direitos e garantias de povos indígenas previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Nessa oportunidade, cabe lembrar que a Corte IDH, ao julgar o *Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras* (2015), decidiu que o Estado deve interpretar e aplicar a sua legislação nos termos da jurisprudência interamericana e dos padrões internacionais aplicáveis à matéria respectiva.²² Nesse caso, a Corte IDH advertiu o Estado sobre “a relevância da devida interpretação da legislação e aplicação do controle de convencionalidade, à luz da jurisprudência da Corte e dos padrões internacionais aplicáveis [à matéria em causa], a fim de garantir os direitos da propriedade coletiva indígena e tribal”.²³ Tal significa que o Ministério Público, ao aferir a convencionalidade das normas domésticas, deve considerar não somente os tratados e convenções internacionais (globais e regionais) ratificados e em vigor no Estado, senão também a própria jurisprudência da Corte IDH sobre a questão de fundo versada na demanda, pois as sentenças da Corte IDH valem a título

²⁰ STJ, REsp 135.744/SP, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, julg. 24/06/2003, DJU 22.09.2003, p. 327.

²¹ STJ, REsp. 660.225/PA, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, rel. para o acórdão Min. Teori Zavascki, julg. 13.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 213.

²² CIDH, *Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 08.10.2015, Série C, nº 304, § 211.

²³ Idem, *ibidem*.

de coisa julgada (*res judicata*) para o Estado-réu na ação internacional e como “coisa interpretada” (*res interpretata*) para terceiros Estados.²⁴

Assim, quando o Ministério Público atua como *custos juris*, por força do art. 232 do Constituição Federal e do art. 178, III, do Código de Processo Civil, deverá aferir a convencionalidade das leis brasileiras à luz das normas internacionais de proteção dos povos indígenas e da jurisprudência da Corte IDH relativa à matéria, como, *v.g.*, os casos *Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua*, de 2001, *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai de 2005*, *Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs Paraguai*, de 2010, e *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*, de 2015 (apenas para citar alguns, entre tantos outros).

A Corte Interamericana, nos precedentes citados, tem declarado expressamente, *v.g.*, o direito dos povos indígenas ao território coletivo que tradicionalmente usam e ocupam para a manutenção de sua cultura, tradições e subsistência, imputando ao Estado a “obrigação de adotar medidas especiais para reconhecer, respeitar, proteger e garantir a seus integrantes o direito de propriedade comunal relativo a esse território”.²⁵ Esse posicionamento deve ser norte obrigatório para a aferição de convencionalidade pelo Ministério Público quando a questão *sub judice* versar o tema em apreço no Brasil, ainda que a decisão do tribunal interamericano não tenha sido contra o nosso País, dado que – repita-se – as suas sentenças valem para terceiros Estados a título de *res interpretata*, vinculando a interpretação jurídica do comando convencional a todos os órgãos do Estado integrantes da administração da Justiça.

2.2. Aferição de convencionalidade no controle abstrato de normas, *sponte sua* ou como *custos juris*

Conforme já elucidado, não basta que a legislação infraconstitucional seja compatível com a Constituição Federal, mas também consoante à ordem jurídica como um todo, inclusive com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno, uma vez que, conforme interpretação do STF, tais instrumentos guardam hierarquia superior às leis no Brasil.²⁶

Ademais, as normas jurídicas nacionais devem ainda conformar-se à jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, em especial a Corte IDH, que é o tribunal de direitos humanos que vincula os Estados-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como, *v.g.*, o Brasil. Assim, as normas domésticas, para serem vigentes e *válidas* em nosso País, devem estar de acordo tanto com a Constituição Federal quanto com os tratados internacionais de direitos humanos

²⁴ V. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional...*, cit., p. 607-638.

²⁵ Corte IDH, *Caso Kaliña e Lokono vs. Suriname*, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 25 de novembro de 2015, Série C, n.º 309, § 125.

²⁶ STF, RE 466.343-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, *DJe* 04.06.2009.

em vigor no Estado e, ainda, estar em conformidade com a jurisprudência (acaso existente, sobre determinado tema) da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁷

Dessa forma, todos os órgãos do Estado devem interpretar e aplicar a lei doméstica consoante os tratados internacionais de direitos humanos aqui em vigor, compatibilizando-as ou conformando-as segundo o mandamento (quando *mais benéfico*) desses tratados, devendo o Ministério Público, a seu turno, assim proceder a título de tutor da ordem jurídica, por expressa determinação constitucional (CF, art. 127). Isso porque os tratados internacionais de direitos humanos, após internalizados, possuem imediata eficácia e têm o efeito de paralisar as normas internas menos benéficas, até que elas sejam conformadas, interpretadas e aplicadas nos termos das convenções internalizadas e aqui em vigor.

A possibilidade de controle de convencionalidade difuso encontra-se no nosso ordenamento jurídico desde 5 de outubro de 1988, quando veio à luz a atual Constituição Federal brasileira, nos termos do seu art. 5º, § 2º, que assegura que os direitos e garantias previstos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes de tratados de direitos internacionais de que o Brasil seja parte, prevendo uma *dupla fonte normativa* do sistema brasileiro de direitos e garantias: as normas de direitos fundamentais (constitucionais) e as de direitos humanos (internacionais).

Portanto, os direitos conferidos por tratados internacionais internalizados possuem índole e nível de normas constitucionais e, conseqüentemente, aplicabilidade imediata, o que leva à necessidade de se aferir a compatibilidade vertical da legislação doméstica com os direitos e garantias previstos pelas convenções. Todos os órgãos do Estado – incluído o Ministério Público, em todos os âmbitos – têm o dever, no momento do desempenho de suas funções, de controlar essa convencionalidade *ex officio*, cabendo ao Poder Judiciário, antes de apreciar o mérito da questão *sub judice*, exercer o controle *difuso* de convencionalidade.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a possibilidade do controle também *concentrado* de convencionalidade no Brasil, acrescentando o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo equivalência entre os tratados internacionais de direitos humanos e as emendas constitucionais, desde que se submetam ao procedimento especial previsto – três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Assim, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados por dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos parlamentares, possuirão “equivalência” de emendas constitucionais no Brasil, podendo ser paradigmas de controle concentrado de convencionalidade.²⁸

²⁷ A propósito, v. Corte IDH, *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, nº 158, § 128.

²⁸ O estudo dos controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade foi pioneiramente desenvolvido no Brasil por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p. 158 e ss.

Os tratados de direitos humanos aprovados por maioria qualificada no Parlamento federal e ratificados pelo Presidente da República, uma vez integrantes da ordem jurídica brasileira, possuem o condão de “reformatar” a Constituição (pois equivalem às emendas constitucionais) e não poderão ser denunciados pelo Poder Executivo, vez que são fruto do poder reformador (norma constitucional material e formal) e paradigmas, portanto, do controle concentrado de convencionalidade das leis.

Atualmente, o Brasil aprovou, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, três importantes tratados de direitos humanos que garantem direitos às pessoas com deficiência, quais sejam: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ambos internalizados pelo Decreto nº 6.949/2009) e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto nº 9.522/2018). Esses são os três únicos instrumentos internacionais de direitos humanos aprovados até o momento (setembro de 2020) com equivalência de emenda constitucional no Brasil, em vigor interno com esse *status* diferenciado. Sendo “equivalentes” às emendas constitucionais, são paradigmas do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo os legitimados do art. 103 da Constituição proporem, perante o STF, as ações do controle abstrato de normas para o fim de invalidar leis internas contrárias aos comandos (mais benéficos) desses tratados internacionais.

Entre os legitimados a propor perante o STF as ações de controle abstrato de normas está o Procurador-Geral da República (CF, art. 103, VI), que é o chefe do Ministério Público da União (CF, art. 128, § 1º). Tem-se, neste caso, então, a legitimidade do chefe do Ministério Público da União para deflagrar também o controle abstrato (concentrado) de convencionalidade, para o fim de adaptar/invalidar as leis internas contrárias aos comandos (mais benéficos) dos tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

O chefe do Ministério Público da União, no controle concentrado de convencionalidade, atua como legitimado constitucional, deflagrando perante o STF a ação de controle respectiva, e assim agindo – aferindo a compatibilidade vertical da norma com o tratado de direitos humanos – realiza o primeiro juízo de convencionalidade. Caso entenda pela incompatibilidade normativa da lei em relação ao tratado, caberá a propositura ou (i) da ação direta de inconvencionalidade (art. 103, VI), ou (ii) da ação declaratória de convencionalidade (art. 103, VI), (iii) da ação direta de inconvencionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e (iv) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º). Outrossim, ainda que não atue como parte, o Ministério Público Federal, na defesa da ordem jurídica, participa do processo deflagrado pelos demais colegitimados na qualidade de *custos juris*.

Em seguida serão analisadas as duas formas de atuação do *Parquet* no controle abstrato de normas: primeiramente, quando a aferição de convencionalidade se dá por iniciativa do Ministério Público, quando deflagra *sponte sua* o controle concentrado perante o STF (item 2.2.1.) e, depois, quando a instituição é provocada

a se manifestar nesse mesmo controle concentrado, atuando como *custos juris* nas ações convencionais deflagradas pelos demais legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal (item 2.2.2.).

2.2.1. Aferição de convencionalidade por iniciativa própria (aferição *sponte sua*)

O Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionais, especialmente na defesa da ordem jurídica, possui legitimidade para questionar a constitucionalidade das normas internas, devendo aferir, da mesma forma, se a legislação está em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos internalizados equivalentes às emendas constitucionais (caso de controle concentrado). Caso verifique que a legislação doméstica apresenta descompasso com a tutela dos direitos humanos consagrada em tratados de que o Brasil é parte, deve promover o controle de convencionalidade, por meio do controle abstrato de normas, nos termos da Lei nº 9.868/99.

Isso porque a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, possibilitando que os tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado ali previsto (idêntico ao das emendas constitucionais) passassem a “equivaler” às emendas constitucionais, o que possibilitou – em verdade, fez surgir – o controle concentrado de normas tendo como paradigmas exclusivamente os tratados internacionais de direitos humanos assim internalizados no Brasil.

Entre os tratados aprovados com essa equivalência de emenda em nosso País, está a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em Nova York em 30 de março de 2007, e internalizada no Brasil pelo Decreto nº 6.949/2009. A partir de sua incorporação ao direito pátrio com equivalência de emenda, foi possível ao Procurador-Geral da República aferir, *sponte sua*, a inconvencionalidade da Lei nº 8.742/93 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS) e, na defesa dos interesses sociais das pessoas com deficiência, ajuizou a ADPF 182, em que defendeu que o art. 20, § 2º, da norma, não havia sido recepcionado pela Convenção da ONU. O Procurador-Geral da República requereu, ao propor a ADPF 182, que fosse concedido o Benefício de Prestação Continuada (BPC) às pessoas com deficiência conceituadas na Convenção de Nova York, que prevê um espectro maior de proteção a essa categoria de pessoas que o então vigente conceito legal brasileiro, requerendo o reconhecimento de que o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, não havia sido recepcionado pela Convenção. Não há dúvidas de que, nesse caso, o Ministério Público exerceu, por iniciativa própria, a fiscalização (aferição) de convencionalidade concentrada (abstrata).

Frise-se que a referida ADPF – que foi a primeira ação de controle concentrado de convencionalidade proposta no Brasil – perdeu o seu objeto, tendo em vista que a Lei nº 12.470/11, alterando o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, atribuiu às pessoas com deficiência o *exato* conceito previsto pela Convenção de Nova York (no que se pode falar ter havido um controle *legislativo* de convencionalidade da referida Lei, fruto da

previsão de a ADPF proposta ser julgada procedente pelo STF). Posteriormente, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) manteve o mesmo entendimento e a conformidade conceitual de “pessoa com deficiência” com o que previsto pela Convenção internacional, o que levou o STF a arquivar a ADPF por perda superveniente de seu objeto.²⁹

Importante destacar que, ainda que a Convenção de Belém do Pará não tenha integrado o ordenamento jurídico brasileiro com fundamento no art. 5º, § 3º, da Constituição, o Procurador-Geral da República, ao propor em sede de controle concentrado a ADI 4424/DF, referente à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006, que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher), fundamentou o seu pedido de interpretação conforme à Constituição da República na *Recomendação* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos amparada na Convenção, internalizada como norma suprallegal.

Na oportunidade, o Ministério Público requereu, na defesa da mulher vítima de violência doméstica, a interpretação conforme a Constituição da República, para que fosse afastada a condição de representação da ofendida para a deflagração da ação penal pública – prevista na Lei nº 9.099/95, nos delitos perpetrados contra a mulher. O pedido teve por base *Recomendação* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que concluiu que o procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais configurava proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, determinando que o Estado brasileiro incorporasse à sua legislação – nos termos do art. 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 (“Convenção de Belém do Pará”) – “normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis”, entre outras medidas legislativas necessárias ao cumprimento da Convenção.³⁰

A aferição de convencionalidade foi realizada pelo Ministério Público com fundamento na referida *Recomendação* da Comissão Interamericana, que reconheceu que o Brasil deveria estabelecer alteração legislativa e implementação de políticas públicas interdisciplinares para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres.

No STF, o voto do relator, Min. Marco Aurélio, ponderou que a Lei Maria da Penha deveria ser interpretada conforme a Constituição e “com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter suprallegal, também aptos a nortear a interpretação da legislação ordinária”. Ao final do julgamento, concluiu o STF que o pedido do Ministério Público deveria ser acolhido para interpretar a Lei Maria da Penha nos termos dos arts. 5º, I e 226, § 8º, ao entender que a ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é *pública incondicionada*.³¹

²⁹ STF, ADPF 182/DF, rel. Min. Celso de Mello, Medida Cautelar, decisão de arquivamento de 24.04.2020.

³⁰ V. Comissão IDH, *Relatório* nº 54/2001, Caso 12.051, 4 de abril de 2001.

³¹ STF – Ação Penal – Violência doméstica contra a mulher – Lesão corporal – Natureza. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. (ADI 4424, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 09.02.2012, *DJe*-148, *RTJ* vol. 229-01, p. 361).

Esses exemplos bem demonstram que o Ministério Público, diante de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos, estabelecendo uma nova ordem jurídica, é instituição competente para compatibilizar e integrar as normas do direito interno com os comandos previstos nas normas internacionais protetivas, requerendo – por própria iniciativa, *sponte sua* – o controle dos atos normativos ao Poder Judiciário.

2.2.2. Aferição de convencionalidade por provocação (*custos juris*) no controle concentrado

O Ministério Público, no exercício de suas atribuições, tem legitimidade constitucional para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do que dispõem as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, respectivamente.

Contudo, a competência para propositura das ações constitucionais de controle abstrato de normas é concorrente disjuntiva, pois também tem como legitimados o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103).

No entanto, ainda que não tenha proposto a ação, o Ministério Público atuará no feito como fiscal da ordem jurídica, manifestando-se como *custos juris*, e, ao ser provocado, deve aferir a convencionalidade da norma questionada, sempre no cumprimento de suas funções institucionais estabelecidas pela Constituição. Portanto, compatibilizar a norma questionada com os tratados de direitos humanos internalizados e em vigor – ainda que não tenha sido o autor da ação constitucional em sede de controle concentrado – é função ministerial, que se manifestará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando, quando provocado, como elemento de transformação social, contribuindo para construção de uma sociedade mais justa e humanista.

Por exemplo, o Procurador-Geral da República foi provocado a se posicionar na ADPF 320/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que tinha como fundamento o caráter vinculante das decisões da Corte IDH, por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o escopo de que o STF declarasse que a Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/79) não se aplicava aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, bem assim aos delitos continuados ou permanentes, após a data de expiração do diploma legal. Tal provocação decorre tanto do art. 103, § 1º da Constituição da República quanto do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99, que regula o processo e julgamento da ADPF, que dispõe que “[o] relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo

ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias”.

O partido político requereu na ADFP que os órgãos do Estado brasileiro dessem cumprimento integral à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, que também ficou conhecido como “Caso da Guerrilha do Araguaia”. Instado a se manifestar, o Procurador-Geral da República entendeu (*aferiu*) que a Lei de Anistia brasileira era contrária à Convenção Americana, especialmente após o Brasil ser condenado pela Corte IDH no *Caso Gomes Lund*, e ressaltou que a submissão do Brasil à jurisdição da Corte IDH decorreu de sua soberania e voluntariedade, nos termos do Decreto nº 4.463/2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos termos do art. 1º do Decreto, ficou:

[r]econhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais (*custos juris*), ao proceder a aferição de convencionalidade, destacou o Ministério Público Federal que somente seria possível negar eficácia à Convenção Americana se fosse declarado inconstitucional o ato de incorporação desse instrumento ao direito brasileiro, o que evidentemente não ocorreu. No exercício de seu mister, o Procurador-Geral da República insistiu, acertadamente, que a República Federativa do Brasil haveria de cumprir o que determinado pela Corte Interamericana, a cujas decisões se submete, sublinhando que o país foi internacionalmente condenado pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por delitos de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição.³²

Em suma, aferir a convencionalidade das leis e dos atos dos poderes do Estado, quando provocado a se manifestar a título de *custos juris*, é missão do Ministério Público que se traduz em importante instrumento à disposição do *Parquet* para a defesa da ordem jurídica.

3. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público

Como se acabou de verificar, o Ministério Público exerce importante papel na aferição de convencionalidade das leis no âmbito de processos judiciais, casos

³² MPF, Procuradoria-Geral da República, Parecer nº 4.433/AsJConst/SAJ/PGR, de 28.08.2014.

em que o Poder Judiciário detém a última palavra; por essa razão, entendemos que o Ministério Público *afere* (e não *controla*) a convencionalidade das leis nesses casos, quer por provocação ou por ato próprio (*sponte sua*). Hipóteses há, no entanto, em que o Ministério Público poderá *controlar* propriamente a convencionalidade das leis (casos extraprocessuais), quando a sua atuação funcional tem como pressuposto e justificativa a realização do referido controle. Tais casos são ligados à atuação ministerial no âmbito de procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses de ordem metaindividual e à análise de inquéritos policiais e de procedimentos de investigação criminal, destinados a embasar a promoção da ação penal pública.

Como já se viu, segundo a jurisprudência da Corte IDH, tanto os juízes como os órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis – como é indubitavelmente o caso do Ministério Público – têm a obrigação de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e os tratados de direitos humanos em vigor no Estado, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, devendo, para tanto, levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana.³³

Deve-se reconhecer, portanto, que o Poder Judiciário e os órgãos indispensáveis à administração da Justiça realizam o controle de convencionalidade quando desempenham as suas funções institucionais, assumindo como verdadeiro *pressuposto de atuação* a análise e a ponderação da ordem jurídica interna à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte IDH. Justifica-se o posicionamento apresentado porque, conforme demonstrado, o controle de convencionalidade deve se desenvolver no âmbito das atribuições correspondentes de cada um dos órgãos de administração da Justiça, bem assim no plano processual que lhes corresponda.

Por entrepassar pelos limites de atribuição de todos os níveis dos órgãos de administração da Justiça, o controle de convencionalidade não é providência que se aperfeiçoa a partir ou ao cabo de um determinado marco processual ou mediante referendo de um órgão *controlador* em específico. A Corte IDH, no julgamento do caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, deixou claro que a Convenção Americana não estabelece um modelo a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade, obrigação a ser observada por todos os órgãos vinculados à administração da Justiça, em todos os seus níveis.³⁴

Dessa maneira, o controle de convencionalidade exigido pela jurisprudência da Corte IDH relativamente a todos os órgãos do sistema de Justiça, segundo as suas respectivas competências e em todos os seus níveis, não é apenas aquele que reflete a supressão definitiva da norma inconveniente, senão também o que pauta a atuação funcional de cada instituição segundo as normativas convencionais sobre a

³³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193.

³⁴ Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C, n. 276, § 124.

legislação interna. Pode-se dizer, portanto, que o Ministério Público – como instituição permanente do Estado – efetivamente realiza o controle de convencionalidade das leis quando a sua própria atuação institucional se afigura literalmente *controlada* por essas mesmas normas de direito internacional.

Realizado o controle de convencionalidade pelo órgão do Ministério Público no âmbito de suas atribuições e no plano processual que lhe compete, cabe ao órgão do Poder Judiciário, também no âmbito de suas atribuições e no plano processual correspondente, realizar igual controle de convencionalidade das leis. Importa ressaltar que, encontrando-se todos os juízes e órgãos integrantes do sistema de justiça obrigados ao referido controle, o desatendimento de tal dever por parte de quaisquer deles não exime ou anula a atuação *ex officio* dos demais órgãos no desempenho dessa mesma obrigação-função. Por se realizar, na maior parte das vezes, no âmbito de um processo integrado por diferentes órgãos dotados de atribuições institucionais específicas, reafirma-se que o controle de convencionalidade, em regra, não se exaure na prática de um ato isolado, a cargo de um único órgão ou instituição, mas deve ser providência assumida e encadeada por todos os órgãos do sistema de justiça.

Não se pode, portanto, pensar que *não haveria* controle de convencionalidade pelo Ministério Público no caso de a demanda por ele proposta depender de apreciação pelo Poder Judiciário, pois se fosse assim também não haveria controle de convencionalidade (ou constitucionalidade) por um magistrado de primeira instância que vê sua decisão ser reformada pelo tribunal superior. Assim, da mesma forma que pode o magistrado de primeira instância realizar um perfeito controle de constitucionalidade ou de convencionalidade das leis, porém os tribunais de instâncias superiores deixarem de cumprir tal obrigação por entenderem contrariamente, afigura-se também perfeitamente possível que o membro do Ministério Público venha a atuar na realização de suas funções institucionais pautado pelo necessário controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, independentemente de o órgão do Poder Judiciário deixar de realizar esse controle ou exercê-lo de modo diverso.

Em tais hipóteses, o que existe, portanto, são critérios distintos de controle capazes de chegar a soluções eventualmente diversas – pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário – e, assim, não há que se falar que inexista controle pelo órgão ministerial, que analisa primariamente (*antes* do Judiciário) a convencionalidade de determinada lei.

Importa analisar, portanto, diante do quadro de funções institucionais do Ministério Público, em quais hipóteses os seus membros não apenas podem, mas devem efetivamente realizar o controle de convencionalidade das leis no Brasil. Necessário, portanto, estudar os casos ligados à atuação ministerial no âmbito dos procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses metaindividuais (item 3.1.) e no que tange à persecução criminal (item 3.2.).

3.1. Controle de convencionalidade nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais

Dentre as funções institucionais que a ordem constitucional confere ao Ministério Público, merece especial destaque a promoção do inquérito civil, destinado – nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal – à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A aptidão do inquérito civil e das ferramentas que o integram para a proteção de direitos de natureza essencialmente indivisível e transindividual legitima essas ferramentas jurídicas como instrumentos primordiais à proteção objetiva dos direitos humanos, não podendo a sua tramitação, por conseguinte, prescindir de um incessante processo de controle de convencionalidade.

A função ministerial de defesa da ordem jurídica somente pode ser adequadamente cumprida desde que preservados os princípios estruturantes dessa ordem, com destaque para o atendimento da hierarquia das normas. Dessa maneira, no âmbito do inquérito civil, que representa ferramenta constitucional privativa de investigação do Ministério Público para o cumprimento de suas funções, deve o órgão ministerial atentar não apenas para a adequação dos fatos investigados à lei, senão também para a aferição e adequação da própria lei à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos, observando ainda a jurisprudência da Corte IDH.

O controle de convencionalidade pelo Ministério Público nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais há de ser investigado relativamente à promoção da ação civil pública (item 3.1.1.) e no que tange à celebração de compromissos de ajustamento de conduta (item 3.1.2.).

3.1.1. Controle de convencionalidade na promoção da ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento jurídico que visa à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, nos termos da Lei nº 7.347/85. Entre os seus legitimados está, evidentemente, o Ministério Público (art. 5º, I). Quando o órgão ministerial propõe uma ação civil pública para a proteção dos referidos interesses, deve levar em conta tanto a Constituição e as leis nacionais como as disposições presentes nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, realizando, além do controle de constitucionalidade, o devido controle de convencionalidade das leis.

Nesse contexto, independentemente do posicionamento posteriormente assumido pelo Poder Judiciário, certo é que o Ministério Público desempenha o controle de convencionalidade – segundo o apontado pela jurisprudência da Corte IDH, *v.g.*, no *Caso Gelman vs. Uruguai* – quando a sua atuação funcional, representada pelo ajuizamento da ação civil pública, é deflagrada com vigilância ao teor dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Ressalte-se, por oportuno, que o controle de convencionalidade exigido pela Corte IDH não se subsume, no Brasil, à efetiva *retirada* da norma objetada do ordenamento

jurídico, tal como se dá no controle abstrato de normas (controle concentrado) perante o STF. O controle de convencionalidade que prega a Corte IDH é prioritariamente *difuso*, pois incumbe a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça.³⁵ Quando realizado o controle difuso de convencionalidade, não há retirada da norma do ordenamento jurídico e a decisão da causa não tem como objeto propriamente a inconveniência da lei, o que não significa que não tenha havido *controle* da convencionalidade da norma, pois o mister do poder controlador tem como pressuposto a resolução da equação normativa a que se adiciona o direito convencional.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade que é exercido pelo Ministério Público por oportunidade da propositura da ação civil pública tem natureza difusa, devendo se encontrar fundamentadamente exposto na causa de pedir da demanda, e, embora não implique a retirada da vigência da norma interna em desacordo com o direito internacional dos direitos humanos, determina a atuação ministerial contra um caso definido de violação a bens jurídicos de interesse de toda a sociedade. Denota-se, portanto, que é o controle de convencionalidade exercido pelo Ministério Público na fase extraprocessual que pode permitir à instituição deflagrar e definir os moldes da resposta do Estado contra o agente violador da ordem jurídica. Em encadeamento com o controle exercido pelo Ministério Público, no âmbito do Poder Judiciário, o controle de convencionalidade – nos limites das ações civis públicas – é exercido de maneira incidental e, por conseguinte, exposto no plano da fundamentação dos seus julgados, também sem implicar a retirada da vigência da norma interna inconveniente, mas determinando ao agente violador da norma o atendimento da providência decorrente daquele controle.

Demonstra-se, assim, que ao ajuizar a ação civil pública o Ministério Público não se limita apenas em reclamar ao Poder Judiciário o controle de convencionalidade das leis, mas, antes, *realiza tal providência* como pressuposto de sua atuação protetiva dos bens jurídicos de interesse da sociedade, provocando o sistema de justiça a – exercendo o mesmo controle, agora em outro plano – garantir proteção aos bens jurídicos violados ou ameaçados de violação. É por essa razão que pode o Ministério Público, em tese, realizar perfeito controle de convencionalidade das leis internas, e, como consequência, ajuizar a ação civil pública, sem que o Poder Judiciário realize idêntica providência.

Com o propósito de ilustrar esse entendimento, mencione-se que o Ministério Público Federal ajuizou, no ano de 2012, ação civil pública em face da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, visando a obtenção de acesso aos dados de 45 crianças ou mais que, de acordo com o censo demográfico de 2010, não se encontravam regularmente registradas nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. O IBGE alegava que não poderia informar os dados das crianças que

³⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193.

identificou sem registro de nascimento, argumentando o sigilo dos dados coletados, com base no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 161/1967 e no art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.534/68.³⁶

Diante desse quadro, além do controle de constitucionalidade dos atos normativos internos suscitados pelo IBGE, o MPF também realizou o controle de convencionalidade daquelas normas, resultando na propositura de ação civil pública em face da fundação federal, visando a defesa de dezenas de crianças sem registro de nascimento, observado que, no caso concreto, as disposições de direito interno afrontavam os direitos estabelecidos nos arts. 18 (direito ao nome), 19 (direito da criança à proteção da família, da sociedade e do Estado) e 20 (direito à nacionalidade) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), bem como os arts. 1º, 2º, 7º e 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (1989).

Apesar de haver deferido a medida liminar requerida pelo MPF, o juízo federal de primeira instância, a nosso sentir, não realizou o devido controle de convencionalidade no caso, sob o entendimento de que o afastamento do sigilo de dados dos recenseamentos prejudicaria a finalidade dos estudos do IBGE. No entanto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao receber o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, se alinhou ao controle de convencionalidade desenvolvido pelo *Parquet*, reconhecendo a obrigação de cumprimento liminar da medida reclamada na ação civil pública, com o fundamento declarado no voto do relator de que “a Convenção sobre os Direitos da Criança também prescreve em seu texto o direito ao nome, ao registro de nascimento e a todos os elementos que configuram a identidade”.³⁷

No entanto, a medida liminar concedida por oportunidade do julgamento do recurso de apelação pelo TRF-3 foi objeto de suspensão pela Presidência do STF, sob o entendimento de que:

o afastamento do sigilo estatístico imposto pela decisão contrastada dispõe de potencialidade lesiva à ordem pública, por abalar a confiança daqueles que prestam as informações aos entrevistadores do IBGE, comprometendo a fidelidade e veracidade dos dados fornecidos e, por conseguinte, a própria finalidade daquele Instituto, a subsidiar a elaboração de políticas públicas em benefício da sociedade.³⁸

Verifica-se, portanto, que, embora o MPF e o TRF-3 tenham realizado o controle de convencionalidade das normas internas, a nosso sentir, o juízo de primeira instância e o STF não o fizeram.

³⁶ MPF, Procuradoria da República de Bauru/SP, Ação civil pública de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipatória. Ref. peça de informação nº 1.34.003.000276/2012-76, distribuição: 13.08.2012 – Juízo da 1ª Vara Federal de Bauru/SP.

³⁷ TRF-3, Apelação Cível nº 0005687-25.2012.4.03.6108/SP, 4ª Turma, voto do Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, julg. 07.12.2016, *DJe* 20.01.2017.

³⁸ STF, Presidência, Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1.103-SP, julg. 02.05.2017.

O desenvolvimento do exemplo apresentado, onde se notam divergências quanto ao entendimento dos órgãos de diferentes níveis do mesmo sistema de justiça quanto à prevalência ou não das disposições convencionais em face da legislação interna de sigilo suscitada pela Administração Pública, não significa, contudo, que *não houve* controle de convencionalidade pelo órgão ministerial, que, no nosso entendimento, controlou devidamente a convencionalidade das normas citadas, mediante a deflagração da medida jurídica apropriada à defesa dos direitos das crianças que se encontravam sob estado de violação, não admitida por tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

Ao aprofundar a certeza de que o controle de convencionalidade realizado no âmbito do sistema de justiça não é privativo de quaisquer das instituições que integram as suas engrenagens, mas encadeado entre os órgãos que participam do seu funcionamento, deve-se observar o fato de que, em razão da obrigação de inércia dos órgãos jurisdicionais, o controle de convencionalidade a ser realizado *ex officio* pelo Poder Judiciário, depende da propositura de uma demanda cuja promoção pressupõe o exercício desse mesmo controle por parte de seus legitimados. Visualiza-se aqui com clareza o cumprimento da determinação extraída da jurisprudência da Corte IDH, de que o controle de convencionalidade deve ser realizado por todos os níveis dos órgãos vinculados ao sistema de justiça, segundo a competência e o plano processual de cada um deles, haja vista que, se cabe ao Poder Judiciário julgar as demandas processuais, compete ao Ministério Público exercer a ampla valoração do arcabouço normativo que integra a ordem jurídica para deflagrar ou não em juízo as medidas de proteção de interesses metaindividuais cabíveis, competindo a ambas as instituições o exercício do controle de convencionalidade em cada um daqueles momentos procedimentais.

3.1.2. Compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais

Outra hipótese em que há controle de convencionalidade pelo Ministério Público em procedimentos de tutela de interesses metaindividuais dá-se quando o órgão ministerial celebra compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais.

Deve-se ressaltar que, além de peça preliminar e preparatória para o ajuizamento da ação civil pública, visando a aferição e o consequente acionamento do Poder Judiciário para a proteção dos bens e interesses acima mencionados, o inquérito civil também permite que o Ministério Público tome compromisso de ajustamento de conduta de quaisquer interessados, com o propósito de adequar a sua atuação às “exigências legais”, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).³⁹

³⁹ *Verbis*: “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”.

O Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, por sua vez, editou a Resolução nº 179/2017, pela qual entende ser o compromisso de ajustamento de conduta “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração” (art. 1º, *caput*). Perceba-se que a redação do dispositivo é sobremaneira *mais ampla* que a do art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, pois, além da referência às “exigências legais”, amplia tal controle às “exigências constitucionais”. Contudo, deve-se interpretar as expressões “exigências legais” e “exigências constitucionais” como *toda a coleção de normas* em vigor no Estado brasileiro, entre as quais se incluem todas as convenções internacionais – nesse caso, de direitos humanos ou não – em vigor no Estado. Assim, é premente compreender que todos os membros ministeriais devem também realizar o controle das normas domésticas conforme as “exigências convencionais”, haja vista que a ordem jurídica que compete ao Ministério Público defender também é integrada por todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor entre nós.

Dessa maneira, quando o inquérito civil se encerra, não com a propositura de uma ação civil pública perante o sistema de justiça, mas com a tomada extrajudicial de compromisso de ajustamento de conduta dos interessados, pode e deve o agente ministerial não apenas aferir, senão efetivamente *controlar* a convencionalidade da legislação aplicável à matéria, verdadeiro pressuposto da atuação funcional do membro do Ministério Público.

A amplíssima importância social do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta pode ser ilustrada pela possibilidade de que esse compromisso seja celebrado não apenas por particulares, na resolução de um específico caso concreto, mas também, *v.g.*, pelo próprio Estado, para o fim de que, no âmbito de sua atuação coletiva ou difusa, respeite, a despeito de disposições legais diversas, procedimentos consentâneos com as normas internacionais de direitos humanos em vigor no Estado ou com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, pode o órgão ministerial exigir o cumprimento de obrigações dispostas no plano internacional que não estejam sendo efetivamente observadas, ou, ao contrário, exigir que se suspenda a realização de ações que, embora amparadas pela legislação interna, não encontrem adequação no plano dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O Ministério Público do Estado do Ceará, *v.g.*, celebrou Termo de Ajustamento de Conduta com a Cia. Energética do Ceará (ENEL), fundamentado no art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), internalizado no Brasil pelo Decreto n.º 591/1992, para definir o conceito de “direito à moradia”, e, naquela oportunidade, entendeu que a moradia constitui direito humano além do direito a um teto, abrangendo também o direito à moradia adequada e digna, por

compreender os seus aspectos essenciais como o acesso à água e à energia elétrica.⁴⁰ Ao celebrar o negócio jurídico, o Ministério Público controlou a convencionalidade para compatibilizar o ordenamento jurídico à proteção do direito à moradia digna, abrangida pelo PIDESE, que previu um espectro maior de proteção ao direito universal, fixando como obrigação da concessionária de serviço público solucionar a demanda de 128 mil consumidores afetados pelo recebimento de fatura de consumo de energia referente a meses distintos, com mesmo vencimento, ocasionada pela mudança do sistema interno da empresa, bem como resolver a demanda dos consumidores perante a Delegacia do Consumidor, nos outros termos da sinalagma.⁴¹

O Ministério Público Federal, por sua vez, já controlou a convencionalidade de lei à luz da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, norma internalizada nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, ao celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com a Associação Brasileira de Editoras de Livros Escolares (Abrelivros), fundamentado nos arts. 2º e 21 da Convenção, que impõem obrigação aos Estados-partes de adotarem medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o direito de buscar, receber e compartilhar informações, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. À luz das normas convencionais citadas, que consideram discriminação qualquer forma de exclusão ou restrição baseada em deficiência, no que se inclui a recusa de adaptação razoável, cada uma das editoras filiadas à Abrelivros assumiu perante o MPF a obrigação de, em suas páginas digitais na Internet, criar um ícone destinado à solicitação de livros que não estejam disponíveis diretamente para a venda em formato acessível.

Evidencia-se, assim, a importância da iniciativa ministerial, porque a produção de livros apenas em formato impresso deixaria à margem de seu acesso aquelas pessoas que não conseguissem ler ou, ainda, manusear as suas páginas, citando-se como exemplo as pessoas cegas ou com baixa visão, bem como com dislexia, paralisadas ou de membros superiores amputados. Denota-se, portanto, que o Compromisso de Ajustamento de Conduta mencionado, baseado em tratado internacional de direitos humanos, assegurou o atendimento de direitos das pessoas com deficiências que não se encontravam estabelecidos na legislação nacional.

Ainda no plano do inquérito civil, o Ministério Público possui ampla independência para a realização do controle de convencionalidade das leis quando procede o seu *arquivamento*, ao decidir pela inexistência de fundamento para a propositura de ação civil pública, não sendo o caso de tomada de compromisso de ajustamento de conduta, hipótese em que a eficácia do ato realizado nessa seara apenas se submete ao requisito de *homologação* pelo órgão revisional da própria instituição ministerial. Aqui, da mesma forma, haverá efetivo *controle* de convencionalidade levado a cabo pelo órgão ministerial, pois sua decisão controlatória não escapa ao âmbito da própria instituição. Diferentemente são os casos de mera

⁴⁰ Acessível em: [<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/11.10.2019-Termo-de-Ajustamento-de-Conduto-ENEL.pdf>]. Acesso em 14 ago. 2020.

⁴¹ Idem.

aferição de convencionalidade, que, como já vimos, escapam ao âmbito da própria instituição, dado que caberá a outro órgão – o Poder Judiciário – dar a última palavra sobre o exame de convencionalidade.

Em suma, fora das hipóteses de ajuizamento de ação civil pública ou de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, ao promover o arquivamento de inquérito civil ou de procedimentos de investigação correlatos, instaurados com o propósito inicial de promover a tutela de direitos e de interesses metaindividuais, o órgão ministerial pode reconhecer que determinada conduta objeto de apuração, apesar de evidenciar contrariedade com as normas internas, se afigura plenamente alinhada com previsões contidas em tratados internacionais de direitos humanos ou na jurisprudência da Corte IDH. Em casos tais, o Ministério Público, ao promover o arquivamento do inquérito civil ou de procedimentos de investigação correlatos, está controlando a convencionalidade das leis ao entender que as normas internas – que justificariam a continuidade dos referidos procedimentos investigatórios – são incompatíveis com garantias internacionais previstas em tratados de direitos humanos ou na jurisprudência da Corte IDH.

Confirma-se, portanto, que, em sede de inquérito civil, o controle de convencionalidade não ocorre propriamente por meio da judicialização da matéria objeto de investigação, podendo ser objeto de resolução na esfera extraprocessual, por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou do arquivamento sem essa providência. Aprofunda-se, dessa maneira, a certeza de que o manejo da ação civil pública não representa simples caminho de busca pelo controle de convencionalidade no âmago do Poder Judiciário, mas precipuamente um dos desfechos processualmente previstos do controle de convencionalidade ministerial, que, conforme apontado, se opera por múltiplas vias, inclusive, quando do arquivamento do procedimento de investigação.

3.2. Controle de convencionalidade e persecução criminal

Entende-se por persecução penal o conjunto de medidas que compõem a investigação criminal, destinado ao isento esclarecimento da verdade dos fatos, bem como o manejo da correspondente ação penal, ao que se somam as decorrentes providências processuais necessárias à responsabilização do agente violador dos direitos da vítima. Perseguindo a defesa da ordem jurídica, ao longo de todo o itinerário percorrido ou acompanhado pelo Ministério Público no curso da persecução penal, deve se fazer presente o controle de compatibilidade das normas jurídicas internas, de natureza material ou processual, com o direito convencional.

Dessa maneira, o membro ministerial que, *v.g.*, não determina o arquivamento de inquérito policial e promove ação penal pública em desacordo com o tratado de direitos humanos, embora amplamente fundamentado pela legislação interna, não realiza o adequado controle de convencionalidade a que se encontra obrigado, oportunidade em que o Poder Judiciário deve rejeitar a denúncia oferecida, realizando

o devido controle de convencionalidade que o membro do Ministério Público não realizou no momento processual oportuno. É certo, por outro lado, que o membro ministerial que, contrariando frontalmente o direito interno, sustenta a realização de medidas de persecução penal amparadas em normas convencionais, atua em autêntica defesa da ordem jurídica, providência essa que se espera seja acompanhada pelo Judiciário.

O controle de convencionalidade a ser exercido pelo membro do Ministério Público deve se fazer presente em todo o processo de persecução penal, desde a fiscalização dos procedimentos de investigação, o seu eventual arquivamento, o ajuizamento da ação penal pública e a sua correspondente tramitação. Verifiquemos, pois, como o Ministério Público controla a convencionalidade no arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal (item 3.2.1.) e na promoção de ação penal pública (item 3.2.2.).

3.2.1. Arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e controle de convencionalidade

A nova redação conferida ao art. 28 do Código de Processo Penal – CPP – pela Lei nº 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) teve o propósito de conferir alinhamento do processo penal com o sistema acusatório, cujas raízes se encontram estabelecidas no art. 129, I, da Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública.

Respeitando o sistema acusatório, a decisão de arquivamento de qualquer investigação criminal concernente a crimes de ação pública deve se resolver no âmbito do próprio Ministério Público. Segundo esse cenário, será o membro ministerial que realizará o arquivamento da investigação criminal, sem a necessidade de remessa dos autos correspondentes a qualquer instância do Poder Judiciário. Realizada a comunicação da decisão ministerial de arquivamento à vítima, ao investigado e à autoridade policial, os autos da investigação devem ser remetidos ao órgão de revisão competente do Ministério Público.

Em hipóteses tais, o Ministério Público pode realizar de maneira imediata o controle de convencionalidade da legislação aplicável ao caso, deixando de permitir a continuidade de atos de investigação ou deixando de promover a correspondente ação penal nos casos em que verificar pretensão contrária a quaisquer mandamentos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil. Acrescente-se que, nessas hipóteses, se houver eventual insatisfação da vítima com os fundamentos do arquivamento promovido pelo Ministério Público, poderá ela postular a submissão da matéria à competente instância revisora da instituição ministerial, sem que, no entanto, o assunto seja submetido à deliberação do Poder Judiciário. Portanto, em tais casos não há dúvidas de que o órgão ministerial *controlou* a convencionalidade das leis, especialmente porque a decisão tomada no caso concreto não escapa aos limites da própria instituição, sem seguimento ao Poder Judiciário.

O controle de convencionalidade que deve ser realizado pelo Ministério Público em tais casos pode recair tanto sobre a tipificação da conduta objeto de investigação quanto sobre a legalidade dos procedimentos de investigação desenvolvidos pela autoridade policial. Na primeira hipótese, pode o membro ministerial determinar o arquivamento de investigações por entender que normas convencionais ou que a jurisprudência da Corte IDH isentam de tipicidade a conduta apurada.⁴² No segundo caso, a determinação de arquivamento pode se operar pela constatação de que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconveniências que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal.

Tais apontamentos prestam-se, ainda, para aprofundar a importância do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tal como determina a Constituição Federal no art. 129, VII,⁴³ com o propósito de impor o efetivo controle de atuações policiais eventualmente capazes de comprometer a observância dos direitos humanos de investigados ou de vítimas de ilícitos, em prejuízo do desenvolvimento de um processo de persecução penal regular e eficiente.

3.2.2. Promoção da ação penal pública e controle de convencionalidade

O esclarecimento da verdade dos fatos por meio de um procedimento de investigação adequado e eficiente, e, sendo o caso, a deflagração da ação penal destinada a impor a responsabilização criminal dos agentes violadores dos direitos das vítimas representam medidas de proteção objetiva dos direitos humanos e de respeito à dignidade humana dos ofendidos pela criminalidade.⁴⁴ Dessa maneira, o controle de convencionalidade, por oportunidade da promoção da ação penal pública, pode se fazer presente para o afastamento de normas internas que prejudiquem indevidamente a persecução penal em juízo.

É importante ter em conta, da mesma forma, que o controle de convencionalidade também incide para garantir a regularidade do desenvolvimento de todas as fases da persecução penal, que, conforme já apontado, não se esgota e não se limita ao oferecimento formal da denúncia (inclusive em favor do investigado ou acusado). Em ambas as hipóteses, tem papel determinante a atuação do Ministério Público.

⁴² Nesse sentido, cite-se o posicionamento da 5ª Turma do STJ, que, realizando o controle de convencionalidade do art. 331 do Código Penal em face do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, descriminalizou a conduta tipificada como desacato, ressaltando que “punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo [sic] abolissem suas respectivas leis de desacato.” (STJ, RE 1.640.084/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, jul. 15.12.2016, DJe 01.02.2017).

⁴³ *Verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar...”.

⁴⁴ Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020. 302p.

Com o propósito de ilustrar esse entendimento, relembre-se que o Procurador-Geral da República propôs perante o STF a ADI 4.424/DF, visando conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para o fim de que o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, se processasse mediante ação penal pública incondicionada. Naquela oportunidade, como já se viu, o chefe do Ministério Público da União, além da apresentação dos fundamentos constitucionais cabíveis à matéria, realizou a *aferição* de convencionalidade do direito interno, demonstrando que a exigência legal de representação da vítima para a persecução penal e a responsabilização do seu agente agressor estavam a desrespeitar o disposto no art. 5(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura a todos os indivíduos “o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

É importante acrescentar que a aferição de convencionalidade realizado pelo Ministério Público na referida ADI não se desenvolveu apenas com base na Convenção Americana, senão também à luz da jurisprudência da Corte IDH, haja vista que suscitou a aplicação do julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1988, ao sustentar que “se o aparato estatal atua de modo a que a violação reste impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos, ‘pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição”.

Seguindo a linha adotada pelo Procurador-Geral da República, o STF, após fundamentar a inconstitucionalidade e a inconvenção da legislação processual penal que exigia a representação da vítima para a responsabilização penal de seu agressor, declarou que “[a] ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.⁴⁵

A aferição de inconvenção realizada pelo Procurador-Geral da República e o controle realizado de forma concentrada pelo STF no caso em referência comprovam que todos os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário deveriam realizar igual controle de constitucionalidade e de convencionalidade, para o fim de promover a persecução penal, e, sendo o caso, impor a responsabilização criminal de agentes agressores em situações de falta de representação da vítima de lesões corporais em âmbito doméstico, mesmo quando a legislação processual exigia tal providência.

O controle de convencionalidade pelos membros do Ministério Público, reconhecendo a invalidade da norma que exigia a representação da vítima para a persecução penal do seu agressor, com a conseguinte promoção das correspondentes ações penais públicas, visando a responsabilização criminal dos agentes criminosos, bem assim o controle de convencionalidade da mesma norma pelo Poder Judiciário, realizando o processamento das demandas criminais propostas, são obrigações dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário absolutamente independentes

⁴⁵ STF, ADI 4424, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 09.02.2012, *DJe*-148, *RTJ* vol. 229-01.

do controle concentrado realizado pelo STF. No entanto, a incerteza prática da efetiva aplicação do controle de convencionalidade em tal hipótese pelo sistema de justiça criminal brasileiro serve para demonstrar a necessidade do aprofundamento das instituições e dos seus integrantes no tratamento da matéria.

Nesse mesmo sentido, ressalte-se o dever de controle de convencionalidade imposto a todos os órgãos do sistema de justiça criminal brasileiro pela Corte IDH a partir do caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado em 20 de outubro de 2016, que reconheceu a imprescritibilidade do crime de redução a condição análoga à de escravo, previsto pelo art. 149 do Código Penal brasileiro.⁴⁶

Dessa maneira, se, mesmo à vista da jurisprudência da Corte IDH acima apresentada, o órgão do Poder Judiciário decidisse absolver sumariamente o réu na ação penal proposta pelo Ministério Público, com fundamento na prescrição do crime de redução a condição análoga à de escravo, obedecendo as regras de direito penal e processual penal internas (art. 109, inc. III, do CP e art. 397, inc. IV, do CPP), certo é que estaria deixando de realizar o devido controle de convencionalidade no caso concreto. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que, atuando segundo a jurisprudência da Corte IDH, o membro ministerial que promoveu a ação penal pública, afastando na hipótese a incidência das regras prescricionais dispostas no art. 109 do Código Penal, efetivamente realizou o controle de convencionalidade naquele mesmo caso, e, como consequência, deflagrou no âmbito de suas atribuições, e, segundo os critérios processuais correspondentes, a resposta esperada do Estado brasileiro pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos a um caso patente de violação que a ordem internacional considera expressamente imprescritível.

Importa lembrar ainda que o controle de convencionalidade no âmbito dos procedimentos de investigação e de persecução penal não se resume estritamente ao ato isolado de *propor* a ação penal pública, mas também abrange *todas as providências de atuação funcional* do Ministério Público, visando a regularidade de sua tramitação, haja vista que a ação penal deve ser proposta para atender à finalidade de efetiva proteção dos direitos das vítimas e da defesa objetiva dos direitos humanos e fundamentais, com respeito a todas as regras concernentes ao devido processo legal.

Ilustrando a hipótese, convém apresentar dois casos sobre o mesmo tema, em que o Ministério Público Militar e o Ministério Público Federal atuaram em hipóteses que exigiram aferição e controle de convencionalidade, respectivamente, de um mesmo dispositivo da legislação ordinária (Código Penal Militar). Nos casos que serão apresentados, os diferentes órgãos do Ministério Público apresentaram idêntico entendimento acerca da matéria, no entanto, as respostas perfilhadas pelo Superior

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 454: "(...) Além disso, a Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o status de *ius cogens* (par. 249 *supra*). Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares".

Tribunal Militar – STM – e da Justiça Federal se revelaram completamente antagônicas na resolução da questão.

No primeiro caso, o Ministério Público Militar, realizando o controle de convencionalidade do art. 9, III, do Código Penal Militar à luz do art. 8(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, interpôs recurso em sentido estrito perante o Superior Tribunal Militar, com o propósito de que fosse determinada a remessa à Justiça Federal de inquérito policial militar instaurado contra civil. No entanto, o STM não realizou o adequado controle de convencionalidade da questão, entendendo que os fatos “se amoldam, em tese, à caracterização de crime militar [...] notando-se a perfeita subsunção do fato à norma”, motivo pelo qual a negativa da competência do foro militar representaria ofensa ao princípio do juiz natural.⁴⁷ Em contraposição aos argumentos ministeriais que fundamentavam a inconventionalidade do processamento de civis perante instâncias militares, o STM se limitou a assegurar que tal situação não violaria a Convenção Americana. No entanto, a Corte IDH, que detém a competência (*Kompetenz-Kompetenz*) de realizar a interpretação em última palavra da Convenção, no julgamento do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, foi claríssima em declarar que em nenhuma circunstância (repita-se: *nenhuma*) um civil pode ser submetido à jurisdição de um tribunal militar.⁴⁸

No segundo caso, o Ministério Público Federal, por provocação do juízo, apresentou parecer em que realizou a aferição de convencionalidade daquela mesma norma do Código Penal Militar, se posicionando pela fixação de competência da Justiça Federal para o conhecimento de termo circunstanciado lavrado em razão da prática de crime de desobediência supostamente cometido por civil contra militar. Nesse segundo caso, após ampla fundamentação lastreada na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte IDH sobre o assunto, o magistrado federal competente declarou a “inconstitucionalidade, inconventionalidade e não recepção dos dispositivos do Código Penal Militar [...] que tipificam crimes militares por civis em tempos de paz e autorizam a competência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz, por violação aos arts. 5º, *caput*, LIII e § 2º, 123 e 124 da Constituição de 1988, e ao art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, como aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁴⁹

Como se denota, no âmbito da persecução penal, a conduta do Ministério Público no controle da convencionalidade é fator primordial para impedir a impunidade

⁴⁷ STM, Recurso em Sentido Estrito nº 56-75.2016.7.10.0010/CE, rel. Min. Alte. Esq. Carlos Augusto de Sousa, julg. 26.10.2017.

⁴⁸ *Verbis*: “En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares.” (Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 22 de novembro de 2005, Série C, nº 135).

⁴⁹ 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Termo Circunstanciado nº 5038654-35.2019.4.02.5101/RJ Juiz Federal Frederico Montedonio Rego. Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2019.

de agentes violadores de direitos humanos das vítimas da criminalidade, mediante a remoção de entraves legais incompatíveis com tratados internacionais sobre direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH, bem como se presta a garantir o atendimento de direitos e deveres processuais assentados nessas mesmas fontes normativas, em favor dos interesses de investigados e de acusados.

4. Conclusão

Ao cabo desta exposição, pode-se concluir que o Ministério Público brasileiro, na sua condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é instituição que tem por mister fiscalizar e garantir o cumprimento de todo o mosaico normativo em vigor no Estado, inclusive os tratados internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, além de assegurar, por meio de todos os instrumentos processuais e extraprocessuais de sua alçada, a prevalência da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às normas de direitos humanos em vigor no Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A atuação do Ministério Público brasileiro na aferição e no controle de convencionalidade alcança especial dimensionamento e primazia porque, enquanto os demais órgãos integrantes do sistema de justiça, nos termos da jurisprudência da Corte IDH, devem realizar o controle de convencionalidade “no âmbito de suas competências”, o Ministério Público *tem como sua competência* a própria fiscalização da ordem jurídica, tal como estabelecido pelo art. 127 da Constituição Federal de 1988. Perceba-se, portanto, o *plus* que tem o Ministério Público relativamente às outras instituições essenciais à Justiça, exatamente pelo fato de a “defesa da ordem jurídica” ser a *sua própria* competência institucional-constitucional. Em outras palavras, enquanto os demais órgãos do sistema de justiça, no desempenho das suas finalidades institucionais, devem observar a convencionalidade das leis, para o Ministério Público o exame (aferição e controle) de convencionalidade é a sua ínsita finalidade institucional, razão pela qual a fiscalização do cumprimento/aplicação dos tratados de direitos humanos pela instituição se faz com muito maior vigor.

Prova disso é que o Ministério Público, ao lado do Poder Judiciário, é a única instituição essencial à Justiça que pode efetivamente *controlar* a convencionalidade (para além de *aferir* essa mesma convencionalidade) das leis nacionais, no âmbito de suas competências institucionais-constitucionais, a exemplo do que ocorre no arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e quando promove a ação penal pública. Aqui, como se nota, trata-se de controle de convencionalidade *ultima ratio*, que não está a depender de chancela (ou deliberação) do Poder Judiciário, ficando o respectivo controle no âmbito da própria instituição.

Em suma, a obrigação constitucional congênita de fiscalizar a ordem jurídica e, com ela, desenvolver o exame de convencionalidade no manejo da integralidade das ferramentas constitucionais e legais de atuação ministerial, torna obrigatório que

todos os membros do Ministério Público – de todos os seus ramos e níveis de atuação – detenham conhecimento das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana, além das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional. A seguir esses passos, o Ministério Público brasileiro cumprirá importante missão para além da que lhe destina a Constituição, consagrando-se instituição também *convencional* de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Referências bibliográficas

BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1995.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DE CLÉMENT, Zlata Drnas. La complejidad del principio *pro homine*. *Jurisprudencia Argentina*, fascículo nº 12, Buenos Aires, mar./2015, p. 98-111.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19.º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Curso de direitos humanos*. 7a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.

_____. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____; RIBEIRO, Dilton. The *pro homine* principle as an enshrined feature of international human rights law. *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. III, issue 1, January 2016, p. 77-99.

_____; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública: instituição essencial ao controle de convencionalidade. *Revista Jurídica UNIGRAN*, vol. 22, nº 43, jan.-jun. 2020, p. 17-27.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020, 302p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

onsino

mccc

Por que as democracias não crescem?¹

Povo é chamado às eleições, mas há rara influência

Ives Gandra*

Norberto Bobbio, em seu livro *A teoria das formas de governo*, lembra que o termo “democracia” “tem, de modo geral, nos grandes pensadores políticos, uma acepção negativa, de mau governo” (p. 33, Editora Universidade de Brasília, 1976). Após citar Otanes, Dario, Heródoto e Aristóteles e lastreando-se em crítica a Megabises sobre a distinção de governos monárquicos e populares, conclui: “essa comparação nos dá um exemplo claro da gradação das Constituições, boas ou más, de que falei na introdução (não há governos bons ou maus, mas governos melhores ou piores do que os outros” (p. 34 e 35). É que “democracia”, governo do povo (*demos*) para os autores clássicos era regime pior que a *politia*, governo da cidade (*polis*).

Quando presidi o “Gabinete de Estudos sobre o Amanhã”, em 1979, escrevi para o livro daquela instituição, editado pela Resenha Universitária, intitulado *Ano 2000*, estudo sobre “a legitimidade do poder e uma teoria de alcance”, tema que retornei em meus livros *Uma breve introdução ao direito* e *Uma breve teoria do Poder*.

De rigor, no mundo inteiro, vivemos apenas uma “democracia de acesso”, isto é, os países em que o povo escolhe seus dirigentes, mas estes, quando eleitos, fazem o que bem entendem, pois suas promessas eleitorais, como dizia o saudoso Roberto Campos, comprometem apenas os que as ouvem.

Estamos ainda longe de uma real democracia no planeta, sendo que Steven Levitsky e Daniel Ziblatt poderiam melhor intitular seu livro de *Como as democracias morrem* em “Porque as democracias não crescem”.

O Brasil, os Estados Unidos, a França, a Inglaterra, a Áustria e inúmeros outros países vivem uma crise democrática que é uma crise de legitimidade, visto que neles as ideologias, que são a corruptela das ideias, vicejam, tornando os adversários políticos inimigos figadais, pois se utilizam do populismo para a conquista ou manutenção do Poder.

¹ Artigo originalmente publicado no jornal “Folha de São Paulo”, Caderno “Tendências”, em 15 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.folha.uol.com.br/>.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

Aqui, o “princípio da eficiência” do Artigo 37 da Constituição Federal é substituído pelo “princípio do amigo”, valorizando-se a “teoria das oposições” de Carl Schmitt, o qual declarava que “a ciência política é a ciência que estuda a oposição entre o amigo e o inimigo”.

É de se perguntar se a Suprema Corte, que não representa o povo, mas a lei (Artigo 102 da CF), pode mudar o direito positivo ou fazer a lei que a Constituição declara que cabe ao Congresso fazer ou, em casos excepcionais, à Presidência da República?

É de se perguntar se o Congresso, que deve zelar por sua competência normativa perante os outros poderes (Artigo 49 inciso XI) tem exercido esta função, como representante do povo, ou tem se omitido, permitindo que o Poder Judiciário aja em seu lugar?

É de se perguntar se o Poder Executivo tem sido fiel aos compromissos de campanha?

Não discuto neste artigo, até porque não privo da intimidade dos condutores dos Três Poderes, a idoneidade e a competência dos que estão à frente deles, dois representantes do povo e um apenas da lei, razão pela qual está em último lugar no Título IV da Constituição.

O que discuto é se realmente a democracia brasileira não seria uma mera democracia de acesso, com o povo sendo chamado para as eleições, mas com pouquíssima influência, após eleitos seus representantes, na condução dos destinos do país, considerando-se, os detentores dos Três Poderes pouco harmônicos e mal independentes, terem mandato dos deuses e não da sociedade, razão pela qual seriam livres para o exercício do Poder sem limitações.

Creio ainda estarmos longe de uma verdadeira democracia, “em que todo o poder emanaria do povo” (Artigo 1º, § único, da CF).

Democracia digital e eleições 2020

Emerson Garcia*

A influência da tecnologia sobre a humanidade é não só intensa como disruptiva. Modos de vida são alterados, facilidades construídas e novas dificuldades enfrentadas, exigindo um contínuo processo de reconstrução. A democracia digital nada mais é que o uso da comunicação e da informação tecnológica, em todas as espécies de mídia, com o objetivo de ampliar a participação política do cidadão. Isto ocorre sem os tradicionais limitadores de tempo e espaço, próprios do ambiente analógico.

A competitividade entre os concorrentes nas eleições pode ser seriamente comprometida a partir de práticas bem comuns. É o que se dá com a disseminação de notícias falsas e a utilização de robôs para sedimentar conteúdos no imaginário coletivo. Afinal, como se costuma dizer, uma mentira repetida mil vezes acaba virando verdade. Esse quadro torna-se particularmente dramático nas sociedades em que a média da população tem baixo nível de escolaridade. Dados do IBGE, de 2019, informam que cerca de 41,2% da população com 25 anos ou mais tem no máximo o ensino fundamental, completo (8,1%) ou incompleto (33,1%), além de 6,9% sequer contarem com instrução formal. Isso certamente explica a reduzida capacidade crítica de considerável parcela da população, que não consegue perceber a deturpação da informação, por mais tosca que seja.

Em 2020 teremos eleições municipais, de vital importância para a formação da base política dos partidos e com grande influência na definição da estratégia a ser adotada nas próximas eleições gerais. Estamos no meio de uma revolução tecnológica e, embora saibamos que ela há muito se iniciou, estamos longe de saber quando terminará. A disruptura, portanto, é contínua. Basta pensarmos na última eleição presidencial, quando o candidato eleito teve apenas oito segundos de tempo de TV, até aquele momento considerado a pedra angular de uma campanha eleitoral. Desde então, a força da *web* só aumentou.

Os principais padrões de comunicação e de informação utilizados com o uso da tecnologia são a alocação (transmissão da informação), a consulta (recuperação da informação) e a conversação (troca de experiências). Temos, aqui, o ciclo completo do processo político: o candidato se apresenta, o eleitor em potencial pesquisa sobre ele e discute suas ideias com outros eleitores. Apenas o voto escapa desse

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

ciclo. Em todas as fases, *fake news* e robôs produzem efeitos deletérios. Além disso, o ambiente virtual é dominado por algoritmos que apresentam pouca ou nenhuma transparência, produzindo o efeito perverso de direcionar pensamentos, emoções e, por que não, votos.

A democracia digital, por certo, tem os seus encantos, mas também oferece riscos.



Detalhe da imagem da capa

The background is a painting. On the left, a dark brown horse is shown from the side, its legs and lower body visible. To the right, a woman in a long, flowing red dress with intricate floral patterns is depicted from the waist down, her right hand resting on her hip. The ground is a textured, golden-brown surface. In the foreground, there are decorative, swirling ribbons. One ribbon on the left contains the text 'Digu', 'uil', and 'sileiro'. Another ribbon in the center contains 'Ruy Barbosa'. A third ribbon below it contains 'Elois Beliziana'.

Observatório Filosófico

Digu
uil
sileiro

Ruy Barbosa

Elois Beliziana

O *rost*o como arquétipo na ética da responsabilidade de Emmanuel Levinas

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. À guisa de introdução: interpretando o *Rosto* como arquétipo. 2. O *Rosto*. A *eleidade*. 3. A responsabilidade pelo *Outro*. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito deste artigo é enfatizar a importância dada ao *Rosto*, como verdadeiro arquétipo, na *Ética da Responsabilidade* em Emmanuel Levinas. A responsabilidade do *Eu* pelo *Outro*. A *eleidade*.

Résumé

Le propos de cet article est de souligner l'importance attribuée au Visage, comme un vrai archétype, dans l'Éthique de Responsabilité chez Emmanuel Levinas. La responsabilité du Moi pour Autrui. L'illeité.

Palavras-chave: Levinas. *Rosto*. *Eleidade*. Ética. Responsabilidade.

Mots clefs: Levinas. *Visage*. *Illeité*. *Éthique*. *Responsabilité*.

1. À guisa de introdução: interpretando o *Rosto* como arquétipo

Se o tempo, em Levinas, é um tempo ético, como entender a *ética da responsabilidade* na temporalidade de nossa existência? Para responder a essa questão, partiremos da simbologia que o filósofo francês empresta ao *Rosto* e, como consequência, da conceituação, por ele criada, de *eleidade*. Fato é que a simbologia do *Rosto*, na filosofia levinasiana, alcança, a nosso juízo, o patamar de um verdadeiro *arquétipo*, conceito bem delineado por Carl Gustav Jung, no glossário de sua festejada obra *Memórias, Sonhos, Reflexões*:

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ.

A essas imagens e correspondências típicas, denomino representações arquetípicas. Quanto mais nítidas, mas são acompanhadas de tonalidades afetivas vividas... Elas nos impressionam, nos influenciam, nos fascinam. Têm sua origem no arquétipo que, em si mesmo, escapa à representação, forma preexistente e inconsciente que parece fazer parte da estrutura psíquica herdada e pode, portanto, manifestar-se espontaneamente sempre e por toda parte (op. cit. p. 485).

2. O Rosto. A *eleidade*

A simbologia do rosto é algo que vivenciamos, diariamente, em nossas vidas. E, numa reflexão superficial, percebemos o distanciamento das pessoas, seja no interior de uma casa ou de um escritório, seja nas ruas de uma cidade. Nenhum cumprimento, nenhum sorriso, nenhuma palavra. Um vai e vem de rostos que não se comunicam, que mal se olham a não ser quando algum interesse particular entra em cena. Se observarmos uma rua de grande movimento, veremos pessoas transitando com o olhar vazio, fixo no nada. A preocupação, no andar, direciona-se mais às coisas do que propriamente às pessoas. É comum cruzarmos com um conhecido que “nos vê”, mas que não “é visto”, fato que é comentado, em geral, posteriormente. O olhar projetado sempre para a frente nos impede de constatar o rosto que vem em sentido contrário; um rosto que certamente já vimos há muito tempo e que teríamos agora a oportunidade de rever; um rosto que se está vendo pela primeira vez e que seria muito útil guardar; um rosto que tornaremos a ver no futuro, seja num momento de festa, seja num momento de dor, um rosto-ajuda, um rosto-amigo, um rosto-prazer, um rosto-conversa... um rosto-morte. Será que sempre nos cruzamos por acaso? Será sempre por mera coincidência que um mesmo rosto surge à nossa frente?

Mas, para Levinas o rosto ultrapassa a individualização contextualizada, simbolizando algo que está além de uma descrição meramente estética, de uma identidade, de uma qualificação profissional. Para o filósofo, “O rosto é significação, e significação sem contexto. Quero dizer que outrem, na rectidão do seu rosto, não é uma personagem num contexto” (Lévinas, 2007:70). O rosto nos conduz, desde logo, a um patamar ético de responsabilidade com o Outro: “Mas a relação com o rosto é, num primeiro momento, ética” (*ibidem*: 70).

Penso que o Rosto, na filosofia levinasiana, corresponde a um arquétipo representativo da ética: “O rosto é o que não se pode matar ou, pelo menos, aquilo cujo sentido consiste em dizer: ‘tu não matarás’” (*ibidem*: 70). E a escolha do Rosto, no meu entender, desvinculado de qualquer contextualização, pode ser explicada pelo fato de que o ser humano tem, no rosto, a representação mais contundente de sua humanidade. Nenhuma parte do corpo humano é mais significativa do que o rosto. É através do rosto que a imagem humana se torna visível, assimilável, compreendida. E o rosto, no âmbito da filosofia de Levinas, ultrapassa os limites

do eu-tu, transformando-se num ele (*Eleidade*), “o para além, de onde vem o rosto” (UEA04-aula 5:04) que deixa entrever o caráter metafísico desse rosto:

O rosto do outro é uma presença misteriosa que está sempre em retirada e o significado do Enigma vem dum passado irreversível e irrecuperável. Esse modo de significar, o nosso autor explica (...) pelo pronome pessoal da terceira pessoa, pela palavra Ele. O Enigma vem-nos da “*Eleidade*” (*Illeité*) (*ibidem*).

Ao mesmo tempo em que se vê no Outro a finitude, com a possibilidade mesmo de seu aniquilamento, de sua destruição, de sua morte, surge o paradoxo de naquele Rosto estar inscrito o “Tu não matarás!”, na forma de imperativo ético inexorável. Como explicitado pelo próprio filósofo: “há sempre no Rosto de Outrem a morte e, assim, de certa maneira, incitação ao assassinato, tentação de ir até o fim, de negligenciar completamente a outrem – e, ao mesmo tempo, e esta é a coisa paradoxal, o Rosto é também o ‘Tu não matarás’” (Lévinas 2004:144).

3. A responsabilidade pelo Outro

A responsabilidade pelo Outro é, por conseguinte, “anônima” no sentido de que não recai sobre um “rosto” específico. O Rosto é tão somente o Outrem pelo qual assumimos responsabilidade. É a morte do Outrem que me importa e que me remete à minha própria morte. É como se abandonássemos completamente o egocentrismo, desviando nossa atenção inteiramente para o Outro, não importa quem ele seja ou o que ele faça. Por isso que, para Levinas, a relação que se forma entre o Mesmo e o Outro é assimétrica: “na relação ao Rosto, o que se afirma é a assimetria: no começo, pouco me importa o que Outrem é em relação a mim, isto é problema dele; para mim, ele é antes de tudo aquele por quem eu sou responsável” (*ibidem*:145). Esta assimetria importa dizer também que o Outro pode ser “o absolutamente fraco – ao que está absolutamente exposto, o que está nu e o que é despojado, é a relação com o despojamento e, por conseguinte, como o que está só e pode sofrer o supremo isolamento que se chama a morte” (*ibidem*:144). A sujeição do Mesmo ao Outro justifica a expressão de sermos um *ser-para-o-outro*. Mais importante ainda, o Rosto nos põe em contato com o próprio Infinito. Consoante afirmado por Levinas “A relação com o Infinito é a responsabilidade de um mortal por um mortal” (Levinas 1993: 131). E essa responsabilidade incondicional pelo Outro, poderia simbolizar, talvez, o desejo metafísico inconsciente de preservação da humanidade que, como multiplicidade sempre crescente de rostos, estaria num estado de relacionamento perpétuo com o Infinito. Segundo Levinas “No acesso ao rosto, há certamente também um acesso à ideia de Deus” (Levinas, 2007: 74). Na linha deste raciocínio, o filósofo assinala que “há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito” (*ibidem*: 74). E acrescenta:

“Para Descartes, reside aqui uma das provas da existência de Deus: o pensamento não pôde ter produzido algo que o ultrapassa: era necessário que este algo tivesse sido posto em nós. Logo, há que admitir um Deus infinito que pôs em nós a ideia do Infinito” (*ibidem*: 74).

Parece difícil desvincular a *Ética da Responsabilidade* de um fundamento teológico. Veja-se que esta total abertura para o *Outro*, em termos de responsabilidade, significa não somente um abandono de si mesmo como também uma dedicação completa ao *Outro*, sem mesmo esperar dele uma atitude de reciprocidade. Trata-se, sem dúvida alguma, de um ato de bondade extremado, beirando mesmo à santidade. Tanto assim que o próprio Levinas, ao responder uma pergunta formulada por François Poirié, afirmou: “Há santidade, decerto, em preocupar-se com algum outro antes de ocupar-se de si, de velar por algum outro, de responder a algum outro antes de responder a si. O humano é essa possibilidade de santidade” (Poirié 2007:93).

Outro aspecto interessante na *Ética da Responsabilidade* é a questão da culpa. Levinas nos remete a uma frase de Dostoievski, destacada do livro “Irmãos Karamazov”: “Cada um de nós é culpado diante de todos, por todos e por tudo, e eu mais que os outros”. Essa culpa deve ser entendida como pressuposto dessa “responsabilidade”. A situação de miséria, por exemplo, em que muitos outros se encontram, decorre, em última análise, de uma falta de responsabilidade de todos nós, habitantes deste planeta. A culpa é o reconhecimento da inação generalizada de todos em relação a todos. E a minha culpa se torna maior do que a de todos os outros justamente pelo fato de estar consciente de sua existência e de me manter na inação. Veja-se que até o inimigo “merece” a nossa “culpa”. Porque a situação de inimizade pode ter sido resultante de nossa própria displicência no dar-se ao *Outro*, suprimindo-lhe a carência. Conforme acena Levinas, “Que consideremos o outro como um inimigo pode acontecer e acontece com muita frequência! Eu só falei de santidade como uma possibilidade. Mas o humano, no ser, é esta possibilidade” (*ibidem*: 94). Veio-me à mente a célebre frase do Cristo, bem antes de sua morte na cruz, quando bradou: “Pai, perdoa-lhes porque não sabem o que fazem!” (*Lucas, cap.23, versículo 34*). E Levinas esclarece que aquele que consegue ver no inimigo o *Outro* é porque conseguiu atingir a “santidade” que é uma possibilidade no ser humano: “A possibilidade de entender a língua original do rosto de outrem em sua miséria e em seu mandamento ético, essa maneira de ultrapassar em seu próprio ser seu esforço de ser, esse des-interesse é o bem” (*ibidem*: 94). E o *mal* se materializa justamente quando o *Mesmo* desvia sua atenção do *Rosto do Outro*, recusando-lhe responsabilidade.

4. Conclusão

Finalizando este breve resumo sobre a *Ética da Responsabilidade*, imprescindível destacar-se que a *identidade* do “eu” se constitui a partir dessa relação com o *Outro*, dessa “responsabilidade” que o despoja de uma consciência extremada de *si-mesmo*. Nos dizeres do filósofo:

De facto, trata-se de afirmar a própria identidade do eu humano a partir da responsabilidade, isto é, a partir da posição ou da deposição do eu soberano na consciência de si, deposição que é precisamente a sua responsabilidade por outrem. A responsabilidade é o que exclusivamente me incumbe e que, humanamente, não posso recusar. Este encargo é uma suprema dignidade do único (Levinas 2007: 84).

De acordo com o Professor Hutchens:

“A ética da responsabilidade significa, para o objetivo inicial de esclarecimento, que nós nascemos em um mundo de relacionamentos sociais que não escolhemos e que não podemos ignorar” (Hutchens 2007: 35).

Referências bibliográficas

Livros

HUTCHENS, B.C. (2007). *Comprender Levinas*. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes.

JUNG, Carl Gustav (2006). *Memórias, Sonhos, Reflexões*. Trad. Dora Ferreira da Silva. 1ª ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

LEVINAS, Emmanuel (2007). *Ética e Infinito*. Trad. João Gama. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea.

_____. (2004). *Entre nós – Ensaio sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (coord.) et al. 3ª ed. Petrópolis: Vozes.

POIRIÉ, François (2007). *Emmanuel Lévinas: Ensaio e Entrevistas*. São Paulo: Perspectiva.

Texto citado

UEA04-aula 5: 04- UCB (Universidade Católica de Brasília – *Filosofia e Existência*).

Contradições entre a ordem jurídica e a necropolítica

Delmo Mattos*
Cristian de Oliveira Gamba**

Resumo

A necropolítica consiste numa moderna forma de gerenciamento dos contingentes populacionais excluídos, através da qual intensifica-se o processo de descarte da vida humana. A morte como técnica de governo garante a manutenção e a perpetuação das relações de dominação dentro de uma determinada realidade social. O objetivo do artigo consiste em debater o estabelecimento da necropolítica como forma de atribuir valores diferenciais à existência humana, definindo as estruturas valorativas da ordem jurídica contemporânea.

Abstract

Necropolitics consists of a modern way of managing excluded population contingents, through which the process of discarding human life is intensified. Death as a technique of government guarantees the maintenance and perpetuation of relations of domination within a given social reality. The aim of the article is to debate the establishment of necropolitics as a way of attributing differential values to human existence, defining the valuation structures of the contemporary legal order.

Palavras-chave: Morte. Necropolítica. Vida humana. Dignidade. Violência.

Keywords: *Death. Necropolitics. Human life. Dignity. Violence.*

Introdução

A compreensão da construção teórica realizada por Achille Mbembe, em sua obra denominada “Necropolítica”, exige que se realize uma prévia imersão em teorias e conceitos oriundos de autores que influenciaram de forma marcante a produção acadêmica do filósofo camaronês.

* Doutor em Filosofia pela UFRJ. Pós-Doutor em Teoria do Direito pelo PPGDIR da UFMA. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA e Programa de Pós-graduação em Direito da UniCEUMA.

** Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA).

Para isto, antes de adentrar propriamente na proposta de Mbembe, será realizada uma breve análise sobre dois pontos fundamentais: primeiramente, tentar-se-á delimitar as sutilezas que intermediam a relação entre poder e violência nas sociedades modernas. Em segundo lugar, apresentar-se-á os aspectos fundamentais que tangenciam os conceitos de Biopolítica, de Michel Foucault, e de Estado de Exceção, proposto por Giorgio Agamben, que formam a base a partir da qual o conceito de Necropolítica será inserido na análise das formas contemporâneas de dominação.

A dominação dos homens pelos próprios homens é tema que possui longínquos registros históricos, sendo que, na maioria das sociedades, é possível observar a existência de intrincados mecanismos destinados a promover e perpetuar as relações de poderio. A compreensão destes fenômenos perpassa, necessariamente, uma análise apurada sobre as inter-relações entre poder, violência e dominação estabelecidas em cada contexto histórico.

Contudo, hodiernamente, este fenômeno tem adquirido características peculiares, uma vez que a consolidação do modelo capitalista neoliberal trouxe uma nova feição às sociedades modernas, sendo estas marcadas por uma saturação do mercado de trabalho, gerando um considerável contingente de excluídos sociais que precisam ser geridos e controlados através da atuação estatal. Esta nova realidade tem contribuído para a intensificação do processo de descarte da vida humana, sendo a morte assumida como política fundamental dos Estados modernos.

Violência e poder: o campo de ação da dominação

Pode-se dizer que poder e violência sempre foram conceitos discutidos e trabalhados por diversos pensadores ao longo da história, contudo seus limites, contornos e articulações sempre foram nebulosos, comportando uma multiplicidade de abordagens. Hannah Arendt (2016, p. 60) destaca que a distinção entre poder e violência é essencial para compreensão das organizações políticas e sociais. Contudo, estes conceitos irremediavelmente foram tomados como sinônimos, pois referem-se a um núcleo comum e possuem uma mesma função, qual seja: garantir a dominação dos homens pelos próprios homens.

Segundo Arendt (2016) o poder baseia-se na legitimidade, este apenas se mantém enquanto um razoável grupo de indivíduos detém confiança numa determinada forma de gestão da vida pública. Já a violência é essencialmente instrumental, serve para reafirmar o domínio e instituir ou manter uma determinada situação fática. Neste ponto, destaca a autora que os governos se fundam com base no poder, ou seja, necessitam de uma parcela de legitimidade para serem exercidos, sendo que “jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios de violência” (2016, p. 67). Sendo assim, a violência é tolerada quando utilizada por um governo legitimado, que conte com o respaldo de uma parcela representativa da população.

Em que pese a distinção, os dois conceitos são, frequentemente, encontrados conjuntamente. Sua forma pura dificilmente é visualizada nas organizações político-sociais,

sendo que a violência surge onde o poder está em risco como forma de reafirmá-lo e garantir sua preservação. Todavia, a violência jamais será capaz de criar o poder, uma vez que sua utilização não gera legitimidade. É justamente neste ponto que Arendt conclui que “a violência pode destruir o poder; ela é absolutamente incapaz de criá-lo” (2016, p. 74).

Foucault também dedica grande espaço em suas obras para a análise das relações de poder existentes nas sociedades modernas. Nesta perspectiva, o autor questiona a concepção tradicional de poder, principalmente no que diz respeito ao fato de ser exercido verticalmente e de possuir uma localização geográfica. Para Foucault (2009, p. 242) o poder é fluído, exerce-se através de relações e possui configurações distintas a depender do espaço em que se manifesta¹. A partir desta perspectiva, Foucault destaca que o poder está intimamente relacionado com a dominação, que não derivaria exclusivamente do soberano, mas também decorreria das próprias relações estabelecidas entre os súditos (2001, p. 101).

Destaca ainda que o poder apenas pode ser exercido em uma sociedade onde exista liberdade. Neste caso, a ação dos governos incidirá sobre o campo de ação dos indivíduos. Todavia, determinados caminhos serão estimulados e outros dificultados ou inviabilizados de acordo com as relações estabelecidas de poder. Esta seria a estratégia mais eficiente de dominação, uma vez que é capaz de perpassar a aparência de uma falsa liberdade. Neste ponto, Foucault pontua que a distinção entre poder e violência reside no fato que a última rejeita totalmente a liberdade. Pelo contrário, sua utilização conduz ao total fechamento de possibilidade, buscando-se a submissão e a passividade:

Uma relação de violência age sobre um corpo, sobre as coisas; ela força, ela submete, ela quebra, ela destrói; ela fecha todas as possibilidades; não tem, portanto, junto de si, outro polo senão aquele da passividade; e se encontra uma resistência, a única escolha é tentar reduzi-la. Uma relação de poder, ao contrário, se articula sobre dois elementos que lhe são indispensáveis por ser exatamente uma relação de poder: que “outro” (aquele sobre o qual ela se exerce) seja inteiramente reconhecido e mantido até o fim como sujeito de ação; e que se abra, diante da relação de poder, todo um campo de respostas, reações, efeitos, invenções possíveis. (FOUCAULT, 2009, p. 243)

Isto não quer dizer que o poder prescindia da violência, seu exercício conjunto é compatível e, até mesmo, essencial para a manutenção de determinadas formas de

¹ Em decorrência deste entendimento, propõe que o poder deve ser estudado em sua microfísica, ou seja, a partir de suas formas reais de manifestação. Deste modo, critica a análise centralizada do poder, como se possuísse uma origem de onde emanam todos os seus efeitos. O poder não é único, ele é esparso e se manifesta através de relações. Deve-se sempre “ter bem presente que o poder é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem” (FOUCAULT, 2001, p. 102).

organização social. O exercício do poder conduz, inevitavelmente, a uma opressão do sujeito, que, apesar da aparente liberdade, se vê impelido a seguir determinados caminhos. Toda esta mortificação das individualidades levará, em algum momento, a estados de insatisfação e revolta que acabarão por demandar o uso da violência para manutenção do estado de dominação.

Como se percebe, poder e violência são conceitos distintos, que se viabilizam através de estratégias e mecanismos de execução próprios. Contudo, percebe-se que sua conjugação constitui estratégia fundamental para manutenção e propagação das relações de dominação existentes nas sociedades modernas.

Necropolítica e vida humana: gestão da vida e vidas sem dignidade

Ao cunhar o conceito de biopolítica², cujo significado corresponde ao característico modo de exercício do poder na modernidade, Foucault lança um novo marco para análise das organizações sociais e políticas³. A característica essencial da biopolítica residiria no estabelecimento de uma verdadeira gestão estatal sobre a vida e a morte. Através de um complexo conjunto de técnicas de vigilância e controle, os Estados gerenciam aspectos tangentes à vida biológica dos indivíduos, que passam a ser integrados no conjunto de decisões políticas, fazendo parte de uma estratégia geral de poder (FOUCAULT, 2008).

A vida humana e seus processos biológicos inerentes passam a ser objeto de aprofundado interesse estatal. Multiplicam-se mecanismos destinados a catalogar e controlar os mais ínfimos aspectos relacionados aos seres humanos, proliferam-se sistemas de registro de informações, mecanismos de obtenção de dados e ferramentas de vigilância e controle que se destinam a agregar o maior número de informações possíveis sobre os indivíduos.

Estes dados são irremediavelmente utilizados para direcionar as políticas estatais, empreendendo um verdadeiro processo de gestão das vidas humanas. Pode-se dizer que a principal faceta da biopolítica consiste na possibilidade de ditar quem deve permanecer vivo e quem deve morrer. Nas sociedades modernas, nem todos os indivíduos são indispensáveis, por isso, as políticas são direcionadas para eliminação daqueles considerados degenerados, anormais ou disfuncionais em

² Foucault destaca que existem três formas clássicas de exercício do poder: o poder soberano, o poder disciplinar e o biopoder. O poder soberano seria aquele cuja principal finalidade residiria em reafirmar a figura de autoridade. Para isto, sua exteriorização e publicização assumem papel fundamental, a dominação precisa ser explicitada e reafirmada rotineiramente. Já o poder disciplinar apresenta-se com um aparato silencioso, cuja função precípua seria a “fabricação/modificação/objetivação de um tipo específico de indivíduo com o intuito genérico de extrair seu potencial produtivo e neutralizar sua capacidade de mobilização política” (SOUZA; PASSOS, 2013, p. 68). Embora cada uma das formas de exercício do poder tenha predominado em momentos históricos distintos e, atualmente, o biopoder esteja presente em maior grau nas sociedades contemporâneas, isto não quer dizer que o poder soberano ou disciplinar não possam ainda ser encontrados em determinados espaços institucionais.

³ Posteriormente, vários autores revisitaram o conceito de biopolítica de Foucault para propor novos estudos sobre as relações de poder na contemporaneidade. Neste sentido, Agamben (2004), Mbembe (2018) e Butler (2015).

relação ao sistema produtivo (MATTOS; RAMOS; CRUZ, 2018, p. 1747). Além disto, os próprios mecanismos de poder criam estratégias destinadas a naturalizar a lógica do descarte humano, evitando maiores questionamentos sobre a eliminação de determinadas vidas.

Neste ponto, a nova forma de exercício do poder proposta por Foucault se baseia em dois pontos fundantes: primeiramente, que determinadas vidas precisam ser descartadas para a manutenção do sistema político. Em segundo lugar, que este processo de eliminação pressupõe, necessariamente, que as vidas possuam valores diferenciados, que sejam consideradas mais ou menos importantes a depender do direcionamento político daqueles que se encontram encarregados da gestão do poder.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 7a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 231-249.

_____. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 16a ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MATTOS, Delmo; RAMOS, Edith; CRUZ, Saile Azevedo da. A judicialização da saúde e a gestão biopolítica da vida: o Poder Judiciário e as estratégias de controle do sistema de saúde. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2019, p. 1745-1768.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3a ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

SOUZA, Denner Willian Flugge Souza; PASSOS, Aruanã Antonio dos. Soberania, Disciplina e Biopoder: Dimensões da analítica do poder em Michel Foucault. *Cadernos Zygmunt Bauman*, São Luís, v. 3, n. 5, p. 62-81, 2013.

A compreensão da liberdade na patrística de Santo Agostinho e o pressuposto da contratualidade nas relações humanas

Getúlio Nascimento Braga Júnior*

Marcelo Machado Costa Lima**

O ser particular não está só no mundo, tem companheiros de destino (consortes), e aqui, não apenas nesta ou naquela situação, mas durante toda a sua vida.

(O conceito de amor em Santo Agostinho, Hannah Arendt)

Resumo

O agir é uma expressão da força e da presença humana, mas também é uma responsabilidade que desafia a liberdade ao mesmo tempo em que deseja defini-la. Muitos autores ao longo da história humana trataram do tema. Aqui, Agostinho, é o observado em seu *Diálogo sobre o livre-arbítrio*, com a preocupação de tratar alguns conceitos e refletir sobre as inquietações da liberdade dentro das limitações conhecidas e algumas transpostas que por sutis são que nessa transposição, não são facilmente percebidas, para compreender, em linhas muito introdutórias e não tão gerais, até que ponto se compreende e se exerce a liberdade.

Abstract

Acting is an expression of strength and human presence, but it is also a responsibility that defies freedom at the same time that it wants to define it. Many authors throughout human history have addressed the topic. Here, in Agostinho, is the one observed in his Dialogue on free will, with the concern to deal with some concepts and reflect on the concerns of freedom within the known limitations and some transposed ones that by subtle are that in this transposition, they are not easily perceived, to understand, in very introductory and not so general lines, to what extent freedom is understood and exercised.

Palavras-chave: Liberdade. Vontade. Livre-arbítrio.

* Doutor em Filosofia IFCS/UFRJ. Professor UNESA / UCAM / Ibmec.

** Pós-Doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D'Annunzio" Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor no curso de Direito do Ibmec-RJ.

Keywords: *Freedom. Will. Free will.*

O homem e seu tempo

A primeira responsabilidade que o tema exige assumir é a de esclarecer, já nas primeiras considerações, o cuidado de não incidir em anacronismo e manter o cuidado em dispor os direcionamentos devidos a cada uma das áreas da Filosofia e do Direito, admitindo o diálogo sem apropriar-se indevidamente de conceitos que, mesmo com uma sensível estabilidade semântica, derivam incursões diferenciadas no tempo e nos autores que os embalam em suas reflexões. A primeira, a Filosofia, é entendida aqui mais fortemente como uma forma de saber, de compreender a realidade, ainda que dispondo de sistemas, conceitos, categorias e classificações acerca de seus temas em atravessamento à realidade. O Direito, por sua vez, já perfaz, naturalmente, um caminho metódico de denominações e correspondências pela necessidade de seu claro e imediato reconhecimento e, em especial, sua aplicação, a despeito da significativa e expressiva variedade de entendimentos e correntes doutrinárias nos institutos jurídicos conhecidos ou inominados. Falar sobre o instituto do contrato e pensar em uma referência medieval sugerem, exatamente, anacronismo e inapropriação, mas o problema a ser enfrentado é a vontade e, portanto, um arco conceitual e semântico que tem morada na Filosofia e no Direito. Mas uma inquietação ainda pode restar para essa abordagem, qual seja, por que um medieval? O filósofo que fora bispo em Hipona é trazido à reflexão porque, embora distante no tempo, registrou investigações, diálogos, debates, enfim, textos que em muito contribuem ainda hoje para pensar o nosso tempo e muitos dos nossos problemas. Para tanto, faremos uma visitação ao texto que estabelece referência à questão que o filósofo da patrística colocou diante do pensamento de Cícero com respeito ao problema da liberdade. A questão é suscitada no âmbito da inevitabilidade dos acontecimentos. O curso inelutável dos destinos assume aqui um traço distintivo pela condução que seria dada por uma programação anterior à vida e para ela, uma predeterminação, neste caso, de ordem divina dos acontecimentos, assim, sustentada por Cícero na concepção pelagiana que nesse modelo de causalidade compunha sua doutrina de pensamento. Cícero foi autor de *Hortensius* – obra que tratava do *elogio à sabedoria* e que Agostinho admirava profundamente, mas, a despeito da admiração por Cícero e a referida obra, o filósofo cristão da província de Cartago discordou do grande orador romano. Tal reflexão é desenvolvida na obra *Diálogo sobre o livre arbítrio* em que o intelectual que fora bispo de Hipona, Agostinho, debate sobre a questão da liberdade inadmitida se, de antemão, todos os acontecimentos estivessem predeterminados. Em origem, o questionamento estaria na onisciência divina que, se admitida, de fato, não haveria outra alternativa senão aquelas previamente conhecidas, permitidas ou estabelecidas pela divindade, uma aproximação clara do pensamento platônico com a diferença de que, no sistema de Agostinho, o mundo das ideias é o mundo divino – Deus, a ideia por excelência, o ideal é a perfeição divina, a teoria e causa de todas as coisas, trazendo inquietação para o tema da liberdade diante de uma

causalidade que é compreendida como a mente de um ser, ainda que esse ser, seja a sabedoria por excelência.

É natural que a inquietação imediatamente sequencial a estas primeiras considerações seria sobre que relações podem ser identificadas entre a obra, o filósofo, o tema e a contratualidade que intitula essa pequena reflexão. Muito bem, para iniciar a primeira resposta sem, naturalmente, aprofundar o tema, é importante compreender que havia interlocuções e entrelaçamento dos temas entre as instituições intelectuais, religiosas, políticas, jurídicas e filosóficas daquele tempo – como ainda há hoje –, notando que a Filosofia e a religião afetavam como maior força de pensamento todas as estruturas, inclusive jurídicas, daquele período da nossa história, o que se consolidou em um ambiente de permanente troca e referência para a tradição jurídica ocidental. Em consequência, é relevante observar que a formação de Agostinho e seu trabalho compõem uma fase e um grupo de intelectuais e influenciadores da organização do pensamento europeu que muito transita entre o helenismo e o cristianismo. Tal associação em muito também compila e concilia a ideia da filosofia como uma forma de vida. Com efeito, valores prementes da existência como, por exemplo, a liberdade e a própria vida encontram-se no núcleo das preocupações da filosofia, do cristianismo e, naturalmente, dos instrumentos de regulação social, tais como o Direito. De certo que as Instituições do Direito Romano conversaram, para dizer o mínimo, com a tradição helênica e cristã. Não se pode esquecer como o helenismo grego integra essa transição ao observar que o estudo da ética, da ontologia e da metafísica eram exaustivamente aprofundados pelos gregos, enquanto que para os romanos não assumiam essas palavras relevância própria, mas tão somente um eco dos trabalhos da antiguidade grega clássica e, como também já mencionados, da helenística e da filosofia cristã. E, por irrelevante que possa parecer deter-se em questões de natureza ontológica e metafísica, são precisamente tais problemáticas que suscitam os principais dilemas da vida humana, das angústias e das indecisões provocadas pela tortura da dúvida em não saber a mais sábia, prudente e ética ação, aquela que garanta uma genuína liberdade, que devolva o sujeito da ação à sua própria alma, atendendo ao conceito de *ethos* enquanto morada do ser, e, em certo sentido, ao âmago do sujeito. Assim, conceitos como Deus, alma e universo sempre foram temas sempre caros à uma grande parcela da humanidade que, por não os considerar concretos, os prescinde, mas vale lembrar que, quando o sujeito os desconsidera, perde a aptidão de lidar com os problemas que o vácuo de sua posição desencadeia nos constituintes imateriais da natureza humana e que afetarão suas decisões, para bem ou para mal.

O sujeito e o uso insipiente de sua liberdade ensejam prejuízo para si e para o outro, assim como o dano natural que a ofensa gera por lesão material ou moral sofrida, ainda que em sede íntima e não suportada pela detecção objetiva da realidade prática. E, não é possível negar que esses assuntos permanecem na pauta dos problemas cotidianos das pessoas através dos tempos e, ainda hoje, aqui mesmo no mundo, no Estado brasileiro e em sua sociedade civil, a incompreensão mais apurada da liberdade retornou, em um ambiente de restrições deflagrado por um problema com a saúde, por

uma nova pandemia e, novamente um tema caro para a sociedade civil. Essas temáticas são como pontos de radiação volitiva, mas são também dínamos das ações humanas. E o que se deseja refletir, em poucas palavras, é sobre como a problematização de Agostinho acerca da liberdade poderia nos trazer, em pontos de inflexão, uma madura forma de pensar e enfrentar nossa própria liberdade e questões sociais derivadas da mesma. Com efeito, se há relações humanas tidas como fundamentais e intocáveis no plano da contratualidade. Neste contexto, observar também se a figura humana tão só entendida como fundamentalmente vontade já seria o suficiente para encerrar essa proposta de reflexão, ainda que não expositiva. Mas ainda assim, a residência das interrogações permaneceria no plano da dogmatização e, portanto, sem ampla clareza de conteúdos, por mais sofisticado que o dogma sustentado possa ser. Sem o propósito de maior prospecção, a consideração dessa relação entre o humano e a vontade estará mantida no plano introdutório do diálogo mencionado sobre o problema, entre o orador e o filósofo. Na conversa com Evódio, dentro do diálogo sobre o *livre-arbítrio*, a compreensão de que a vida humana converge num anseio pela segurança progride a cada linha do diálogo. É o natural desejo de controle de suas próprias ações. Curioso é perceber que o não controle também poderia ser entendido como uma forma de segurança na medida em que não seria assumida qualquer responsabilidade sobre os acontecimentos – uma certa conformidade por conveniência. Em outro momento, como uma nova veste para o curso inelutável dos destinos que, na transição do helenismo para a filosofia cristã, neste caso, a patrística, é acolhido nas linhas da sabedoria divina da organização de tudo. A principal reflexão presente no diálogo é a de que o querer e a possibilidade de levar a efeito tal querer constituem distintos lugares da presença do sujeito enquanto partícipe do mundo e da realidade da qual se pode autoavaliar integrado – é esta construção que conduz ao desfecho da questão no trabalho. Quase tão valiosa quanto a própria identidade e o seu lugar, a volição e a concretização permanecem nos anais da história humana como instâncias importantes, cuja distinção implica um profundo inquietar pessoal, trazendo à luz outra angústia conceitual e prática, qual seja, a liberdade.

Os apontamentos problematizam e põem em discussão, o pelagianismo, monergismo, maniqueísmo e outras correntes que a teologia até se dedica a estudar quando o problema é a vontade e o controle da própria vida, das próprias ações e dos acontecimentos, porém, aqui, e muito brevemente, o que se pretende pontuar é a questão da liberdade a partir do *Diálogo sobre o livre arbítrio*. E o ponto nodal é a incompatibilidade da liberdade com um saber divino antecipado dos acontecimentos. Quando isso se dá, então ninguém seria livre porque de antemão Deus sabe todas as coisas e, portanto, todos os atos praticados pelo ser humano estariam previamente definidos, programados, predeterminados, e, assim, o pensamento de Cícero questionava a liberdade, isto é, não havia liberdade. Entretanto, Agostinho, primeiramente questiona o conceito que se tem de liberdade. Sendo a liberdade, neste contexto, pelo orador romano, entendida como a prática de um ato sem o prévio determinar ou tolher, ela refletiria que a simples presença da divindade inibiria a liberdade. Porém o filósofo cristão, Agostinho, discorda, primeiramente,

destacando que há uma distorção no conceito de liberdade. Pontua que o tolhimento das ações para redirecioná-las a outro predeterminado ato evidencia a deflagração de um ato que precisou ser evitado por algum paradigma da perfeição. Ora, então na reflexão filosófica do bispo de Hipona, o verdadeiro conceito de liberdade é estar inevitavelmente inclinado para o bem, na medida em que o bem não seria inibido pelo sumo bem, a própria divindade originária do bem. Assim, o Agostinho resolve a primeira questão por apontar que o conceito de liberdade estaria equivocado e, portanto, sequer poderia ser indagado. Mas uma outra questão permanece, qual seja, de que os atos pretendidos pelo ser humano não seriam levados a efeito. E para essa segunda indagação, Agostinho aponta que, na vontade, o homem é livre porque ainda que ele não consiga praticar todo ato que tem vontade de praticar, ele não pode ser impedido de ter a vontade de praticar o mesmo ato que não foi levado a efeito, e, assim, ao menos na vontade, o homem seria livre, mesmo que sem a concretude da vontade, esta permanece absolutamente livre no íntimo do homem interior para que ele trate como também desejar. Naturalmente que o diálogo apresenta uma sofisticação e complexidade que não foram aqui retraçadas em virtude da delimitação e da proposta do observatório, mas propõe uma aproximação de pontos a refletir.

Em assuntos de Direito Público ou de Direito Privado, o tema se desdobra com muita frequência e intensidade, embora não se perceba pela sua sutileza e que o desaviso desnute as discussões de tratos mais apurados, mas sabemos que a dedicação existe, é praticada e o caminho é longo. Uma referência muito sutil pode ser apontada na contratualidade, na medida em que, a despeito das muitas limitações e das muitas liberdades, permanece a autonomia da vontade como pressuposto fundamental da liberdade do contratar. A despeito das muitas discordâncias quanto as ações do Estado e da sociedade, permanece a vontade registrada em um documento constitucional a consagração da liberdade contratual entre a sociedade e o Estado.

Bibliografia

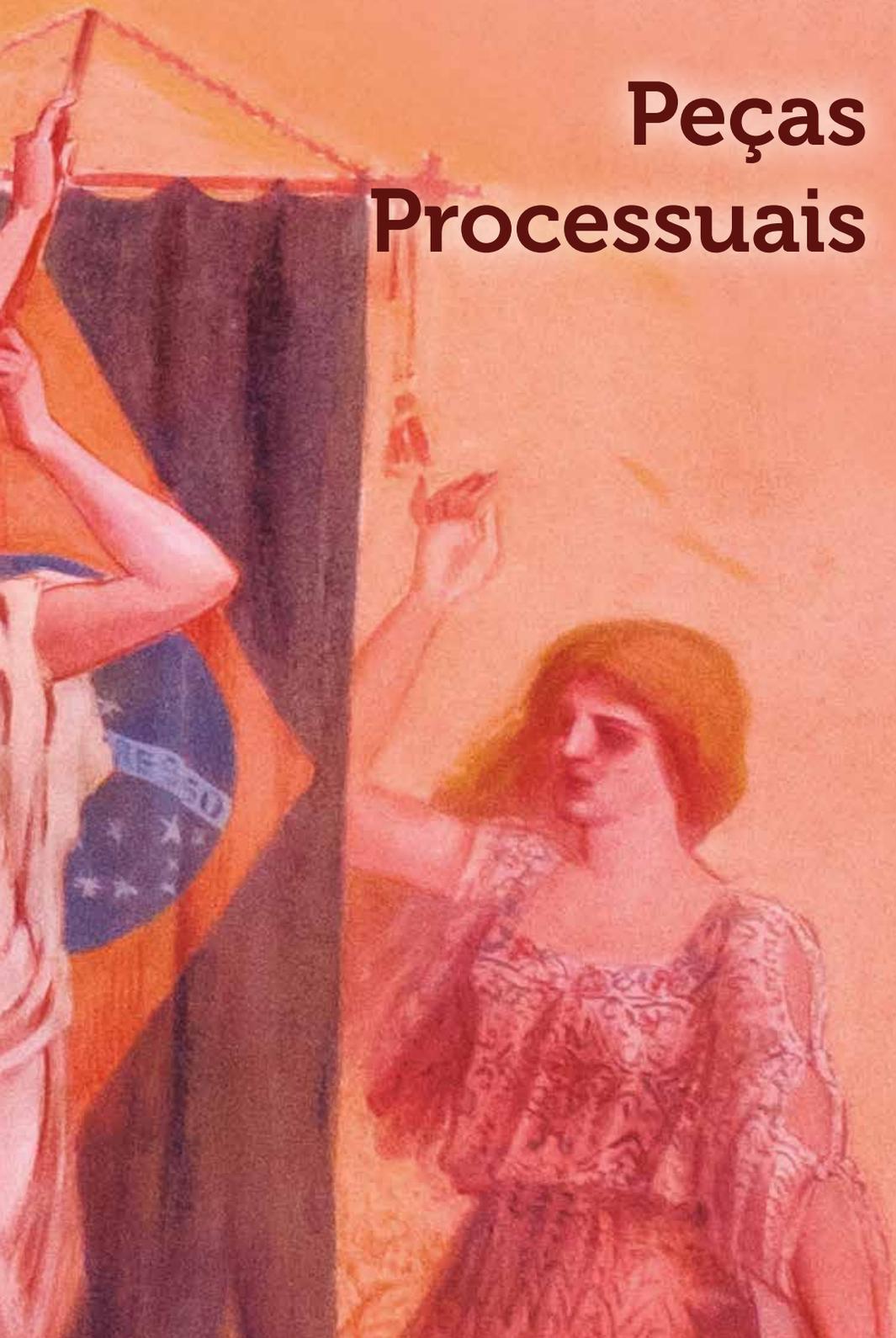
AGUSTINUS, Aurelius. *As confissões*. Trad. Arnaldo do Espírito Santo, João Beato e Maria Cristina da Castro-Maia de Sousa Pimentel. Lisboa: INCM, 2001.

_____. *Diálogo sobre o livre-arbítrio*. Trad. Paula de Oliveira e Silva & Paulo Farmhouse Alberto. Lisboa: INCM, 2001.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCESSO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA
SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E FINANÇAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTARIA SPF nº 001/2020

I

Trata-se de processo de gestão administrativa instaurado por meio da Portaria SPF nº 001/2020, da Secretaria de Planejamento e Finanças do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, remetido à Chefia Institucional em razão da efetivação de crédito suplementar ao orçamento do Ministério Público, na unidade orçamentária Fundo Especial do Ministério Público, no montante de R\$ 84.901.167,00 (oitenta e quatro milhões, novecentos e um mil, cento e sessenta e sete reais).

De acordo com a douta Secretaria de Planejamento e Finanças, por decisão da Chefia Institucional, o referido valor deverá ser transferido do Fundo Especial do Ministério Público para o Tesouro do Estado, como medida de auxílio à saúde pública, seriamente afetada pela pandemia do Covid-19.

Considerando que o ato de transferência de recursos implicará execução orçamentária da despesa e deverá ser precedida de ato autorizativo do Procurador-Geral de Justiça, gestor natural do Fundo, foi sugerido o encaminhamento dos autos a esta Consultoria Jurídica.

Em anexo, veio indexada a notícia acerca da transferência de recursos ao Governo do Estado, publicada no sítio desta Instituição (0113777).

Despacho da Assessoria Executiva remetendo o feito a esta Consultoria jurídica (0117243).

II

O objeto dos autos está associado à justificação e à fundamentação de ato da Chefia Institucional, a ser expedido com o objetivo de transferir recursos do Fundo Especial do Ministério Público para a execução orçamentária de outra estrutura de Poder, a saber, o Governo do Estado do Rio de Janeiro. Com isso, será possível auxiliar o Poder Executivo Estadual no atendimento à saúde da população do Rio de Janeiro.

No Estado, praticamente todos os leitos de UTI destinados ao tratamento de pessoas diagnosticadas com a Covid-19 estão ocupados, o mesmo ocorrendo com a rede de saúde da capital fluminense. Enquanto isso, hospitais de campanha construídos na Cidade do Rio de Janeiro com o objetivo de ampliar o número de vagas não estão em operação, carecendo de mão de obra e equipamentos. Não bastasse isto, ainda há notícias de malversação dos escassos recursos existentes, tudo em evidente prejuízo para a coletividade.

Alguns hospitais no Rio de Janeiro estão dividindo os seus espaços em dois, de modo a suprir a demanda tanto do Covid-19 quanto das enfermidades ordinárias já em andamento. O Estado é o segundo mais afetado pela pandemia e, para essa gestão emergencial, são exigidos recursos insuscetíveis de terem sido previstos quando da elaboração da lei orçamentária vigente no presente exercício financeiro.

Diante da pandemia do Covid-19, nos deparamos com a certeza de que as estruturas estatais de poder, cuja funcionalidade básica é a de servir à coletividade, devem somar esforços visando à maximização dos recursos disponíveis, em prol das iniciativas de proteção à saúde. Esses esforços também devem projetar-se, com igual força e intensidade, sobre a fiscalização da utilização desses recursos. Afinal, como ensinam as regras de experiência, junto com as galinhas vêm as raposas.

É com os olhos voltados a essas constatações que devemos analisar a transferência de recursos do Fundo do Ministério Público alviada pelo Procurador-Geral de Justiça, que certamente possui raízes nos fundamentos mais basilares do Estado Democrático de Direito, em especial a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde pública. Apesar de os objetivos serem nobres, é imperativo demonstrar a sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente, de modo a cobri-la com o manto da juridicidade.

II. 1. DA AUTONOMIA E DA GESTÃO FINANCEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, inclusive com a previsão de dotação orçamentária específica, foi inicialmente consagrada na Lei Complementar nº 40/1981 (art. 4º), cuja edição fora autorizada pela Emenda Constitucional nº 7/1977. Com o advento da Constituição de 1988, que conferiu contornos mais nítidos à posição do Ministério Público em relação às estruturas estatais de poder, essa sistemática foi mantida no art. 127, § 3º. Trata-se de dispositivo essencial, verdadeira pedra angular da autonomia da Instituição e da independência de seus membros, os quais não passariam de vãos ideários caso ausentes os recursos financeiros necessários à sua estruturação e manutenção.

A autonomia financeira, administrativa e funcional dos Ministérios Públicos dos Estados também foi objeto de previsão específica nos arts. 3º e 4º da Lei nº 8.625/1993. O parágrafo único do art. 3º dispõe que “as decisões do Ministério Público fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência

constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas”. Esse preceito não deixa margem a dúvidas quanto à completa autonomia do Ministério Público em relação às demais estruturas estatais de poder, em especial ao Executivo. Atuando *secundum legem*, será o Ministério Público o senhor de seus próprios atos, os quais não estão sujeitos à autorização ou ao referendo de qualquer outro órgão.

De acordo com o art. 4º da Lei nº 8.625/1993, “o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, encaminhando-a diretamente ao Governador do Estado, que a submeterá ao Poder Legislativo”. Os parágrafos do preceito, por sua vez, dispõem que “os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues até o dia vinte de cada mês, sem vinculação a qualquer tipo de despesa” (§ 1º) e que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido na Lei Orgânica” (§ 2º).

No tocante à dotação orçamentária, por evidente, múltiplos órgãos e instituições a possuem. Todo feixe de competências existente em um ente estatal, regra geral, necessita de recursos financeiros para bem desempenhar o seu mister. Os Departamentos Penitenciários, os Departamentos de Conservação de Estradas, as múltiplas Secretarias, enfim, todos os órgãos do Poder Executivo são contemplados com dotações orçamentárias. Aqui começa e termina a similitude com o Ministério Público e as demais estruturas estatais de poder. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão que dela resulta: as dotações dos referidos órgãos derivam de proposta orçamentária elaborada pelo Poder Executivo e são por ele geridas, sendo comum a existência de autorização legislativa específica para o remanejamento de tais dotações de um órgão para outro, sempre ao alvedrio do governante.

As dotações orçamentárias do Ministério Público e dos demais Poderes, ao revés, resultam de proposta orçamentária por eles elaborada, com posterior encaminhamento, ao Poder Legislativo, pelo Poder Executivo, o que decorre do princípio da unidade orçamentária. Somente eles, por seus respectivos Chefes, podem movimentá-las, o que é consequência direta de sua autonomia financeira. Nesse sentido, tem-se o já sedimentado entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Grave lesão à ordem pública e administrativa e às finanças estaduais, imputável à decisão liminar, em mandado de segurança, por meio do qual se atribuiu a disponibilidade das dotações orçamentárias do Ministério Público, por outrem, que não a legítima ocupante do cargo de Procurador-Geral de Justiça de Tocantins”. Essa conclusão, aliás, deriva da própria regra constitucional de repasse dos duodécimos, pois, fosse permitido ao Executivo remanejar a dotação consignada em favor de tais órgãos independentes, não mais haveria que se falar na forma de repasse consagrada no art. 168 da Constituição, pois a dotação originária seria paulatinamente reduzida, o que, ao ser dividida em doze partes, importaria na transferência de montante inferior àquele que resultaria

da operação realizada com a dotação integral, culminando em nítida afronta ao texto constitucional. Na medida em que as dotações orçamentárias são imprescindíveis à própria existência do Ministério Público e dos demais Poderes, evitando que sejam inferiorizados ou mesmo absorvidos pelo Poder Executivo, a conduta do governante que venha a remanejar indevidamente as dotações orçamentárias de tais entes poderá configurar o crime de responsabilidade previsto no art. 85, VI, da Constituição (“São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VI – a lei orçamentária) e no art. 10, 2, da Lei nº 1.079/1950 (“São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: (...) 2) exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento”), preceito este extensivo aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal por força do art. 74 da Lei nº 1.079/1950 (“Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crime nesta Lei”).

O Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, ao examinar a ADI nº 2.238-5, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão, por unanimidade, entendeu ser ilegítima a prevalência outorgada ao Executivo na prática de medidas de contingenciamento de dotações orçamentárias, conforme expressamente dispunha o art. 9º, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2000. Em que pese reconhecer a existência de limites específicos à realização da despesa pública, quer no âmbito constitucional, quer na esfera da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendeu o Tribunal que somente o Ministério Público e os demais Poderes poderiam contingenciar as dotações orçamentárias que receberam, não o Executivo. O julgamento, há pouco retomado, está prestes a ser finalizado.

Ainda em relação à autonomia do Ministério Público na gestão dos recursos alocados em prol da Instituição, a Lei de Responsabilidade Fiscal fartamente a reconhece: a) o Ministério Público é tratado como órgão da União ou do Estado, estando no mesmo patamar dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 1º, §3º); b) verificada a retração na realização das receitas, caberá ao Ministério Público (e não ao Executivo!) promover, “por ato próprio e nos montantes necessários”, a limitação de empenho e movimentação financeira (art. 9º, *caput*); c) o Poder Executivo deve disponibilizar ao Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do encaminhamento e sua proposta orçamentária, os estudos e as estimativas de receitas para o exercício subsequente (art. 12, § 3º); d) os Ministérios Públicos dos Estados e da União têm limites próprios para a realização de despesas com pessoal, os quais não se confundem com os do Executivo (art. 20, I, *d* e II, *d*); e) é expressamente prevista a sujeição do Ministério Público às normas de controle da despesa total com pessoal (arts. 21, parágrafo único; 22, parágrafo único; e 23, *caput* e § 4º, todos combinados com art. 20, § 2º, I); f) o Ministério Público está sujeito às normas de contenção dos restos a pagar (art. 42 combinado com art. 20, § 2º, I); g) o Ministério Público, a exemplo dos demais Poderes, deve emitir relatório resumido da execução orçamentária (art. 52) e da gestão fiscal (art. 54, IV); h) o Ministério Público deve prestar contas ao Tribunal de Contas (art. 56); i) o Ministério Público deve manter sistema de controle interno

de suas contas, estando, igualmente, sujeito à fiscalização do Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 59); j) o conselho de gestão fiscal, responsável pela avaliação da política e da operacionalidade da gestão fiscal, será integrado por representantes de todos os Poderes, do Ministério Público e da sociedade civil (art. 67); k) a partir da entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Ministério Público adequou a sua despesa total com pessoal e com serviços de terceiros aos limites previstos em lei (arts. 71 e 72).

Como se constata, em nenhum momento o sistema concebe o Ministério Público como mero apêndice de outro Poder, mas, sim, como uma Instituição dotada de individualidade própria e sujeita às mesmas obrigações dos demais órgãos independentes. Consagra-se, assim, a garantia do *self-government*, detendo o Ministério Público total autonomia para a gestão das dotações consignadas na lei orçamentária, arcando com o ônus daí decorrente. A Constituição da República, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei de Responsabilidade Fiscal apresentam um nítido encadeamento lógico, garantindo e operacionalizando a autonomia financeira do Ministério Público.

A preocupação com uma gestão fiscal séria e eficiente pode ser igualmente constatada pelo teor do § 6º do art. 127 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *verbis*: “Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais”.

Conforme visto, o tratamento dispensado aos recursos disponíveis e àqueles decorrentes de superávit financeiro, bem como o ato de transferência para o Fundo Especial do Ministério Público, que nada mais é do que uma unidade financeira vinculada à própria Instituição, são matérias estranhas ao Poder Executivo. Embora não haja outra estrutura de poder passível de realizar juízos de valor a respeito da forma de gestão dos recursos orçamentários e financeiros afetos ao Ministério Público, a Instituição está vinculada, de modo total e irrestrito, à ordem jurídica.

II. 2. DA NATUREZA DAS RECEITAS QUE COMPÕEM OS FUNDOS ESPECIAIS

Os fundos especiais são constituídos por receitas específicas, vinculadas por lei à realização de determinados objetivos e serviços. *In casu*, a Lei nº 2.819, de 7 de novembro de 1997, que criou o Fundo Especial do Ministério Público, destinou-o ao aparelhamento e à modernização do Ministério Público, por meio de ações específicas, consistentes em (i) elaboração e execução de programas e projetos; (ii) construção, ampliação e reforma das dependências destinadas ao Ministério Público; (iii) aquisição, ampliação e modernização dos serviços de informática; e (iv) aquisição de material permanente. Ainda segundo o diploma normativo de regência, é vedada a aplicação de suas receitas em despesas de pessoal.

As receitas que lhe serão destinadas, bem como o detalhamento das despesas passíveis de serem realizadas com recursos do Fundo Especial do Ministério Público são disciplinados em lei ordinária. Apesar disso, cumpre observar que as origens desse Fundo podem ser encontradas no art. 170, § 3º, II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que prevê a necessária vinculação, às finalidades da Instituição, dos recursos não originários do Tesouro Estadual, a exemplo do que vem sendo historicamente feito em relação aos honorários sucumbenciais.

Portanto, os recursos dos fundos especiais, a exemplo daqueles vinculados ao Ministério Público ou à Magistratura, são de uso exclusivo para as finalidades específicas autorizadas pela lei de regência. Entre essas finalidades, não está prevista a possibilidade de ser realizada transferência intergovernamental de caráter voluntário, a qual sequer encontraria respaldo em algum programa de trabalho da Instituição. Afinal, diversamente dos entes federativos, o Ministério Público, concebido em sua individualidade, não realiza operações dessa natureza. Diversamente das transferências obrigatórias, que decorrem de imposição normativa, a exemplo a repartição das receitas tributárias, prevista nos arts. 157 a 161 da Constituição de 1988, a transferência voluntária reflete um juízo de valor e consubstancia manifestação, inclusive, do federalismo cooperativo. Reflete a decisão de os entes federativos se envolverem ou apoiarem projetos desenvolvidos ou conduzidos em outras esferas.

Acresça-se que a pura e simples transferência voluntária faria com que se autorizasse, pela via indireta, a realização de despesa não amparada pelas finalidades do fundo.

A imperiosa adstrição de certos fundos a finalidades específicas foi devidamente considerada pelo próprio poder reformador ao promulgar a Emenda Constitucional nº 93/2016, na qual foi prevista a desvinculação de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, de 30% da receita dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas. De acordo com o art. 76-A, parágrafo único, V, essa desvinculação não alcançaria os “fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal”. Portanto, diversamente ao que se verifica em relação a outros Fundos, cujos valores decorrentes de impostos, taxas e multas, que lhes seriam destinados, devem ser reduzidos em 30%, o mesmo não ocorreria com os Fundos excepcionados.

II. 3. DA DESTINAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO A OUTRAS ESTRUTURAS DE PODER

Não obstante a impossibilidade de transferência intergovernamental de recursos integrados ao Fundo Especial do Ministério Público, é factível que estamos em uma situação de absoluta anormalidade, com reflexos diretos para a população do Estado do Rio de Janeiro.

É do conhecimento de todos que a pandemia agravou o déficit financeiro no Estado do Rio de Janeiro, de modo que as receitas estimadas não serão realizadas, enquanto as realizadas serão insuficientes para fazer face às despesas decorrentes do Covid-19. Previsões iniciais indicam que serão arrecadados R\$ 11 bilhões a menos com o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e R\$ 4 bilhões a menos com os royalties do petróleo¹. Com isso, o déficit deve ser superior a R\$ 25 bilhões ao final do exercício de 2020², consequência facilmente perceptível mesmo para um leigo, já que o isolamento social estrangula a atividade econômica, com reflexos diretos na capacidade contributiva de cada pessoa, natural ou jurídica.

O efeito devastador da pandemia sobre a economia do Estado não só aconselha, como exige que o Ministério Público, respeitando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, atue em prol do interesse público e busque colaborar, de algum modo, para a superação desse verdadeiro estado de guerra.

Embora seja exato afirmar que o Ministério Público somente pode empregar os recursos do Fundo Especial para a realização das despesas autorizadas em lei, o que é simplesmente inegável, deve ser reconhecido que a Instituição tem plena autonomia para avaliar a sua situação interna e estabelecer uma interlocução com as demais estruturas de poder. A partir de um paralelismo cartesiano, parece perfeitamente possível que a lei que vinculou a receita a uma finalidade específica e que aprovou o orçamento anual venha a conferir-lhe uma destinação diversa. Para que isso seja possível, é necessária uma manifestação expressa da Instituição externando a possibilidade de dispor dos recursos que ensejaram a instauração do presente expediente, bem como que o Poder Legislativo, a partir de provocação do Poder Executivo, delibere pela sua integração ao orçamento desta última estrutura de Poder.

Considerando a vinculação dos recursos a finalidades específicas, o que impede a transferência intergovernamental, parece-nos essencial a participação do Poder Legislativo para a abertura dos créditos suplementares, ainda que o Poder Executivo, em caráter geral, já esteja previamente autorizado a fazê-lo – *vide*, nesse particular, a Lei Estadual nº 8.485/2019 - LDO/2020, art. 10, *caput*; e a Lei Estadual nº 8.731/2020 - LOA/2020, art. 5º, VI. A iniciativa desse pedido será do Poder Executivo, já que a temática está afeta ao orçamento que irá gerir.

Quando o Ministério Público, livremente, toma a iniciativa de disponibilizar parte dos recursos vinculados ao Fundo Especial da Instituição para que possam vir a ser utilizados em medidas de prevenção e combate à pandemia do Covid-19, o faz em prol do interesse público, visando a um fim republicano. A maneira de preservar a juridicidade é permitir que os recursos vinculados ao Fundo sejam dele destacados,

¹ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/estados-comecam-a-calcular-perdas-de-arrecadacao-com-coronavirus.shtml>. Acessado em: 13.05.2020.

² Jovem Pan > Notícias > Brasil > RJ pode ter perda de arrecadação de R\$ 25 bi por causa do coronavírus. Acessado em: 13.05.2020.

sem a realização de despesas não permitidas, e, ato contínuo, sejam reintegrados ao orçamento pelo Poder Legislativo.

II. 4. DO DEVER DE TRANSPARÊNCIA PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DAS RECEITAS DO FUNDO ESPECIAL AO GOVERNO DO ESTADO

Considerando a funcionalidade do Fundo Especial do Ministério Público, ao que se soma a constatação de que outras estruturas de poder realizarão juízos de valor sobre a juridicidade da medida a ser adotada por Vossa Excelência, é essencial que a operação seja cercada de total transparência. Essa medida é particularmente relevante em razão do caráter *sui generis* da operação a ser realizada, que pode eventualmente receber uma leitura distinta por parte de outros atores do sistema.

Para que a transparência seja alcançada, é essencial que o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas do Estado tenham pleno conhecimento a respeito da posição da Instituição em relação à disponibilização de recursos incorporados ao seu Fundo Especial.

III

À luz desse quadro, entende esta Consultoria Jurídica que a transferência de recursos do Fundo Especial do Ministério Público, ao Poder Executivo, pressupõe aquiescência expressa da Instituição e edição de lei em sentido formal, considerando o caráter vinculado dos referidos recursos, de modo a possibilitar a sua utilização na abertura de créditos suplementares.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2020.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2ª PROVEDORIA DE FUNDAÇÕES DA CAPITAL

Referência: Procedimento Administrativo MPRJ nº 2011.00681981

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARA EXAME DE CONTAS FUNDACIONAIS. Prestação de contas por fundação de direito privado sob velamento do Ministério Público. Dúvida quanto ao prazo prescricional da pretensão sancionatória ministerial diante do silêncio das normas de regência. Adoção de prazo quinquenal seja em aplicação analógica *in bonam partem* de norma constitucional estadual para exame de contas de fundações públicas pela Corte de Contas, seja por incidência direta de lei local, ressalvada a imprescritibilidade de dano ao erário decorrente de transgressão de direito administrativo

DECISÃO MINISTERIAL

Trata-se de procedimento administrativo instaurado para análise de contas do exercício de 2009 pela FUNDAÇÃO FLORA DE APOIO À BOTÂNICA, deflagrado em 28.06.2011 (*vide* fl. 02).

Documentos relacionados às demonstrações contábeis financeiras da Fundação no exercício de 2009 – fls. 19/59.

Informação da Contadoria do MPRJ indicando os documentos faltantes, necessários para análise das contas da Fundação – fls. 62/63.

Manifestação da entidade fundacional com documentos – fl. 71/90.

Parecer Contábil nº 0266/08/2016-PJF da Contadoria do MPRJ, ofertado em 23 de outubro de 2014, no sentido da não aprovação das prestações de contas do exercício financeiro de 2009 da Fundação Flora de Apoio à Botânica – fls. 94/99.

Promoção ministerial determinando a notificação da Fundação para apresentação de manifestação sobre o parecer contábil retro – fl. 101.

Nova informação da Assessoria Contábil do MPRJ, datada de 28 de setembro de 2016, mantendo a não aprovação das contas da Fundação – fls. 116/118.

Ata de reunião realizada entre o Ministério Público e os Representantes da Fundação em 20 de novembro de 2016, para tratar de assuntos relacionados às demonstrações contábeis do exercício de 2009 – fl. 121.

Ofício da Fundação remetendo documentos pertinentes à demonstração contábil, com novos esclarecimentos – fls. 126/199.

Promoção ministerial determinando a remessa dos autos à Contadoria para elaboração de nova informação – fl. 197/198.

Parecer Contábil nº 0101/03/2017-PJF da Contadoria do MPRJ, datado de 08 de dezembro de 2016, mantendo a orientação acerca da não aprovação das prestações de contas do exercício financeiro de 2009 da Fundação Flora de Apoio à Botânica – fls. 202/205.

Decisão ministerial, de lavra da Exma. Dra. Daniela Abritta C. R. de Freitas, datado de 07 de abril de 2017, de não aprovação das contas da Fundação no exercício de 2009, com determinação de expedição dos ofícios de praxe – fls. 207/209.

Ata de reunião, realizada entre o Ministério Público e a Fundação no dia 06 de julho de 2017, para tratar de assuntos relacionados à não aprovação das contas referentes ao exercício de 2009 – fl. 230.

Demonstrativos financeiros e outros documentos contábeis da Fundação – fls. 231/265.

Promoção ministerial de fls. 263-verso mantendo a desaprovação das contas referente ao exercício financeiro de 2009.

Nova promoção ministerial reconsiderando a manutenção da desaprovação de contas de fls. 263-verso, com remessa do procedimento à Contadoria do MPRJ – fl. 171.

Informação Contábil nº 071/07/2019-PJF da Contadoria do MPRJ, datado de 29 de janeiro de 2019, concluindo pela não aprovação das demonstrações contábeis e das atividades sociais desenvolvidas pela Fundação do exercício financeiro de 2009 – fls. 275/285.

Ofício da Fundação Flora solicitando dilação de prazo para remessa de novos documentos – fls. 290 e 295.

Decisão de sobrestamento – fls. 299/301.

Manifestações complementares ofertadas pela Fundação Flora relacionadas ao conteúdo da informação contábil nº 071/08/2019 – fls. 305/307.

Volveram os autos. Este, o breve relato. Passa-se à criteriosa análise.

Prefacialmente, cabe ponderar que não mais persiste interesse jurídico *in casu*, nada mais justificando o prosseguimento do presente, impondo-se a BAIXA.

Tenha-se que incumbe ao *Parquet* o velamento de fundações de direito privado, por força na forma do disposto no Novo Código Civil/2002 (artigos 62 e seguintes), no Novo Código de Processo Civil (artigos 764 e 765), pela Lei nº 13.151/2015, pela Lei de Registros Públicos, pela Lei nº 8666/1993 (artigo 29, inciso III), Lei nº 8.958/ 1994, pela Lei nº 12.101/2009 e pela Lei Complementar Estadual nº 106/2003.

Além disso, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro atribuiu ao Procurador-Geral de Justiça o múnus de disciplinar a matéria, por meio de resolução. Neste contexto, foram expedidas as Resoluções GPGJ nº 68, de 20 de novembro de 1979, e nº 1887, de 26 de dezembro de 2013, que estruturaram o Sistema de Velamento de Fundações, estabelecendo e criando órgãos de execução no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Cumpre salientar que,

nos termos do artigo 13 do último ato normativo, permanecem em vigor, naquilo que não conflitem com a Resolução GPGJ nº 1887, as normas da Resolução GPGJ nº 68.

Especificamente quanto à aprovação de contas, tal múnus deve ser compreendido para além de singela revisão contábil, somente encontrando justificativa ontológica à luz do angular papel parquetiano de INCENTIVADOR de desenvolvimento do terceiro setor. Destaca-se a seguinte lição doutrinária acerca do tema:

(...) função de fiscal se dirige ao controle finalístico do que está sendo realizado, dando-se mais importância ao apoio jurídico e incentivador do desenvolvimento das pessoas jurídicas de direito privado. (...)

No aspecto fiscal, o Ministério Público apenas auxilia o controle financeiro da pessoa privada, com a realização de autoria contratada pela mesma, para procedimento de aprovação de contas.

Não devemos confundir atribuições de criação de critérios para maior transparência com obrigação de fiscalização tributária das receitas geridas.

Se houver indícios de desvios na atividade ou mesmo abusos na percepção de remuneração aos profissionais da fundação, cabe ao Ministério Público a comunicação à Receita Federal para as investigações que lhe são próprias.

Não devemos achar que a nossa função é de fiscal das contas das fundações. Nossa finalidade é direcionada, primordialmente, ao seu desenvolvimento, através da produção de dados oficiais que auxiliem o governo e essas pessoas jurídicas de direito privado no crescimento do setor, hoje propulsor da efetividade de direitos da pessoa. (FABIÃO GUASQUE, Luiz. O Estado Liberal, as Fundações e Associações Civas instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, RJ (10), 1999, p. 132-134)

Neste sentido, obviamente há de se compatibilizar o exame contábil com o papel peculiar do *Parquet* na seara fundacional. Vexata quaestio: *qual seria, afinal, o prazo prescricional da pretensão ministerial de rejeição de contas prestadas in casu?*

De plano, há de ser ressalvada a imprescritibilidade de dano ao erário decorrente de transgressão de direito administrativo.

A uma, a imprescritibilidade do dano ao erário independe do agente causador do dano, seja ele servidor público ou não, porquanto a regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos, não apenas dos agentes

públicos – fundações de direito privado, portanto, ali incluídas. Nada mais consentâneo com o princípio da isonomia.

Nessa linha, também o voto do Ministro Edson Fachin, no julgamento do RE 669.069, quando afirma que “o art. 37, §5º, é cristalino ao estabelecer a prescrição dos atos ilícitos como regra, independentemente da qualidade do agente, quer seja ou não ele agente estatal (servidor público)”.

Sustenta, acertadamente, que o texto constitucional, ao se referir ao termo “agente” de forma lata, genérica, pretendeu não fossem aqueles que praticam atos danosos isentos da ação de ressarcimento, “independentemente da sua qualidade de agente, independentemente da natureza do ilícito que tenham praticado”.

Vale ainda divisar danos decorrentes de ilícitos civis, ainda quando contra a Administração Pública, daqueles decorrentes de violações a direito administrativo.

Com efeito, a questão apreciada no Tema 666, da Repercussão Geral, cujo processo paradigma foi o RE 669.069, teve a tese conclusiva de prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, em sentido estrito. O Tema 666 da Repercussão Geral não abrangeu causas referentes a atos de improbidade administrativa ou cometidos no âmbito de *relações jurídicas de caráter administrativo (estas, objeto do Tema 899)*, mas apenas atos danosos ao erário que violem exclusivamente normas de Direito Privado. Esclarecedoras, neste ponto, foram as palavras do Ministro Teori Zavascki, no exame dos embargos de declaração no recurso extraordinário acima indicado:

3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: *não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante.* Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio. Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de

improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado [DJe 29 jun. 2016 – ênfase acrescida].

Assim, ressalvada a hipótese de imprescritibilidade de dano ao erário decorrente de transgressão de direito administrativo, admitido, pois, o perecimento da pretensão de tomar contas fundacionais ante o decurso do tempo, há de se perquirir qual seria, afinal, tal lapso temporal.

De um lado, há quem vislumbre aqui a incidência do prazo prescricional DECENAL geral do artigo 205 do Novo Código Civil¹, com o entendimento de que não houve, no regramento jurídico, previsão específica.

Contra tal entendimento, hão de ser rememoradas as palavras de advertência do eminente Conselheiro LUCIANO NUNES MAIA FREIRE no âmbito do Pedido de Providências nº 1.00932/2019-15, *in verbis*:

(...) o longo prazo decorrido para a conclusão das prestações de conta não se mostra proporcional e o processo, aparentemente, não se revela eficiente, já que mesmo diante do decurso de anos (quase uma década), os documentos e os esclarecimentos requisitados parecem não satisfazer o órgão ministerial responsável pelo controle.

O trâmite do exame de prestação de contas de fundação por quase uma década não representa uma atuação ministerial lastreada pela resolutividade e razoabilidade, o que, a um só tempo, causa prejuízo e insegurança jurídica para as atividades das fundações e para as próprias Promotorias de Justiça em virtude do “abarroamento de seus serviços auxiliares com procedimentos cujo final nunca é alcançado...”

Pouco ou nada contribui o exame serôdio de contas fundacionais, disto não se extraindo nenhuma utilidade concreta que justifique mesmo a própria atuação ministerial, enquanto incentivador do terceiro setor. A ninguém serve rejeições extemporâneas de contas antigas e, por consequência, de situações fundacionais consolidadas (e quiçá bem absorvidas ou até superadas).

Lado outro, há quem sustente que o prazo seria TRIENAL, com lastro no prazo prescricional ditado pelo § 3º, VI, alínea “b”, do artigo 206 do Novo Código Civil².

¹ Art. 205. A prescrição a lei não ocorre em dez anos, quando lhe haja fixado prazo menor.

² Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: (...) b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento;

Incorre-se aí, *suma venia concessa*, no equívoco de confundir administrador com entidade administrada, cada qual com personalidades jurídicas próprias e com regimes prescricionais distintos, incidindo quanto ao primeiro, por expressa determinação legal, prazo trienal, sem, contudo, haver lastro lógico para sua extensão em prol da última. Veja-se, adrede, que o termo *a quo* do prazo prescricional do primeiro (contado da assembleia em que o gestor apresentou suas contas) difere daquele para as fundações (de sua efetiva entrega ao MP ou, se silente, do dia 30 de junho do ano seguinte ao exercício a que se refira, data terminal da prestação).

Noutro dobro, em posição intermediária, tem-se prazo prescricional QUINQUENAL, seja em aplicação analógica *in bonam partem* do prazo prescricional ditado pela Constituição Estadual para exame de contas de fundações públicas pela Corte de Contas, seja por incidência direta de norma legal estadual, ressalvado o prazo trienal em favor do administrador da fundação.

Na esteira do entendimento do grande administrativista JORGE ULISSES JACOBY³, na lacuna da lei ministerial e pela maior proximidade para com a atividade pública desempenhada pelo *Parquet*, há de se aplicar analogicamente norma de direito administrativo (e não de direito privado – a afastar o prazo geral decenal do Código Civil).

De se ressaltar que as pretensões anulatória e sancionatória da Administração Pública Estadual observam prazo quinquenal, por força do artigo 74 da Lei Estadual de Procedimento Administrativo (Lei Estadual nº 5427/2009)⁴, cujo artigo 53, §3º,⁵ aduz, inclusive, à sua aplicação a “poderes” e “órgãos com autonomia constitucional”. Nesta esteira, ARIDES LEITE SANTOS, em seu exauriente artigo “O Reconhecimento da Prescrição pelo Tribunal de Contas da União”, assim professor:

Consolidação do prazo de cinco anos na esfera administrativa:

A Lei nº 8.443/1992 não impõe limite temporal para o exercício do direito de imputar débito e multa, o que permite ao TCU vir a exercer tal direito, em tese, a qualquer tempo. O caso Amarante/PI é indicativo dessa realidade. No entanto, o legislador estabeleceu

³ “Dentre as várias normas, a que guarda maior identidade com as situações do controle externo e com a matéria de direito público, notadamente administrativo, é a lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, por regular norma bastante semelhante, pertinente à prescrição da ação punitiva diante do poder de polícia” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003).

⁴ Art. 74. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Estadual, direta e indireta, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

⁵ Art. 53. A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé. (...) § 3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado.

regras de prescrição e de decadência para o exercício de atividades administrativas específicas, adotando o prazo de cinco anos como lapso temporal a partir do qual prescrevem/decaem certas pretensões/direitos da Administração exercitáveis contra seus agentes e/ou administrados, conforme pode ser verificado nos seguintes casos, citados a título de exemplo: “ação disciplinar” 13 para a punição de servidor com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão [Lei nº 8.112/1990, artigo 142, I: a]; “ação punitiva” da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia [Lei nº 9.873/1999, artigo 1º]; sanções administrativas por infrações cometidas no exercício de atividades de abastecimento de combustíveis [Lei nº 9.847/1999, artigo 13, § 1º]; direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário [Lei nº 5.172/1966, artigo 173]; direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários [Lei nº 9.784/99, artigo 54].

Em todos esses casos, exemplificativos, o legislador fixou o prazo de cinco anos para a prescrição/decadência de direitos/pretenções exercitáveis pela Administração na esfera administrativa.⁶

De fato, por perfeita e harmônica simetria entre estas fundações (públicas e privadas) e seus órgãos de controle (TCE e MP), é mesmo intuitivo que mereçam tratamento isonômico. Isto é, se ao Tribunal de Contas cabe examinar em um lustro as contas das fundações públicas, de igual prazo deverá beneficiar-se a fundação privada quando do exame de suas contas pelo Ministério Público.

Neste sentido, assim discorreu a Corte Suprema:

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. É plausível a incidência do prazo prescricional quinquenal às multas aplicadas pelo Tribunal de Contas da União. 2. Medida liminar deferida. [...] A autoridade impetrada sustenta nas informações que não exerce poder de polícia, e sim controle externo previsto constitucionalmente. Assim, entende inaplicável a Lei nº 9.873/99, e, em razão da inexistência de disposição específica acerca de prazo prescricional, defende a incidência do lapso decenal geral, previsto no art. 205 do Código Civil. No entanto, como já defendi em estudo sobre o tema (“A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99”, in: *Temas de direito constitucional*, tomo I, 2ª ed., 2006, p. 495-532), o direito

⁶ Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-reconhecimento-da-prescricao-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Consulta em: 29 abr. 2020.

administrativo tem autonomia científica, razão pela qual não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão com recurso às normas de direito civil, e não às de direito administrativo. Como se sabe, o prazo prescricional referencial em matéria de direito administrativo é de cinco anos, seja contra ou a favor da Fazenda Pública, como decorrência de um amplo conjunto de normas: Decreto nº 20.910/32; CTN, arts. 168, 173 e 174; Lei nº 6.838/80, art. 1º; Lei nº 8.112/90, art. 142, I; Lei nº 8.429/92, art. 23; Lei nº 12.529/2011, art. 46; entre outros. (MS 32.201/DF – Relator: Luís Roberto Barroso).

Embora encontre em outro fundamento o lapso quinquenal de prescrição (refutando a incidência da Lei Estadual nº 5427/2009, embora, de forma algo incongruente, admitindo-a para fins de causas interruptivas), confira-se trecho do voto proferido em sessão de 01/09/2016 pela Conselheira MARIANNA M. WILLEMANN nos autos do processo TCE-RJ 210.470-1/02, que sumariza o entendimento da matéria pela Corte de Contas de nosso Estado:

(v) Conclusões: Diante de tudo que foi exposto, entendo pertinente a fixação dos seguintes parâmetros objetivos, que visam a orientar a análise de eventual incidência de prescrição na atuação sancionatória deste Tribunal:

- 1) A pretensão punitiva desta Corte de Contas está sujeita à prescrição;
- 2) A Lei Complementar Estadual nº 63/90 é omissa em relação ao prazo aplicável;
- 3) A Lei Estadual nº 5.427/09 não se aplica à atividade de controle externo deste TCE/RJ, mas apenas à função administrativa;
- 4) Diante da omissão legislativa, torna-se necessário o emprego da analogia com outras normas existentes em nosso ordenamento jurídico;
- 5) A analogia deve ser feita com as normas de direito público, mais próximas das características que envolvem a atividade de controle externo;
- 6) O art. 205 do Código Civil se aplica às lacunas existentes em matéria relacionada ao direito privado;
- 7) *O prazo quinquenal é uma constante em diplomas legislativos de direito administrativo e deverá ser aplicado ao exercício da pretensão punitiva por este Tribunal;*
- 8) *Especificamente nos processos de prestação e tomada de contas, a pretensão punitiva sujeita-se ao prazo assinalado pelo art. 125, XII, da CERJ⁷ para julgamento das*

⁷ “Art. 125 – Compete ao Tribunal de Contas do Estado, além de outras atribuições conferidas por lei: (...) XII - Julgar as prestações ou tomada de contas e registrar os atos de pessoal que a administração não puder anular em até cinco anos contados do término do exercício seguinte àquele em que estas lhe tiverem sido apresentadas. (...) § 5º - A pretensão punitiva do Tribunal de Contas prescreverá quando a paralisação da tramitação de feito ultrapassar o prazo de 05 (cinco) anos.”

contas – qual seja: cinco anos desde o término do exercício seguinte àquele em que as contas forem apresentadas, desde que posteriormente à entrada em vigor da EC nº 57/2014;

9) Nas demais hipóteses, o termo *a quo* do prazo prescricional será a data em que o Tribunal tomar conhecimento dos fatos envolvidos;

10) As causas interruptivas e suspensivas deverão observar, de forma analógica, a disciplina prevista no art. 74 da Lei Estadual nº 5.427/09, mais próxima à hipótese em exame;

11) No curso do processo, a prescrição intercorrente encontra-se sujeita ao art. 125, § 5º, da Constituição Estadual, que trata da paralisação do processo, por mais de 5 (cinco) anos, por inércia desta Corte.

Por fim, tenha-se que mesmo prazo é traçado para a ação popular⁸, que muito se identifica com o instituto ora sob análise na medida em que ambos pretendem controle de atos de interesse social (públicos, na ação popular, e privados, na seara fundacional), ambos à luz do primado participativo (lá, relegado aos cidadãos; aqui, confiado ao MP, enquanto defensor da cidadania *lato sensu*⁹).

Feita esta longa, mas necessária digressão, seja por aplicação analógica da norma constitucional estadual, seja por incidência da lei local, ambas acima referidas, firmado o entendimento acerca do PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL da pretensão de exame de contas fundacionais, resta reconhecer, no caso *sub examen*, que esta já se operou em 27/06/2016, fulminando o interesse de eventual impugnação, pontuado que não há indícios mínimos de dano ao erário por transgressão de norma de direito administrativo.

Impende observar que a h. promoção de fl. 171 reconsiderou a precedente desaprovação, ceifando-lhe, assim, quaisquer efeitos, inclusive interruptivos de prescrição.

Outrossim, pontue-se que, em consulta ao acervo do órgão de velamento, foi verificada a existência do Inquérito Civil nº 20/2019 (MPRJ nº 2019.00033116), em que se investiga a regularidade de atuação da Fundação junto ao Instituto Jardim Botânico do Rio de Janeiro, materializada pelo convênio 0201.000732/2009-78, sendo certo que a licitude de tal ajuste não está compreendida no objeto de averiguação desta prestação de contas.

A *latere*, é imperioso reconhecer que a necessidade de reorganizar estrategicamente o órgão de execução, otimizando seus recursos operacionais finitos e definindo quais fundações não de merecer aprofundamento de exame contábil, seja por sua classificação de alto risco, por reclamações pontuais, diante de ressalvas pelos órgãos de controle, por rejeições pretéritas, em face de indícios de danos ao erário ou até por simples amostragem (aleatória, mas, aqui, com viés estratégico).

Sobre atuação estratégica e eleição de prioridades, é de se rememorem as lúcidas palavras lançadas pelo Exmo. Promotor de Justiça DANIEL LIMA RIBEIRO

⁸ Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

⁹ A acepção ampla de CIDADANIA vai além, como se sabe, à seara eleitoral. Cabe ao *Parquet* não apenas sua defesa no estrito senso eleitoral, mas também em sua mais larga significação. Neste sentido, *vide* por todos HUGO NIGRO MAZZILLI (*in: Regime jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 728 p.).

em *leading case* submetido e acolhido *in totum* pelo egrégio Conselho Superior do Ministério Público¹⁰:

4- O problema [...]

- A duração dos procedimentos tende a aumentar – Com um número maior de procedimentos competindo por recurso limitado de tempo de análise (as horas máximas de trabalho por dia), ou se reduz o tempo dedicado à análise de cada fase de procedimento ou, caso mantido o mesmo tempo, aumenta a duração de cada procedimento até sua conclusão. Isso porque, na segunda hipótese, o intervalo entre providências em cada inquérito tende a aumentar, assim como o número de providências por inquérito em um ano tende a diminuir.

- A qualidade das providências adotadas tende a cair – A regra da Corregedoria que impõe limite de 40 (quarenta) dias para procedimentos paralisados tende a controlar o efeito do aumento da duração dos inquéritos causado pelo aumento do acervo, conforme descrito no item anterior. Com isso, tende a predominar o efeito de se reduzir o tempo dedicado a cada análise de fase de procedimento, o que tende a resultar na queda de qualidade das análises. Os inquéritos mais complexos tendem a levar mais tempo até sua conclusão do que os mais simples – normalmente seguindo a mesma escala de significância do problema subjacente;

- Nos dois casos, a qualidade da providência final tende a cair – A demora na conclusão dos inquéritos é indesejável sob diferentes aspectos. Em primeiro lugar, porque com o passar do tempo as evidências do que se investiga tendem se dissipar, prejudicando a solução efetiva do problema. Além disso, a distância no tempo entre fato investigado e providência final faz com que o MPRJ deixe de ser preventivo e deixe de contar com maior apoio da opinião pública. Como também existe a cobrança pela conclusão de procedimentos quando sua duração ultrapassa períodos longos, as providências finais tendem a ser equivocadas. No caso de ajuizamento de ações, isso se mostra por pedidos genéricos e sem base analítica robusta.

- O MPRJ tende a produzir resultados menos prioritários – Os únicos casos com soluções efetivas e rápidas são os menos complexos – os sintomas e não as causas. O direcionamento da atuação passa a gravitar em torno de sintomas de problemas sociais e não de suas causas. Questões estruturais de políticas públicas deixam de ser

¹⁰ Consulte-se IC 2016.003847902, oriundo da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital.

abordadas, assim perpetuando o aparecimento de novos sintomas dos problemas;

- O ciclo se retroalimenta – Ações propostas sem base analítica estruturada tendem a levar mais tempo até sua conclusão. Ainda mais quando o próprio MPRJ, que não investigou como poderia com seu poder de requisição de dados, postula a realização de perícia para a instrução do processo. Com a demora na conclusão de processos, o acervo judicial também tende a crescer. O maior número de ações em andamento compete ainda mais, e com prioridade, pelo tempo disponível para as análises de cada fase dos inquéritos em andamento. Por fim, a falta de solução estrutural e, assim, efetiva para os problemas sociais faz com que seus efeitos causem outros problemas, cujos sintomas chegam ao conhecimento do MPRJ reclamando providências.

[...]

8 - Para isso, é preciso aprender com as melhores práticas de auditorias e consultorias complexas. É preciso eleger prioridades. É preciso aceitar que qualquer equipe – de investigação, auditoria ou consultoria – não pode se dedicar a vários projetos de análise ao mesmo tempo e esperar êxito em todos eles, em um curto espaço de tempo. [...]

A esta última corrente aqui se filia, na esteira do referido precedente deste colendo Colegiado, que, vale a nota, foi confirmado seguidas vezes no âmbito de mais de uma centena de arquivamentos promovidos, com tal viés, pelas 1ª e 3ª Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital ao longo dos anos de 2017 e 2018, sendo, nestas oportunidades, efusivamente aplaudida a iniciativa.

Outrossim, efeito prático do reconhecimento da prescrição da pretensão ministerial *in casu* é a APROVAÇÃO das contas – ainda que em caráter meramente formal –, devendo, no entanto e por criteriosa cautela, ser a emissão do pertinente atestado de regularidade DIFERIDA para após a comunicação revisional pelo egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

Em Enunciados aprovados de molde a orientar o julgamento das matérias submetidas ao seu reexame obrigatório, assim cunhou o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, *ipsis litteris*:

ENUNCIADO CSMP Nº 56/2016: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE MERAMENTE FORMAL QUE NÃO FOI MEIO PARA A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO OU IMPOSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE

DANO AO ERÁRIO. Caberá homologação da decisão de arquivamento do procedimento preparatório ou do inquérito civil, quando for constatada a inexistência ou a incorreção de livros ou controles; contabilidade ou tesouraria deficientes; o inadequado controle de bens, ou da dívida ativa ou passiva, desde que regularizadas; e que não tenham sido meios para a prática de atos de improbidade. Ausente, em qualquer caso, o dano ao erário, ou havendo, já for objeto de persecução pela própria Administração Pública.

Referência legislativa: Lei nº 8.429/92, arts. 9º e 10. Data da aprovação: 29 de junho de 2016. Data da modificação: 13 de fevereiro de 2020, com vigência após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação. Objeto: Reformulação do Enunciado CSMP nº 56.

Precedentes, informativos e repositórios jurisprudenciais: EREsp. 479.812. AgRg no REsp 1065588. Fonte de publicação: Diário Oficial Eletrônico do MPRJ de 13.02.2020.

ENUNCIADO CSMP Nº 63/2020: APURAÇÃO DE ATO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INSUFICIÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE PROVAS. NÃO COMPROVAÇÃO OU IMPOSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. Caberá homologação da promoção de arquivamento do procedimento preparatório ou do inquérito civil se, no curso da investigação, ficar comprovada: a prescrição, a insuficiência ou a inexistência de provas da prática de atos de improbidade administrativa e a ausência de dano ao erário ou a impossibilidade de sua demonstração. Referência legislativa: Lei Federal nº 8.429/92, artigos 9º, 10, 11 e 23.

Data da aprovação: 13 de fevereiro de 2020, com vigência após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação. Objeto: Unificação dos Enunciados CSMP nºs 12/2007 e 21/2007. Fonte de publicação: Diário Oficial Eletrônico do MPRJ de 13.02.2020.

Isto posto, nos termos do artigo 12º da Resolução CNMP 174/2017¹¹ e com espeque nos ENUNCIADOS CSMP nºs 56/2016 e 63/2020, determina-se seja comunicado por ofício o arquivamento ao MD. Conselho Superior, com cópia da presente, sem necessidade de remessa dos autos, devidamente instruído na forma da súmula

¹¹ Art. 12. O procedimento administrativo previsto nos incisos I, II e IV do art. 8º deverá ser arquivado no próprio órgão de execução, com comunicação ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, sem necessidade de remessa dos autos para homologação do arquivamento.

colegiada¹², com cópia da presente e da portaria de instauração do PA. Para fins de publicidade, afixe-se no átrio desta sede cópia da presente, com certidão nos autos. Notifique-se a fundação, inclusive acerca da aprovação formal de suas contas do ano *sub oculis*, sujeita à ulterior ciência ao órgão colegiado revisor.

Aguarde-se, pois, a sobrevinda de manifestação do e. CSMP por até 60 dias, volvendo, após, com ou sem, inclusive para, se não houver ressalvas, a emissão do pertinente atestado de regularidade quanto ao ano respectivo.

Data supra.

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR

Promotor de Justiça

¹² Súmula CSMP nº 8: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO. COMUNICAÇÃO AO CSMP. INSTRUMENTALIDADE. Após o arquivamento do Procedimento Administrativo, é suficiente, para fim de comunicação, a expedição de ofício ao Conselho Superior do Ministério Público, instruído com cópia da respectiva promoção, da portaria que instaurou o procedimento e, se for o caso, do documento que formou a *opinio* do oficiante, sem a necessidade de remessa dos autos. Referência legislativa: Lei Federal nº 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, II; art. 30; Lei Complementar nº 106/2003, art. 41, II, “a”; Resolução CNMP nº 174/17, art. 8º, I, II e IV; art. 12 e Resolução GPGJ nº 2.227/18, arts. 32, 33, 36 e 37. Data de aprovação: 05 de outubro de 2017. Data da modificação: 13 de fevereiro de 2020, com vigência após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação. Objeto: Reformulação da Súmula CSMP nº 08. Fonte de publicação: Diário Oficial Eletrônico do MPRJ de 13.02.2020.

PEÇA PROCESSUAL

DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0049608-64.2020.8.19.0000

AGRAVANTE: PX EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

AGRAVADO 1: MASSA FALIDA DE BANCO BRJ S/A (REP/P/S/ADMINISTRADORA JUDICIAL R2A SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA.)

AGRAVADO 2: RUBEM PEREIRA DA SILVA JUNIOR (REPRESENTANTE DA AJ)

RELATOR: DES. CELSO LUIZ DE MATOS PERES

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIREITO FALIMENTAR. DIREITO PROCESSUAL. FALÊNCIA DO BANCO BRJ S/A. DESPACHO DETERMINADO DESENTRANHAMENTO DE PEÇAS AO FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO DE CREDORA. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

- 1) Processo complexo apesar da questão de fundo ser simplória.
- 2) Intervenção necessária do *Parquet*. Titularidade da aferição da existência de interesse público.
- 3) Inexistência de conteúdo decisório a ser desafiado via agravo de instrumento. Despacho de mero expediente como consequência de outra decisão recorrida. Inaplicabilidade da teoria da relativização da taxatividade. Não conhecimento do recurso que se impõe.
- 4) Preliminares que se confundem com o mérito. Pedido de reserva fulcrado em inexistente liquidez de título que se revela absurdo.
- 5) Parte dispositiva de decisão, proferida pelo Juízo de Direito da 24ª Vara Cível, que, por não ter sido recorrida, acarretou a caracterização de coisa julgada material e formal. Iliquidez e incerteza que se tornaram indiscutíveis. Título a ser liquidado para possibilitar a habilitação como credora por parte da Agravante.
- 6) Existência de embargos de declaração com efeitos infringentes, opostos no agravo de instrumento nº 0059629-36.2019.8.19.0000, em trâmite junto à 12ª Câmara Cível, rediscutindo a liquidez e certeza do título apresentado pela Agravante. Caracterização de litispendência, por identidade de partes, causa de pedir e pedido, como novo obstáculo processual.

7) Pedido de reserva que demanda esclarecimentos quanto à competência para fazê-lo. Inteligência do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 e §§ 1º, 2º e 3º. Competência fixada para a 24ª Vara Cível e/ou 12ª Câmara Cível.

8) Por sua vez, o pedido de anulação dos efeitos da publicação do quadro de credores não se sustenta diante da conclusão de que o crédito da ora Agravante é ilíquido.

9) Pedido de interrupção dos pagamentos do rateio e de desautorização do pagamento dos honorários que não tem amparo legal.

10) Pretensão relacionada à reintegração das peças processuais da Agravante que não pode ser acolhida, sob pena de indevida interferência na correta condução do feito pelo juízo falimentar.

11) Por fim, quanto às medidas sugeridas no combate às eventuais irregularidades, não vislumbra o *Parquet* o suporte necessário para adotá-las, até mesmo porque, já acompanhadas pelos órgãos competentes.

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. NO MÉRITO, PELO SEU DESPROVIMENTO.

Colenda Câmara,
Exmo. Sr. Desembargador Relator,

1.0. NOTA INTRODUTÓRIA

DA COMPLEXIDADE DO FEITO

Inicialmente deve ser registrada a complexidade do feito como um todo, que abrange não somente o presente recurso de Agravo de Instrumento, como também o processo falimentar com todas suas nuances, todos os seus incidentes processuais, todos os recursos e ainda, principalmente, a ação de cobrança onde se reconhece a possibilidade de existência de um substancial crédito a favor da PX EMPREENDIMIENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. em face da Massa Falida do Banco BRJ S.A.

Quanto ao processo falimentar (nº 0050550-35.2016.8.19.0001), conta ele hoje com 8.661 fls., o que, por si só, já é um indicativo de sua complexidade, desafiando os operadores de direito que nele atuaram (e atuarão), desde o MD. Juiz de primeiro grau, que sempre revelou sua competência e integridade, passando pelos representantes do Ministério Público que foram exemplo de tenacidade e respeito aos credores. Ganha destaque também o próprio Administrador da Massa Falida e os advogados

dos inúmeros credores que foram, do mesmo modo, exemplo de combatividade respeitosa e elegante, chegando, por fim, às cortes deste TJ/RJ e do próprio STJ.

Estará, portanto, sempre presente neste Parecer, a preocupação com a clareza dos fatos e do processo. Assim, após esta nota introdutória, um segundo momento inaugura-se com um relatório (Prolegômenos) onde três pontos se destacam como pressupostos, ou prefácio, a saber: 1) a decisão atacada; 2) a interposição do agravo e suas razões; 3) a decisão monocrática do MD. Relator. Complementa-se o relatório com as contrarrazões apresentadas e seus argumentos. Em um terceiro momento, descreve-se mais detalhadamente as nuances processuais que formam um pequeno histórico da presente demanda. Em um quarto, levanta-se uma preliminar relacionada ao exercício do múnus do *Parquet*. Passa-se, em um quinto momento, a falar sobre uma preliminar – em destaque – de não conhecimento por inexistência de conteúdo probatório. Em um sexto momento, as lentes se voltam para as demais preliminares que se confundem com o mérito do presente Agravo. Por fim, toca este Parecer nos pedidos de providências formulados pelo Agravante.

2.0. PROLEGÔMENOS

2.1. DA DECISÃO ATACADA

A decisão atacada é complexa e traz em si uma série de decisões sendo necessária uma preliminar separação do que importa ao Agravante, e seus pretensos interesses, e que poderiam constar como causa de pedir no presente recurso.

São somente duas as referências a PX Empreendimentos e Participações Ltda., ora Agravante, constantes na decisão prolatada pelo juiz de piso. Na primeira referência, assim se expressa o ilustre Magistrado *a quo*:

Note-se que a PX Empreendimentos e Participações Ltda. (index 7751) apresentou-se nos autos. *Contudo, tal empresa não está arrolada como credora da massa. Antes, ao contrário, teve seu intento repellido por decisão expressa do Juízo e apresentando recurso não teve deferido o efeito suspensivo. Assim, determino o desentranhamento das peças contendo sua manifestação (index 7751 e 7815). (fls. 7939 item 4).*

A segunda referência à Agravante PX Empreendimentos e Participações Ltda, onde o Magistrado de primeiro grau somente relembra, *em expressão entre parêntesis*, que a Agravante não é credora e, portanto, suas razões não seriam (como de fato não foram) consideradas, evitando-se, assim, majorar o tumulto processual já instalado e que impede a finalização do processo. Afirma o Magistrado:

[...] MUNICÍPIO (valendo lembrar que a PX Empreendimentos e Participações Ltda. não está elencada como credora na falência e, por isso, sua manifestação não será considerada) (fls. 7940).

É este o conteúdo atacado pelo presente agravo.

2.2. DAS RAZÕES E DOS PEDIDOS DO AGRAVO

Em agressivo petitório, a Agravante relata a ineficácia de seu manejo com os recursos processuais interpostos na presente demanda – e em outras circunscritas – e insiste em um ponto específico como causa de pedir: a liquidez e certeza de seu crédito, expresso em uma nota promissória/garantia no valor por ela atualizado de R\$ 49.622.256,76 (quarenta e nove milhões, seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e cinquenta e seis reais e setenta e seis centavos), o que proporcionaria a sua classificação como credora da massa falida no quadro geral de credores.

Com esta causa de pedir, formula nove pedidos enumerados, mas que podem ser reduzidos, a saber:

1) A concessão de antecipação da tutela *Inaudita altera parte* para oficiar o Juízo da 4ª Vara Empresarial, da Comarca da Capital – TJRJ, *determinando a reserva de crédito*, na importância de R\$49.622.256,76 (quarenta e nove milhões, seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e cinquenta e seis reais e setenta e seis centavos) até a homologação em definitivo dos valores exigíveis apresentados em cumprimento de sentença. Fundamenta este pedido na velha arguição de liquidez e certeza de uma nota promissória, especialmente a que apresenta.

2) A concessão dos efeitos tutela *Inaudita altera parte* para suspender os efeitos da decisão de fls. 7939-7941, para:

- a) tornar ineficaz a publicação do Quadro Geral de Credores de fls. 8.165;
- b) interromper os pagamentos relativos ao rateio dos ativos da falência;
- c) desautorizar os vultuosos pagamentos extraconcursais até o julgamento do presente recurso relacionado com honorários.

3) A concessão dos efeitos tutela *Inaudita altera parte* para que o juízo da 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro reintegre as petições de fls. 7751 e 7815, nos autos do processo falimentar nº 0050550-35.2016.8.19.0001. Ora, argumenta: sendo o título líquido e certo e sendo a Agravante considerada credora da Massa, suas peças processuais devem ser reintegradas aos autos.

4) A intimação da Agravada, na pessoa do seu representante legal, para apresentar defesa, sob pena de revelia.

5) *A intimação do MP para que tome ciência da presente e tome as medidas que entender de direito.*

6) *determinar em definitivo a reserva de crédito.*

7) determinar *em definitivo* a reintegração nos autos das petições de fls. 7751 e 7815.

8) Que torne nula a publicação do Quadro Geral de Credores de fls. 8.165.

9) A comunicação dos fatos aqui expostos à Corregedoria Geral de Justiça e ao CNJ, porque, embora já acompanhem o caso, seria de grande valia a comunicação de tais fatos.

Por fim, de forma pouco compreensível, pede que a Câmara seja uma aliada na guerra contra os alegados desmandos judiciais sofridos pela Agravante, principalmente relacionados à 12ª Câmara Cível deste E. Tribunal, e ao próprio Superior Tribunal de Justiça, o que, em tese, explicaria a pouca eficiência do manejo processual.

2.3. DA DECISÃO DO MD. RELATOR

O Agravo, a pedido, foi distribuído por dependência a esta E. Câmara Cível, sendo remetido ao ilustre Desembargador Celso Luiz de Matos Peres, que lavrou a decisão de *index* 000114.

Nesta decisão monocrática, o insigne Desembargador entendeu que os argumentos apresentados na exordial do presente agravo se mostravam sólidos e com um forte colorido de veracidade, por um lado. Por outro, acreditou que o direito alegado pela Agravante estaria em risco de perecimento. Considerou, do mesmo modo, que a competência para conhecer o recurso de agravo era na realidade da 10ª Câmara Cível do TJ/RJ.

Com fundamento nestes três pressupostos, apresentados como razões de decidir, concedeu as medidas liminares requeridas e:

a) suspendeu, “temporariamente, os efeitos da decisão de fls.7939/7941, determinando a abstenção de qualquer pagamento relativo ao rateio dos ativos falimentares de qualquer natureza”.

b) deferiu, “igualmente, os pleitos contidos nos itens ‘1’ e ‘3’” (vale dizer, determinou a reserva de crédito, na importância de R\$49.622.256,76 (quarenta e nove milhões, seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e cinquenta e seis reais, e setenta e seis centavos), bem como a pretendida reintegração das peças de fls. 7751 e 7815, que foram desentranhadas por força do despacho de fls. 7939/41.

Do mesmo modo, e pelos mesmos fundamentos, determinou que fosse expedido imediatamente ofício ao Juízo Falimentar dando ciência da decisão da reserva pretendida e deferida e a imediata reintegração das peças processuais desentranhadas. Determinou, ainda, a intimação dos Agravados para oportunizar suas manifestações e a “abertura de vistas ao MP *porque se trata de decisão proferida nos autos de demanda falimentar, sendo obrigatória a atuação do Ministério Público.*”

2.4. OUTROS DADOS DO RELATÓRIO

As *contrarrazões da Massa Falida* foram juntadas no índice 000167. Em breve síntese, alega que o recurso não pode ser admitido porque não cabe agravo contra despacho, sem conteúdo decisório; que o objeto deste recurso está pendente do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0059629-36.2019.8.19.0000, junto à 12ª Câmara Cível; destaca que o juiz natural para apreciar o pedido de reserva de crédito é aquele da lide de cobrança e não o falimentar, nos moldes do § 3º, do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005, transcrevendo em seu favor a ementa do Conflito de Competência nº 95.627/SP, Min. Relator FERNANDO GONÇALVES, Segunda Seção do STJ, julgado em 09/12/2008, nesse sentido.

Por outro vértice, imputa má-fé às atitudes da ora Agravante e adentra na contestação do próprio crédito por ela apresentado. *Alega que a PX realizou inúmeros saques ao longo de vários meses, não tendo incluído em seus cálculos esses saques.* Por outro prisma, na dita atualização de valores, capitalizou juros indevidos, empregou índices incorretos de correção monetária, além da taxa efetiva contratada e, sobre essa soma, aplicou novos juros e nova correção monetária pelos índices do Tribunal, ignorando o *status* da liquidação judicial e da falência. Haveria, assim, a necessidade do exame da contabilidade do Banco falido, no intuito de verificar exatamente os valores aplicados e sacados, de modo a apurar a existência de algum saldo credor e aplicar um fator de atualização correto. Afirma que a agravante não iniciou a fase de liquidação, ainda que provisória, até a presente data (Decisão datada de 2013), inexistindo o vultoso crédito alegado.

Destaca-se, também, o *Agravo interno interposto pela Massa Falida do Banco BRJ S/A* no índice 000183, pugnando pela reforma da decisão que deferiu a reserva de crédito e as demais providências processuais expressas na peça exordial do presente Agravo.

Para tanto argumenta que, nos autos da ação de cobrança distribuída pela ora agravante, protestou que a PX Empreendimentos teria sacado mais valores do que depositado, sendo devedora do saldo histórico de R\$ 515.797,06. Contudo, a sentença aplicou o CDC e considerou possível a existência de crédito a favor da ora agravante, a ser apurada em liquidação de sentença. Alega, ainda, é bom que se repita, equívoco nos cálculos de atualização monetária da nota promissória (não computou os saques, por um lado, mas, por outro, computou juros indevidos, correção monetária além da pactuada, dentre outros), bem como a não aplicação dos benefícios previstos na legislação falimentar.

Repisa que o juízo da 24ª Vara Cível reiterou a necessidade da liquidação do crédito. Sustenta, do mesmo modo, que a recorrente pretende, na verdade, reformar a decisão que lhe foi desfavorável no outro Juízo, tanto *a quo* (24ª VC) quanto *ad quem* (12ª CC). Reitera os argumentos expostos na peça de contrarrazões. Finaliza asseverando que a decisão do juízo falimentar vem ao encontro das decisões proferidas tanto pela 24ª VC como pela 12ª CC, nelas se embasando para indeferir o pleito de reserva, destacando que *“não se pode determinar ao mesmo tempo a reserva do*

crédito e a suspensão dos pagamentos aos credores da Massa Falida”, impedindo o prosseguimento do processo.

Agravo interno interposto pela sociedade Bittar, Lombardi e Advogados Associados no índice 000196, também pugnano pela revogação das medidas deferidas, apontando vício na fundamentação da decisão que deferiu o pleito de reserva de crédito e suspendeu os pagamentos, em razão de seu nível de abstração. Este defeito (abstração) dificulta o direito de defesa dos que pretendem impugnar o pronunciamento. Argumenta, ainda, que “o poder geral de cautela não é um salvo conduto para se superar o constitucional dever de fundamentação dos pronunciamentos judiciais, data venia, principalmente quando esse agir por prudência, contraditoriamente, desencadeia concretos prejuízos a terceiros”, referindo-se à paralisação do processamento da falência, que obistou o pagamento dos credores, inclusive trabalhistas.

Realçando que a quantia do crédito extraconcursal destinado aos escritórios de advocacia ficou resguardada, liberada apenas na proporcionalidade da moeda dos quirografários, restando a parte controversa separada, alega que os credores tiveram seus interesses colocados abaixo dos interesses de mero “credor em potencial”.

Retalhando a decisão da douta Relatoria, a sociedade rebate cada trecho do *decisum* que deferiu o efeito suspensivo, consagrando a pretensão da sociedade PX Empreendimentos Ltda., cuja interposição de Agravo se afigura uma verdadeira aventura jurídica. Cita os dispositivos da legislação falimentar para discorrer sobre a qualidade de potencial credora e de seu crédito ilíquido e incompatível com a pretendida análise nos estreitos limites do recurso incidental, eis que ainda não existente o direito de reserva de crédito nos autos da falência. Afirma, ainda, a deslealdade processual por parte da sociedade agravante original, que poderia ter se valido do instrumento processual próprio, ou seja, o incidente de impugnação.

Com base nas explanações apresentadas pela falida em peça de aclaratórios ofertadas em outro momento e recurso, prossegue afirmando que não houve tramitação meteórica em relação ao acordo celebrado, eis que alinhavado por mais de um ano. Destaca, assim, a boa-fé objetiva, buscando o cumprimento do artigo 22, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, não sendo compreensível o emprego de circunstâncias pretéritas a embasar a presente discussão.

Finaliza expondo que a situação fática permanece a mesma, inexistindo nenhum novo aporte financeiro nos autos da falência, sendo irresponsável a sugestão que pagamentos poderiam ter ocorrido, permanecendo intocado o montante depositado, devendo ser afastadas as divagações da sociedade sobre corrupção, ainda que genéricas. Reclama a revogação do *decisum* por conta do dano concreto causado aos demais credores.

3.0. PRIMA FACIE DO PROCESSO

Prima facie do processo deve ser memorizado para que não paire qualquer dúvida processual e a hipótese o presente agravo se torne clara.

1) *que foi proposta uma ação de cobrança do título em questão, ou seja, a nota promissória apresentada como crédito. Esta ação foi distribuída para a 24ª Vara Cível da Capital, sendo julgada procedente (índice 000155). Declarou-se por esta prestação jurisdicional a existência de UM crédito em favor da Agravante, expresso em uma nota promissória/garantia. Este deveria tornar-se líquido e certo através de liquidação, pois, por acordo, o Banco BRJ S/A se comprometeu a pagar R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais por mês). (Anexo 1, índice 000038, fls. 43).*¹

Destarte, um possível crédito não é negado, mas não se sabe quantas prestações foram pagas, quantas retiradas diárias foram efetivadas, ou seja, não se tem uma ideia precisa deste crédito e, portanto, o seu real valor deve ser apurado. É esta apuração que tornará o título líquido e certo e possibilitará a habilitação da Agravante na condição de credora.

2) Esta decisão (da 24ª VC) foi atacada por recurso de apelação (*index* 000159), interposto pela massa falida, que foi *livremente distribuído à 12ª Câmara Cível* deste TJRJ.

3) O recurso foi *desprovido (index* 000159), sendo a sua parte dispositiva digna de um destaque por ser fundamental na compreensão do imbróglgio processual que vem sendo criado pela Agravante.

Assim, dispôs o Acórdão no referido recurso de apelação: “Por estas razões conheço do recurso e voto no sentido de negar-lhe provimento, *mantendo a sentença tal qual como lançada, cujos fundamentos expedidos pela douta Magistrada passam a integrar este Acórdão, na forma do permissivo regimental.*” (*index* 000159)

4) O Acórdão foi atacado pela Massa Falida, via embargos de declaração com efeitos infringentes, argumentando obscuridades e ilegitimidade ativa relacionada à titularidade do crédito expresso na nota promissória. (*Index* 000619 *do processo de cobrança, doravante pc*).² Os aludidos embargos foram rejeitados conforme *index* 0000631, *pc*.

5) Interposto Recurso Especial, foi o mesmo inadmitido. (*index* 0000676 *pc*). Esta inadmissão mereceu o Agravo em *REsp nº 882074 / RJ*, sendo o mesmo *provido*. A Corte Superior, por um lado, determinou o retorno a 12ª Câmara Cível para apreciar a tese relativa à ilegitimidade ativa. Por outro, como consectário lógico, afastou a multa imposta à massa falida. (*índice* 0000739, *pc*). O órgão de origem, a 12ª Câmara Cível, no cumprimento do Acórdão do STJ, por sua vez, fundamentou pela preclusão da questão relativa à legitimidade ativa e impôs nova multa à massa falida por procrastinação. (*index* 0000776, *pc*).

Novamente o banco falido interpôs o *Recurso Especial nº 1.753.855/RJ*, conforme Anexo 1, *index* 000107, somente *provido* para afastar a multa imposta, porém,

¹ Vide a parte dispositiva da r. Sentença prolatada pelo MD. Juízo da 24ª Vara Cível: “Pelo exposto, julgo procedente em parte o pedido autoral para condenar o réu ao pagamento do valor aplicado, reconhecendo a validade apenas da terceira nota promissória, nos moldes do contratado, *valor este a ser apurado em liquidação*. Condeno a ré nas despesas processuais...” (grifado)

² O termo *pc* se refere aos índices relacionados ao *processo* nº: 0175271742078190001, ação de *cobrança* da 24ª VC

desprovendo o agravo interno interposto. Entretanto, houve pedido de vista e o Ministro Antonio Carlos Ferreira proferiu seu voto, fixando a tese de que a cártula foi emitida somente após negociação da dívida pré-existente, apontando para a natureza ilícita do título.

6) Com o retorno dos autos à 24ª Vara Cível, o magistrado em exercício instou a PX Empreendimentos e Participações Ltda. a dar início à liquidação da sentença. Ao invés de iniciar a fase de liquidação – que deveria ter sido iniciada após a primeira prestação jurisdicional em 2013 –, a ora Agravante pugnou pela expedição de ofício para a reserva de crédito pelo Juízo Falimentar. A Magistrada titular indeferiu, sob o fundamento de necessidade de liquidar o crédito por arbitramento (índice 000059).

7) A decisão de indeferimento foi atacada pelo *Agravo de Instrumento nº 0059629-36.2019.8.19.0000* vindo a ser distribuído por prevenção a 12ª Câmara Cível, que detinha (como ainda detém) a competência para conhecer e julgar a lide. Foi prolatada a decisão (constante do *index 000060*) na qual, POR UNANIMIDADE, a Câmara entendeu ser o título ilícito, devendo o mesmo ser liquidado por arbitramento, como determinado na prestação jurisdicional de piso da 24ª Vara Cível, na Decisão da 12ª Câmara Cível (que confirmou integralmente aquela decisão) e, por fim, como veio a constar do Acórdão do STJ.

8) Por entender que o novo Acórdão conflitava de forma contraditória com o anterior, da mesma Câmara, foram opostos embargos de declaração com efeitos infringentes.

9) *Estes embargos de declaração, repita-se, com efeitos infringentes, estão para entrar em pauta e serem julgados. Repetindo: Estes embargos de declaração estão para entrar em pauta e serem julgados.*

Ora, há em curso embargos de declaração com efeitos infringentes, onde a causa de pedir e o pedido são exatamente o mesmo, vale dizer, afirma-se a liquidez e certeza do título em foco e o direito da Agravante constar como credora (causa de pedir) e a *determinação de reserva de numerário pela Massa Falida*, para resguardo do recebimento de seu crédito (pedido). O mesmo se diga em relação às partes.

4.0. PRELIMINARMENTE

4.1. DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS

Inicialmente, devem ser tecidas breves linhas sobre a intervenção ministerial.

Inobstante a orientação firmada na Deliberação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça nº 30, de 29/08/2011, *sem efeito vinculativo*, onde restou assentado que a imprescindibilidade da intervenção ministerial se encerra com o fim da fase pré-falimentar, quando da prolação da sentença que decreta a falência,³ o é

³ “Art. 3º- Reputa-se existir interesse público e social, considerando o disposto nos artigos 127 e 129 da Constituição da República Federativa do Brasil, a justificar a intervenção ministerial nos seguintes casos (...) VII- requerimento de falência, na fase pré-falimentar;”

certo que o artigo 2º, da Recomendação nº 34/2016, (portanto, posterior) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) sela que a identificação do interesse público no processo é *juízo exclusivo do membro do Ministério Público*.

Assim, cabe ao representante do *Parquet* a identificação de hipóteses processuais em que o interesse público emerge com a força justificadora do exercício de seu *múnus*⁴, sendo, destarte, necessária a remessa dos autos àquele que tem atribuições para tanto.

Nesse passo, reputa-se paradigmático o Estudo nº 02/17 elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor, do Ministério Público do Paraná, que conclui que há obrigatoriedade do exercício do *múnus* do *Parquet* para além das hipóteses legais.⁵ Bela fonte, do mesmo modo, encontra-se na obra de Pedro Thomé de A. Neto e Andrea Bernardes de Carvalho⁶ sobre a Intervenção do Ministério Público nos Processos Falimentares e de Recuperação de Empresas. O mesmo pode ser afirmado em relação a obra de Mauro Rodrigues Penteado.⁷

Diga-se, por fim, que o presente caso concreto envolve incontáveis aspectos diferenciadores do agravo nº: 0024444-34.2019.8.19.0000, no qual se discutiu a validade ou não de uma homologação de um acordo com a Caixa Econômica Federal que, em tese, beneficiaria todos os credores e a competência – ou não – da Justiça Estadual ou Federal para declará-la.

Conclui-se, assim, pelo acerto da intervenção ministerial, considerando, inclusive, a escorregia atuação do *Parquet* em 1ª instância, bem como a solicitação da Agravante em relação as providências que entende que devem ser tomadas pelo *Parquet*, e, por fim, a própria Decisão monocrática do insigne Desembargador Relator que exorta o Ministério Público a manifestar-se *ex vi legis*.

⁴ “Art. 2º. A identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos”.

⁵ “quando lhe é facultado impugnar a relação dos credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado (art. 8º); quando lhe é autorizado pedir a exclusão, outra classificação ou retificação de qualquer crédito, na hipótese de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou inclusão no quadro-geral de credores (art. 19); quando determinada a sua intimação de sentença que decreta a falência (art. 99, inciso XIII); quando determinada a sua intimação em qualquer modalidade de alienação na falência (art. 142, § 7º); quando puder apresentar impugnação, em qualquer modalidade de alienação do ativo (art. 143); (IX) quando determinada a sua intimação para se manifestar sobre as contas do administrador judicial (art. 154, § 3º); quando determinada a sua intimação de sentença que decreta a falência ou que conceda a recuperação, para que possa, eventualmente, oferecer denúncia por crime previsto na legislação especial ou requisitar a abertura de inquérito policial (art. 187)”

⁶ NETO, Pedro Thomé de A.; CARVALHO, Andréa Bernardes de. *A intervenção do Ministério Público no processo falimentar e de recuperação de empresas*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 6 – nº 24/25, p. 175-191 – jul./dez. 2007, p. 181-182

⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Art. 4º. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei n. 11.101/05. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

5.0. OUTRAS PRELIMINARES

5.1 DO NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO POR INEXISTÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO

Como afirmado acima, a decisão parcialmente atacada é complexa no que se refere a inúmeros pontos tocados e decididos pelo Magistrado *a quo*. Não obstante, é bom que se repita, são somente *duas as referências* a PX Empreendimentos e Participações Ltda., ora Agravante, como se vê nas transcrições acima.⁸

Assim, o Prestador Jurisdicional do Juízo Falimentar, de forma eficiente e procurando evitar a majoração do tumulto processual, diga-se de passagem, *em despacho de mero expediente*, determinou o desentranhamento dos documentos relacionados a manifestação da Agravante nos autos do processo falimentar. Para tanto, fornece como fundamento deste despacho uma decisão anterior de outra magistrada (datada de 12/09/2019), na qual não se reconhece na Agravante a qualidade de detentora de crédito líquido e certo. Esta decisão foi proferida pela 24ª Vara Cível, nos autos do processo de cobrança nº 0175271-74.2007.8.19.0001, e encontra-se no índice 000059.

Esta sim, por sua natureza decisória, era recorrível, como, na verdade, foi objeto de recurso de agravo do instrumento nº: 0059629-36.2019.8.19.0000, distribuído para 12ª Câmara Cível. Este agravo foi devidamente *desprovido* (índice 000060). Entretanto, a Decisão Colegiada foi, por sua vez, atacada via embargos de declaração com efeitos infringentes, hoje pendente de julgamento, como se vê junto à movimentação processual colhida ao site deste E. Tribunal de Justiça. *Salienta-se que o juízo a quo, que preside a lide de cobrança, indeferiu o pleito de reserva de crédito por 02 (duas) vezes, em 12/09/2019 (índice 000059) e em 17/07/2020 (índice 000067, fls. 69/70).*

Por mais absurdo que possa parecer, o que pretende a Agravante, portanto, é lançar mão de mais um recurso para atacar uma decisão que já foi devidamente atacada. Se naquela oportunidade, a Agravante teve ou não sucesso, se terá ou não no julgamento dos embargos de declaração na 12ª CC, por esta ou aquela razão, são realidades que não pertencem ao processo falimentar e não podem se perpetuar, tampouco prolongar eternamente o processo de falência em curso, o que traria imensos prejuízos para os credores.

Resta, pois, a conclusão clara no sentido de que *não há conteúdo decisório que forneça suporte de admissibilidade ao presente recurso de agravo de instrumento*. Há um simples despacho de mero expediente, em que o Magistrado se refere a uma decisão

⁸ A primeira: *Note-se que a PX Empreendimentos e Participações Ltda. (índex 7751) apresentou-se nos autos. Contudo, tal empresa não está arrolada como credora da massa. Antes, ao contrário, teve seu intento repellido por decisão expressa do Juízo e apresentando recurso não teve deferido o efeito suspensivo. Assim, determino o desentranhamento das peças contendo sua manifestação (índex 7751 e 7815). A Segunda: "[...] (valendo lembrar que a PX Empreendimentos e Participações Ltda. não está elencada como credora na falência e, por isso, sua manifestação não será considerada)"*

anteriormente tomada, por outro juízo, repetindo, esta sim, recorrível, como de fato recorrida foi (*index* 000059).

Aliás, é necessário que se lembre, mesmo que de forma repetitiva, que o cuidadoso e eficiente Magistrado *a quo* somente lavrou este despacho diante da complexidade da relação processual, a qual estava se tornando cada vez mais tumultuada, impedindo o bom andamento da falência decretada. Não há sequer como se argumentar a teoria da taxatividade mitigada.⁹

Destarte, a inexistência de conteúdo decisório subtrai a possibilidade processual de se admitir o recurso, pelo que não deve sequer ser conhecido.

6.0. DAS PRELIMINARES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO

DO PEDIDO DE RESERVA E SEU ABSURDO JURÍDICO

6.1. DO TRÂNSITO EM JULGADO COMO OBSTÁCULO PROCESSUAL

Não nos parece possível que a preliminar de não conhecimento do presente agravo, relativa à inexistência de conteúdo probatório, seja superada. Entretanto, por força de mera argumentação, inúmeros outros obstáculos processuais apresentam-se como intransponíveis. Aqui serão tratados como preliminares que se confundem com o mérito recursal.

Há, ao lado da inexistência de conteúdo probatório do despacho atacado, outro obstáculo insuperável: a existência de trânsito em julgado na questão relativa à natureza ilíquida e incerta do título apresentado.

⁹ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. REQUERIMENTO. CUSTAS, DIFERIMENTO. DETERMINAÇÃO DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. IRRECORRIBILIDADE. ART. 1.001 DO CPC. NÃO PROVIMENTO. 1. À parte, tendo requerido o diferimento das custas, foi determinada a comprovação da hipossuficiência financeira. 2. Ausência de conteúdo decisório que não autoriza a interposição de recurso. 3. “1. Hipótese em que, interpostos Embargos de Divergência, a Presidência do STJ determinou ao recorrente que comprovasse a concessão da gratuidade na origem ou recolhesse o preparo, em dobro, no prazo de cinco dias, sob pena de deserção. 2. Não são recorríveis pronunciamentos jurisdicionais sem conteúdo decisório, como no caso dos autos. Art. 203, c/c art. 1.001, ambos do CPC/2015. 3. Agravo interno não conhecido” (AgInt nos EDcl na PET nos EAREsp 1209653/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 6/11/2019, DJe 11/11/2019). 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (grifado) (AgInt no AREsp 1611440/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/2020, DJe 18/09/2020) Vide ainda: “DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRONUNCIAMENTO QUE DETERMINA A EMENDA DA INICIAL PARA RETIFICAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO. DESPACHO INSUSCETÍVEL DE SER ATACADO POR AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 1.001 DO CPC. AINDA QUE SE VISLUMBRE ALGUM CONTEÚDO DECISÓRIO, A HIPÓTESE NÃO FOI CONTEMPLADA NO ROL DO ARTIGO 1.015 DO CPC. INAPLICABILIDADE DA TESE DA TAXATIVIDADE MITIGADA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE URGÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NA FORMA DO INCISO III DO ARTIGO 932 DO CPC. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. Recurso não conhecido.” (0066694-48.2020.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 29/09/2020 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Para chegarmos com clareza a esta conclusão, não seria despropositado relembarmos o curso processual que foi expresso acima no título DO PROCESSO.

Como vimos no item 1, *foi proposta uma ação de cobrança do título em questão. Esta ação foi distribuída para a 24ª Vara Cível da Capital. Julgada procedente (índice 000155), declarou-se a existência de UM crédito em favor da Agravante, expresso em uma nota promissória/ garantia. Este deveria tornar-se líquido e certo através de liquidação. Veja o que constou da parte dispositiva da decisão, *ipsis literis*: “Pelo exposto, julgo procedente em parte o pedido autoral para condenar o réu ao pagamento do valor aplicado, reconhecendo a validade apenas da terceira nota promissória, nos moldes do contratado, *valor este a ser apurado em liquidação*. Condeno a ré nas despesas processuais ...” (grifado)*

Esta decisão (da 24ª VC) foi atacada por recurso de apelação (*index* 000159), interposto *exclusivamente* pela massa falida, o que foi *livremente distribuído a 12ª Câmara Cível* deste TJRJ. O recurso foi *desprovido* (*index* 000159), sendo a sua parte dispositiva digna de um destaque por ser fundamental na compreensão do imbróglgio processual que vem sendo criado pela Agravante. *Ipsis literis*: “Por estas razões conheço do recurso e voto no sentido de negar-lhe provimento, *mantendo a sentença tal qual como lançada, cujos fundamentos expedidos pela douta Magistrada passam a integrar este Acórdão, na forma do permissivo regimental.*” (*index* 000159).

Assim, como não houve recurso na parte em que a ilustre Magistrada *a quo* declarou que o título apresentado deveria ter liquidação, houve trânsito em julgado desta parte dispositiva. Este entendimento foi sacramentado pelo V. Acórdão que manteve a decisão “tal qual como lançada” incorporando, inclusive, seus fundamentos na forma regimental.

Não há como se discutir a natureza ilíquida do título apresentado, vez que já houve entendimento transitado em julgado no sentido de que necessita ele liquidação para a formação do crédito que possibilitará – se for o caso – a Agravante habilitar-se como credora.

6.2. DA CARACTERIZAÇÃO DE EVENTUAL LITISPENDÊNCIA

Se ultrapassada a preliminar de não conhecimento do agravo por *inexistência absoluta de conteúdo decisório e, portanto, de suporte jurídico/processual que fundamente o manejo do presente recurso* e sua pretensão, fato que não crê o *Parquet*, e, principalmente, se também ultrapassado o obstáculo processual relativo à coisa julgada (na parte que diz respeito à iliquidez da nota promissória / garantia), veremos que outros impedimentos processuais existem.

Deve ser lembrado que na ação de cobrança – *onde decidiu-se que os valores expressos na nota promissória deveriam ser liquidados* – após a interposição de alguns recursos (inclusive Recursos Especiais) os autos retornaram à 24ª Vara Cível. Nesta oportunidade a Magistrada em exercício instou a PX Empreendimentos e Participações Ltda. a dar início à liquidação da sentença. Ao invés de iniciar a fase de liquidação – *que*

deveria ter sido iniciada após a primeira prestação jurisdicional em 2013 –, a ora Agravante pugnou pela expedição de ofício para a reserva de crédito pelo Juízo Falimentar. Provocou conscientemente, assim, nova decisão que, por sua vez, poderia ser, como qualquer outra, desafiável por recurso. A Magistrada titular indeferiu o pedido sob o fundamento (já batido e rebatido, e transitado em julgado) de necessidade de liquidar o crédito por arbitramento (índice 000059).

A decisão de indeferimento foi atacada pelo *Agravo de Instrumento nº 0059629-36.2019.8.19.0000* vindo a ser distribuído por prevenção a 12ª Câmara Cível, *que detinha (como ainda detém) a competência para conhecer e julgar a lide*. Foi prolatada a decisão (constante do *index* 000060) na qual, *POR UNANIMIDADE*, a Câmara entendeu ser o título ilíquido, devendo o mesmo ser liquidado por arbitramento, como determinado na prestação jurisdicional de piso da 24ª Vara Cível, na Decisão 12ª Câmara Cível (que confirmou integralmente àquela decisão) e, por fim, como veio a constar do Acórdão do STJ.

Por entender que o novo Acórdão conflitava de forma contraditória com o anterior, da mesma Câmara, foram opostos embargos de declaração com efeitos infringentes. *Estes embargos de declaração com efeitos infringentes estão para entrar em pauta e serem julgados*.

Ora, há em curso embargos de declaração com efeitos infringentes, onde as partes, a causa de pedir e o pedido são exatamente os mesmos, vale dizer, afirma-se a liquidez e certeza do título em foco e o direito da Agravante constar como credora (causa de pedir) e a *determinação de reserva de numerário pela Massa Falida*, para resguardo do recebimento de seu crédito (pedido).

Portanto, clara está a caracterização de litispendência impedindo o conhecimento do presente Agravo por total incompetência da E. Câmara. Este é o terceiro obstáculo processual intransponível.

6.3. DA COMPETÊNCIA PARA A DETERMINAÇÃO DE RESERVA

Os obstáculos processuais são incontáveis e não há como superá-los. Não há, por um prisma, conteúdo decisório relacionado ao Agravantes na Decisão atacada, subtraindo, assim, a possibilidade de manejo do Agravo¹⁰. Por outro prisma de análise, mesmo se considerássemos, por absurdo que fosse, a existência de conteúdo decisório, a parte relacionada à natureza ilíquida do título apresentado transitou em julgado.

¹⁰ Ara Cível: “ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Por outro vértice, a litispendência é clara e impede o sucesso da pretensão. A estes obstáculos junta-se um outro.

Como se não bastasse, não podemos perder de vista que foi proposta – em face da Massa Falida – uma ação de cobrança de créditos garantidos pela nota promissória, que se constitui o centro de toda a discussão. Neste particular, deve ser lembrado que a ação *não* foi de cobrança de um título extrajudicial líquido e certo, até mesmo porque a nota promissória foi dada em garantia do pagamento de um Acordo entre a Agravante e o Banco BRJ S/A (Anexo 1, índice 000038, fls. 45). Como já tantas vezes dito, a ação de cobrança foi livremente distribuída à 24ª Vara Cível, fixando-se assim a sua competência para conhecê-la e julgá-la.

Além da competência para conhecer e julgar a referida ação de cobrança, possuía ela, Juíza titular da 24ª Vara Cível, a *competência exclusiva (bis in idem)* para determinar, se assim entendesse por bem, a mencionada reserva com fundamento na Lei nº 11.102/2005, mais precisamente no seu artigo 6º, §§ 1º, 2º e 3º.¹¹ Por força de recurso, esta competência se prorrogou para a 12ª Câmara Cível, resultando na litispendência acima referida. Somente ela, portanto, tem a possibilidade de determinar a reserva pretendida pela Agravante.

7.0. O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS EFEITOS DA PUBLICAÇÃO DO QUADRO DE CREDORES

De forma pouco coerente, mas prosseguindo na tentativa de instalar o caos processual, pede a Agravante em seu recurso que seja declarada a nulidade dos efeitos da publicação do Quadro Geral de Credores feita pelo Administrador Judicial.

Ora, *ex vi legis* este ataque é possível, entretanto, como qualquer outro, possui sua oportunidade e suas formalidades. Assim, segundo o artigo 8º da Lei nº 11.101/2005¹², a publicação do Quadro Geral de Credores deve ser atacada através de instrumento próprio, a impugnação, que tem prazo processual certo. Do mesmo modo, a qualidade de credor. Seria o cúmulo da informalidade, extremamente nociva ao devido processo legal, permitir que um terceiro, sem a qualidade de credor, ataque a publicação do QGC, seja por qual via escolher.

¹¹ O artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 determina: “A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença. § 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.”

¹² “Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado” (grifado)

Destarte, novo obstáculo processual se apresenta, inviabilizando de forma absoluta o conhecimento do presente agravo de instrumento ou, se conhecido, o seu desprovimento.

8.0. O PEDIDO DE INTERRUÇÃO DOS PAGAMENTOS DO RATEIO E A DESAUTORIZAÇÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS

Os pedidos em destaque, relativos à determinação de interrupção dos pagamentos resultantes de rateios e a desautorização, relacionada especificamente os pedidos ao pagamento de honorários advocatícios ali mencionados, segue, como não poderia deixar de ser, a mesma linha de entendimento dos demais.

Ora, o raciocínio é simplório. Se não há ainda a decisão da 12ª Câmara Cível que declare a liquidez e certeza do título apresentado pela Agravante, este título continua a ser considerado ilíquido, necessitando arbitramento. Se o título é ilíquido, não pode a Agravante ser considerada credora. Se não pode a agravante ser considerada credora, não pode constar como tal no QGC. Se não pode ser ainda considerada credora, não tem legitimidade para peticionar nesta qualidade. Se não possui esta legitimidade para peticionar, muito menos a possui para formular os pedidos relativos à determinação de interrupção dos pagamentos resultantes de rateios e a desautorização relacionada especificamente os pedidos ao pagamento de honorários advocatícios. Não há, portanto, sequer como considerá-los.

Na realidade, a Agravante deverá, em tese, buscar por arbitramento tornar seu título líquido e certo e se habilitar para ser chamada para integrar a relação processual na qualidade de credora que ainda não possui.

9.0. O PEDIDO RELACIONADO À REINTEGRAÇÃO DAS PEÇAS PROCESSUAIS

O raciocínio que se aplica na hipótese relativa a este pedido, ou seja, a reintegração das peças processuais que foram desentranhadas dos autos por determinação do MD. Juiz *a quo* é o mesmo que emergiu da preliminar de não conhecimento do presente Agravo em razão da inexistência de conteúdo decisório.

Para evitar que o tumulto processual crescesse cada vez mais, o MD. Prestador Jurisdicional de piso determinou o desentranhamento das peças processuais da Agravante, uma vez que ainda não carrega o título de credora que lhe possibilite constar do QGC tão pouco da relação processual falimentar. Clara encontra-se a natureza ordinatória do despacho, como clara encontra-se a inexistência de conteúdo decisório excluindo a possibilidade de recurso.

10.0. DAS MEDIDAS SUGERIDAS PELA AGRAVANTE RELACIONADAS ÀS ALEGADAS IRREGULARIDADES

Pede o Agravante que a Câmara agregue forças contra as alegadas irregularidades processuais que teriam sido “desmascaradas” no hostil petitório de

recurso. Entretanto, de forma contraditória, afirma que a Corregedoria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o próprio Conselho Nacional de Justiça já estão cientes dos fatos ocorridos.

Esquece, entretanto, a Agravante, que não é a sede de Agravo de instrumento o foro adequado para que estas questões sejam noticiadas, discutidas e decididas. Assim, nada a adicionar em relação a este pedido.

O mesmo pode ser afirmado em relação à ciência do Representante do Ministério Público que firma o presente Parecer. Se há alguma imputação aos Colegas de *Parquet*, se a Agravante vislumbra alguma conduta irregular por parte destes, deve procurar os caminhos próprios, ou seja, a Corregedoria do Ministério Público fluminense e o Conselho Nacional do Ministério Público, devendo, inclusive, arcar com as responsabilidades correlatas à sua conduta.

11.0. CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina o *Parquet* pelo não conhecimento do presente agravo de instrumento e se, porventura, forem ultrapassadas as preliminares apontadas e for o mesmo conhecido, que venha a ser desprovido integralmente.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 2020.

KLEBER COUTO PINTO

Procurador de Justiça

Analista: Rosimere Pereira de Amaral

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS
ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ: nº 2015.00994969

Assunto: Aplicação analógica do art. 28 CPP em processo de natureza Cível

Requerente: Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca da Capital

PARECER DA ASSESSORIA

APLICAÇÃO ANALÓGICA DA NORMA VEICULADA PELO ART. 28, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, EM PROCESSO CÍVEL. Trata-se de requerimento formulado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca Capital pretendendo submeter à apreciação do Procurador-Geral de Justiça hipótese de atuação de membro do Ministério Público para o oferecimento de parecer final, porque o promotor natural estaria se recuando a fazê-lo. Divergência de entendimento entre o Juiz e a Promotora de Justiça sobre determinada situação de cunho estritamente jurídico. Efetivo pronunciamento do órgão de execução, não havendo que se cogitar de recusa para atuação. Parecer no sentido de não ser conhecido o requerimento formulado, devolvendo-se o feito ao órgão de origem.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de requerimento formulado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca da Capital, nos autos do processo nº 0345735-53.2015.8.19.0001, onde pretende submeter à apreciação do Procurador-Geral de Justiça hipótese de atuação de membro do Ministério Público para o oferecimento de parecer final, porque o promotor natural estaria se recuando a fazê-lo (fls. 676).

Esse é o breve relatório.

DA ADMISSIBILIDADE

A aplicação analógica da regra do art. 28 do Código de Processo Penal¹, em processos ou procedimentos judiciais de natureza não penal, é sempre possível *na hipótese de recusa do órgão ministerial em oficiar nos autos*.²

A propósito, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução de nº 22/2009 dispondo que:

É possível a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, quando houver divergência entre Magistrado e membro do Ministério Público quanto ao cabimento da intervenção do Ministério Público em processo judicial cível (art. 1º).

Não é demais lembrar que a declaração da atribuição do membro do Ministério Público que tenha deixado de oferecer pronunciamento por não vislumbrar a existência de elementos de convicção suficientes para fundamentar a intervenção ministerial não importa em violação do princípio do promotor natural, tratando-se de expediente que visa a possibilitar uma atividade institucional uniforme, à luz do art. 11, XVII, da Lei Complementar nº 106/2003³ do ERJ.

No caso em tela, entretanto, *não se vislumbra a hipótese de recusa de atuação*.

Colhe-se dos autos que, em sede de Ação de Alimentos, o Exmo. Juiz Dr. CARLOS OTAVIO TEIXEIRA LEITE despachou no sentido de que o Ministério Público oferecesse parecer final (fls. 674), tendo a Exma. Promotora de Justiça Dra. IZABELLA FIGUEIRA oficiado quanto à necessidade da regularização da representação processual das alimentandas, bem como pela manifestação das partes com relação ao recurso interposto, após o que, protestava por nova vista (fls. 674 v.).

Rebatendo o entendimento ministerial, o senhor Juiz determinou o retorno dos autos para o oferecimento da peça derradeira (fls. 675), tendo o membro do

¹ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

² Cite-se, por todos, a lição de Emerson Garcia: “Negando-se o agente a atuar e chegando a questão ao conhecimento da Chefia da Instituição, o que normalmente se dá com a aplicação, direta ou analógica, do art. 28, do Código de Processo Penal, poderá o Procurador-Geral reconhecer a presença do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público estadual.” GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 73 e 322. *Vide*, também, sobre o tema: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 330; e LIMA, Fernando Antônio. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como “Custos Legis”*. São Paulo: Método, 2007, p. 240.

³ Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

XVII - declarar a atribuição de membro do Ministério Público para participar de determinado ato ou atuar em procedimento judicial ou extrajudicial;

Parquet insistido na sua posição (fls. 675 v.), o que motivou o requerimento judicial ora formulado para que a chefia institucional designasse outro Promotor de Justiça para o ato (fls. 676).

Com todas as vênias, a hipótese retratada neste processo reflete mera divergência de entendimento entre o Juiz e a Promotora sobre determinada situação de cunho estritamente jurídico, não sendo o caso de recusa de intervenção ministerial.

Veja-se que ao comando judicial seguiu-se efetivamente o pronunciamento do Ministério Público, cujo conteúdo não pode ser confrontado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, senão pelos atores processuais mediante a utilização dos instrumentos legais adequados.

E não poderia ser de outro modo, porque, tendo em vista a autonomia funcional constitucionalmente deferida ao Ministério Público⁴, é vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se nas questões institucionais de caráter administrativo.

Para além de simplesmente ordenar a teia de atuação dos órgãos ministeriais, as regras sobre atribuições dão escora ao princípio do “promotor natural”, valor caro à Instituição, o qual só poderá ser tangenciado nas hipóteses legalmente previstas.

Sobre o tema, vale colacionar a observação de Robson Godinho⁵:

Toda discussão envolvendo competência e atribuição de órgãos públicos *necessariamente está balizada pelo princípio da legalidade e não se deve buscar qualquer outro subsídio que não aquele decorrente do direito positivo*. Estamos em uma seara de política legislativa, não havendo que se falar aqui em conceitos jurídicos fundamentais, como se estivéssemos diante de problemas ontológicos. A controvérsia, na realidade, deve ser resolvida a partir dos conceitos jurídico-positivos: “O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. (grifou-se)

Não é demais lembrar que o pronunciamento dos membros do Ministério Público encontra-se albergado pelo princípio da independência funcional, também de estatura constitucional⁶, daí porque nem mesmo por este viés poderia o chefe do

⁴ CR, Art. 127,

.....
⁵ § 2º *Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa*, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

⁵ GODINHO, Robson Renault. Parecer exarado nos autos do PA nº 2014.00546252 sobre o procedimento MPRJ nº 201300968178 oriundo do CSMP. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 55, jan./mar. 2015, p. 286/289.

⁶ Art. 127. § 1º - *São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.*

Parquet intervir, sob pena de vulneração à indispensável garantia do exercício das funções ministeriais.

Nesse sentido é o Enunciado nº 1 da extinta Assessoria de Assuntos Institucionais:

ENUNCIADO Nº 1: PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. A Procuradoria-Geral de Justiça não dispõe da atribuição para controlar o mérito dos pronunciamentos dos órgãos de execução do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em atenção ao princípio da independência funcional e, por via de consequência, ao do promotor natural sobre os quais versa o art. 127, § 1º, da Carta Magna. Ref.: Procedimentos Administrativos MP nº. 2007.00076423, de 31.07.2007, e 2007.00085164, de 07.08.2007.

Apreciando hipótese similar, atinente à exceção de suspeição oposta por terceiro interessado contra Promotor de Justiça em sede de inquérito civil, essa Assessoria Institucional⁷ rechaçou o pedido ao entendimento de que o caso concreto não se subsumia a nenhuma hipótese legalmente prevista; *verbis*:

*(...) a Administração Superior não é dotada de atribuição para revisão de pronunciamentos de membros do Ministério Público fluminense, sob pena de violação do princípio do promotor natural, vale dizer, a predeterminação em lei do órgão de execução do Ministério Público para officiar em determinado processo, administrativo ou jurisdicional, inafastável por ato discricionário do Procurador-Geral, a teor dos arts. 5º, inc. LIII, 127, § 2º, e 128, § 5º, inc. I, b, da Carta Magna, bem assim dos arts. 12, inc. VIII, d, 15, inc. VIII, 23, § 3º, 25, parágrafo único, 26, § 5º, e 73, § 1º, todos da Lei nº 8.625/93 (a.e.: Enunciado nº 1 da Súmula do Entendimento Predominante da Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria Geral de Justiça, DOERJ de 08.12.2003, p. 67), sobretudo na espécie em que os requerentes pretendem, por via inadequada, conforme explicitado, afastar presentante do *Parquet* de determinado processo. (grifou-se)*

De concluir-se, portanto, que, não configurando o caso vertente a figura projetada na Resolução nº 22/2009 do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quanto à aplicação por analogia do disposto no art. 28 do CPP, a solução adequada é o *não conhecimento do requerimento formulado*.

⁷ Procedimento nº 2012.00070976, cujo parecer foi elaborado pelo Assistente Promotor de Justiça GUILHERME PEÑA DE MORAES.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de *não ser conhecido o requerimento formulado, devolvendo-se o presente processo judicial ao Juízo de origem, instruído com a cópia deste parecer, para ciência.*

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2017.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref: MPRJ nº 2015.00994969

Órgão de Origem: Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca Capital

Aprovo o parecer para *não conhecer do requerimento formulado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca da Capital.* Devolvam-se os autos ao Juízo de origem, instruído com o presente parecer, para ciência. Publique-se.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais

Peça

• • •

PEÇA PROCESSUAL

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA E DEFESA DO CONSUMIDOR
E DO CONTRIBUINTE – COMARCA DA CAPITAL

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE
URGÊNCIA ANTECIPADA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA
EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de
Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro nas Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90, *ajuizar*
a competente

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

em face de *Tickets For Fun (T4F Entretenimento S/A)*, pessoa jurídica de direito
privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 002.860.694/0001-62, com sede na Rua Bento Branco
de Andrade Filho, nº 400, térreo, 1º ao 3º andares, Vila Almeida, CEP: 04757-000 – São
Paulo/SP, pelos fatos e fundamentos alinhados a seguir:

CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

1) O inquérito civil público que serviu de base à presente foi deflagrado por
reclamação de VANESSA SANTORO FERREIRA junto ao serviço de ouvidoria geral do
MPRJ em face da ré, TICKETS FOR FUN - T4F, porquanto, tendo pago o valor do
ingresso para o evento musical Lollapalooza, produzido pela empresa reclamada,
que se realizaria na cidade de São Paulo, em abril do corrente ano, não lhe foi possível
obter o reembolso, por recusa da ré, do valor pago por aquele ingresso, diante do
adiamento do evento referido por conta do estado de calamidade pública decretado
pelo decreto legislativo 06/20 para evitar a propagação do corona vírus.

2) A reclamante aduziu que nenhuma das duas opções oferecidas pela ré diante
do descumprimento da sua obrigação contratual lhe interessou, já que a primeira, a
utilização do ingresso na nova data a ser confirmada para a realização do festival musical

("a confirmar, de 6 a 8 de dezembro" do corrente ano) comportaria obrigação incerta, pois, a uma, não se pode determinar que já em dezembro a situação sanitária atual terá sido regularizada a ponto de permitir a aglomeração típica dessa espécie de festival.

3) Por outra, tampouco tendo a ré confirmado a *lineup* dos artistas que se apresentariam naquela ocasião, faltaria a informação mínima àquela proposta para viabilizar a possibilidade de escolha, pela mesma, do consumidor.

4) A duas, prossegue a reclamante, a alternativa de conversão do valor do ingresso pago em créditos a quem rejeitar a primeira "é péssima, pois não se sabe se existirá algum evento futuro que interessará as pessoas e mesmo que exista se elas poderão ir, ou seja, o dinheiro está empatado a espera de que uma situação muito hipotética ocorra".

5) Ainda segundo a reclamante, a ré, posteriormente ao cancelamento do evento em questão, passou três meses "sem dar uma comunicação mais esclarecedora sobre o reembolso do valor dos ingressos e agora está orientando as pessoas que não poderão comparecer na nova data (em dezembro de 2020) que peçam, até 08/07/2020, para converter o que já foi pago em créditos no site para usar em futuros eventos", sob pena de perecimento do seu direito.

6) Prossegue, a reclamante, observando que "[É] nítido em todas as redes sociais da empresa que grande parte dos consumidores está insatisfeita com as opções e gostaria de ter o dinheiro de volta, afinal muitas pessoas perderam seus empregos e tiveram suas rendas reduzidas de modo que dificilmente poderão comparecer a eventos em um curto prazo."

7) Em relação ao que a negociação não poderia deixar de abranger, arremata a reclamante registrando que "[G]ostaria que fosse solicitado à empresa que apresentasse proposta de reembolso do valor dos ingressos aos clientes, ainda que fosse de forma parcelada ou com algum tipo de desconto para que o prejuízo fosse compartilhado, porque do jeito que está o prejuízo está muito maior para o consumidor que é a parte mais vulnerável."

8) A ré, por outro lado, na qualidade de empresa produtora do já renomado festival musical internacional Lollapalooza, foi remunerada, com o pagamento do ingresso individual para o evento a se realizar em abril do ano corrente, no Autódromo de Interlagos na cidade de São Paulo, SP, à importância de R\$ 1.165,00 (hum mil, cento e sessenta e cinco reais).

9) Ocorre que, com o advento do estado de calamidade pública decretado com fundamento na necessidade de combate à propagação da COVID-19, deixou a ré de cumprir a sua obrigação contratual na data prevista.

10) Visando a atenuar os efeitos negativos da quase total paralisação de grande número de setores da economia por causa da pandemia, tem sido fomentada a negociação entre as partes para a manutenção do vínculo contratual com o cumprimento de obrigação alternativa, condicionando, via de regra, a possibilidade de resolução do mesmo a que as indispensáveis tratativas anteriores tenham sido frustradas.

11) *In casu*, todavia, a Lei nº 14.046/20 dispôs que, rejeitando o consumidor o cumprimento da obrigação contratual em outra data ou o reembolso em forma de créditos válidos para adquirir produtos ou serviços oferecidos pelo próprio fornecedor, este poderia, unilateralmente, subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.

12) Aí resta a controvérsia: seria possível juridicamente a solução prevista no diploma legal referido na parte em que autoriza o fornecedor a subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga caso frustrada a negociação?

13) Atendendo à notificação ministerial para se manifestar acerca daquela investigação, a ré fundou, por sua vez, a sua recusa a reembolsar o valor já pago pelo ingresso do evento musical, na agora sancionada Lei nº 14.046/2020, de 24 de agosto de 2020, decorrente da MP 948 e do projeto de Lei de conversão - PLV 29/2020, segundo a qual, *verbis*,

Art. 2º Na hipótese de adiamento ou de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos *shows* e espetáculos, em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem:

*I – a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos adiados; ou
II – a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos disponíveis nas respectivas empresas.*

§ 1º As operações de que trata o *caput* deste artigo ocorrerão sem custo adicional, taxa ou multa ao consumidor, em qualquer data a partir de 1º de janeiro de 2020, e estender-se-ão pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços, ou 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que ocorrer antes.

§ 2º Se o consumidor não fizer a solicitação a que se refere o § 1º deste artigo no prazo assinalado de 120 (cento e vinte) dias, por motivo de falecimento, de internação ou de força maior, o prazo será restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, a contar da data de ocorrência do fato impeditivo da solicitação.

§ 3º (VETADO).

INOCORRÊNCIA DA CONDIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE REEMBOLSAR

A) SHOW SEM DATA CERTA NEM *LINEUP*

1) Antes de adentrar o exame de constitucionalidade de referido diploma legal, é bem de ver que o dispositivo que invoca para subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga não socorreria a ré, pois não se adequaria, *prima facie*, à espécie. Senão vejamos:

2) Primeiro, não se verifica o implemento da condição para fazê-lo, visto que o inciso I do art. 2º da Lei nº 14.046/20 prevê, para viabilizar a escolha do consumidor, a saber, a “*remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos adiados*”.

3) É que, segundo referido diploma legal, para tanto, a ré deveria, primeiro, informar ao consumidor *a data certa* para a realização do evento musical vindouro, e não, *tout court*, designá-lo em data “a confirmar”. Além disso, deveria a ré prestar a informação inequívoca de quem serão os artistas a se apresentarem na edição remarcada, assim como em que datas, especificamente, já que o festival tem duração de três dias.

4) Sem que lhe tenham sido informados referidos aspectos essenciais do serviço, não há como invocar o poder de subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga por não ter ele aceitado uma daquelas obrigações alternativas.

5) Logo, o implemento da condição prevista na Lei nº 14.046/20 para aquele fim não se verifica no caso, pois não foi remarcado o serviço (art. 2º, inc. I).

6) A informação é um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor, pois permite o conhecimento indispensável que funda o convencimento sobre a necessidade de consumir um produto ou serviço. A jurisprudência do Pretório Superior é pacificada em relação ao dever de informar, sobretudo os aspectos essenciais do que se consumirá, *verbis*,

PROCESSO CIVIL. PROCESSO COLETIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER DE INFORMAR. ROTULAGEM DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. PRESENÇA DE GLÚTEN. PREJUÍZOS À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS. INSUFICIÊNCIA DA INFORMAÇÃO-CONTEÚDO “CONTÉM GLÚTEN”. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO COM A INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS. INTEGRAÇÃO ENTRE A LEI DO GLÚTEN (LEI ESPECIAL) E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI GERAL).

1. Cuida-se de divergência entre dois julgados desta Corte: o acórdão embargado da Terceira Turma que entendeu ser suficiente a informação “contém glúten” ou “não contém glúten”, para alertar os consumidores celíacos afetados pela referida proteína; e o paradigma da Segunda Turma, que entendeu não ser suficiente a informação “contém glúten”, a qual deve ser complementada com a advertência sobre o prejuízo do glúten à saúde dos doentes celíacos.
2. O CDC traz, entre os direitos básicos do consumidor, a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam” (art. 6º, inciso III).
3. Ainda de acordo com o CDC, “a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art. 31).
4. O art. 1º da Lei nº 10.674/2003 (Lei do Glúten) estabelece que os alimentos industrializados devem trazer em seu rótulo e bula, conforme o caso, a informação “não contém glúten” ou “contém glúten”, isso é, apenas a informação-conteúdo. Entretanto, a superveniência da Lei nº 10.674/2003 não esvazia o comando do art. 31, *caput*, do CDC (Lei nº 8.078/1990), que determina que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar “sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”, ou seja, a informação-advertência.
5. Para que a informação seja correta, clara e precisa, torna-se necessária a integração entre a Lei do Glúten (lei especial) e o CDC (lei geral), pois, no fornecimento de alimentos e medicamentos, ainda mais a consumidores hipervulneráveis, não se pode contentar com o *standard* mínimo, e sim com o *standard* mais completo possível.
6. O fornecedor de alimentos deve complementar a informação-conteúdo “contém glúten” com a informação-advertência de que o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca.

Embargos de divergência providos para prevalecer a tese do acórdão paradigma no sentido de que a informação-conteúdo

“contém glúten” é, por si só, insuficiente para informar os consumidores sobre o prejuízo que o alimento com glúten acarreta à saúde dos doentes celíacos, tornando-se necessária a integração com a informação-advertência correta, clara, precisa, ostensiva e em vernáculo: “CONTÉM GLÚTEN: O GLÚTEN É PREJUDICIAL À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS”. (EResp 1515895).

1) De fato, na espécie, a falta de informação é corolário da dúvida ínsita na designação de nova data ainda “a confirmar”.

2) Não é certo que o afrouxamento das medidas de distanciamento social, ainda este ano, para viabilizar a aglomeração de milhares de pagantes sem o risco de agravamento ou retomada da curva de contaminação. É bem de ver que até eventos internacionais tradicionais, como o Desfile das Escolas de Samba do Rio de Janeiro, que ocorreria após cerca de dois meses da data ora designada para o evento musical em questão, deverão ser cancelados.¹

3) Exigir, nestas condições, que o consumidor faça a escolha pela vindoura edição do evento *em data incerta* corresponderia a lhe impor o pagamento por serviço que sequer sabe se poderá consumir, o que remonta a rematado disparate, devidamente vedado pelo art. 51, IV e XIII, CDC.

4) Ora, induziria à perplexidade que tivesse o consumidor que fazer tal “escolha” apenas e tão somente para justificar a manutenção do vínculo contratual e, assim, garantir à ré o poder de não lhe devolver o valor já pago.

5) Mas não é só.

6) Sem o corolário da data certa do show, que seria a montagem final da grade de artistas que se apresentará, a perplexidade se agrava: a quais números assistiria quem aceitar a obrigação alternativa? Sem confirmar tampouco a grade de artistas, a ré pretende que quem tenha inicialmente comprado o ingresso para assistir, p. ex., à banda norte-americana Red Hot Chilly Peppers, aceite, agora, assistir à, digamos, cantora Sandy, estilos musicais radicalmente diversos.

7) É de meridiana clareza que, sem as condições concretas da prestação adiada do serviço, a previsão legal invocada pela ré para subtrair a opção de reembolso é inaplicável à espécie e não dialoga com o próprio espírito da Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo a transparência, a boa-fé objetiva e a harmonia das relações de consumo (art. 4º, CDC).

8) Ao contrário, a pretensão de não reparar o dano causado ao consumidor agrava o seu estado de vulnerabilidade e viola o seu direito básico à informação. Senão, vejamos:

¹ <https://www.opovo.com.br/vidaearte/2020/08/27/escolas-de-samba-do-rio-devem-cancelar-desfiles-de-fevereiro-de-2021--divulga-colonista.html>.

B) A ALTERNATIVA DE CONVERSÃO EM CRÉDITOS: O FORNECEDOR SEMPRE GANHA

9) Poderia se dizer que ainda restaria a alternativa prevista no art. 2º, inc. II da Lei nº 14.046/2020, a saber, “a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos disponíveis nas respectivas empresas”, para que a ré possa subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, ainda que este a rejeite.

10) Ocorre que, primeiro, a ré, em sua “Política de Ingressos”, fixou o prazo até 08 de julho de 2020 para que “seja feito o pedido de créditos”, o que já elimina, preliminarmente, a possibilidade do exercício do direito de escolha da alternativa na presente data.

11) Mesmo que assim não o fosse, como, inclusive, destaca, com razão, a reclamante, “a opção de converter o valor em crédito é péssima, pois não se sabe se existirá algum evento futuro que interessará as pessoas e mesmo que exista se elas poderão ir, ou seja, o dinheiro está empatado a espera de que uma situação muito hipotética ocorra”.

12) Como salta aos olhos, esta alternativa, assim como a primeira, desequilibra a relação jurídica respectiva, pois confere ao polo vigoroso da mesma a prerrogativa de *transferir todo o risco do negócio para o polo vulnerável da relação de consumo*, subtraindo ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga mesmo que rejeitadas as mesmas.

13) *A negociação posta em tais termos é teratológica*, pois, a pretexto de priorizar a subsistência do vínculo contratual, altera a essência do objeto do contrato (art. 51, XIII, CDC) e impede o reembolso do valor pago, ainda que eventualmente sujeito a desconto de percentual limitado e/ou em parcelas.

14) *Mutatis mutandi*, encampou, o art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20, a lógica do comerciante que, alegando a falta de troco, devolve em balas a diferença do preço pago pelo produto que revendeu. Rematado disparate!

15) Ouve-se a *vox populi* proclamar que Direito é bom senso, a solução legislativa poderia, para se compatibilizar com o seu fundamento de validade, ter abrigado a alternativa vislumbrada pela própria reclamante em relação à negociação da forma de reembolso da quantia já paga, mas não, *tout court*, subtraí-lo integralmente ao consumidor que rejeite as alternativas acima, *verbis*:

É nítido em todas as redes sociais da empresa que grande parte dos consumidores está insatisfeita com as opções e gostaria de ter o dinheiro de volta, afinal muitas pessoas perderam seus empregos e tiveram suas rendas reduzidas de modo que dificilmente poderão comparecer a eventos em um curto prazo. Gostaria que fosse solicitado a empresa que *apresentasse proposta de reembolso do valor dos ingressos aos clientes, ainda que fosse de forma parcelada ou*

com algum tipo de desconto para que o prejuízo fosse compartilhado, porque do jeito que está o prejuízo está muito maior para o consumidor que é a parte mais vulnerável (g.n.).

16) Como visto, a Lei nº 14.046/20 definitivamente não se aplica ao caso, considerando que, sem a confirmação da data do evento e de sua *lineup*, esgotado o prazo, igualmente, para a solicitação da conversão do valor pago em créditos, a ré não preencheu os requisitos legais para justificar subtrair ao consumidor o reembolso do valor já pago.

17) Porém, ainda que tivesse oferecido alternativas plausíveis, a simples recusa do consumidor às mesmas não poderia, em nenhuma hipótese, implicar a perda do valor já pago.

A INCOMPATIBILIDADE DO ART. 2º, *IN FINE*, DA LEI Nº 14.046/20 COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

18) Diante da natureza das relações jurídicas entabuladas no mercado de consumo, a Política Nacional das Relações de Consumo define o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mesmo como princípio a ser atendido para alcançar o objetivo de atender às suas necessidades e respeitar a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º, CDC).

19) Em todo caso, independente da aplicabilidade das alternativas legais ao evento, a consequência legal da recusa respectiva, subtraindo ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga corresponderia, a seu turno, a transferir ao mesmo a integralidade do risco do negócio. De um lado, o fornecedor, polo vigoroso da relação de consumo, não sofreria, em nenhuma hipótese, as consequências do descumprimento da sua obrigação e, de outro, o consumidor que não aceitasse as alternativas que aquele apresentou perderia o valor já pago do ingresso.

20) Breve consulta à orientação da jurisprudência acerca do assunto revela a impossibilidade jurídica da transferência do risco do negócio para o consumidor, *verbis*:

PROCESSO CIVIL - CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - CABIMENTO - CDC - APLICABILIDADE - CLÁUSULAS ABUSIVAS - NULIDADE - DESVANTAGEM AO CONSUMIDOR - RECURSO IMPROVIDO. 1) CONQUANTO SEJA CEDIÇO QUE A AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO TENHA POR ESCOPO, PROVANDO O DEVEDOR A *MORA ACCIPIENDI* DO CREDOR, LIBERAR-SE DE UMA EVENTUAL *MORA SOLVENDI*, NADA OBSTA QUE A DEMANDA COMPORTE DISCUSSÃO SOBRE A ORIGEM, VALIDADE, QUALIDADE E PERTINÊNCIA DA DÍVIDA OU

RECONHECIMENTO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. 2) *NÃO PODE O FORNECEDOR, SOB ALEGAÇÃO DE QUE O CONTRATO LHE ESTÁ SENDO DESFAVORÁVEL, MODIFICAR UNILATERALMENTE A FORMA DE REAJUSTE DA MENSALIDADE. NÃO DEVE O FORNECEDOR TRANSFERIR AO CONSUMIDOR O RISCO DE SUA ATIVIDADE. SE É PRESTADOR DE SERVIÇOS DE SAÚDE, É SEU MISTER ELABORAR OS CÁLCULOS FINANCEIROS NECESSÁRIOS PARA CUMPRIR SUA PARTE DO PACTO, GARANTINDO-SE O SEU LUCRO. NO CURSO DA AVENÇA, VERIFICADO EVENTUAL PREJUÍZO ECONÔMICO, NÃO HÁ COMO REPASSAR AO CONSUMIDOR TAL ÔNUS.* (APC 2003011132682 – TJDF)

21) A prática prevista no recém editado diploma legal contraria, assim, o espírito do Estatuto Consumerista, pois protege não o polo vulnerável da relação de consumo, mas, pasmem, o seu polo vigoroso, que poderá transferir *todo o prejuízo* causado pelo seu descumprimento contratual para o legítimo vulnerável.

22) Finalmente, embora a teleologia do diploma legal referido seja *até certo ponto*, louvável, pois, desde que possível, o descumprimento da obrigação contratada deve ensejar obrigações alternativas para evitar a resolução do vínculo contratual e o seu impacto econômico e social, a sua *mens* deve se plasmar na *política de redução de danos*, preservando, em qualquer hipótese, o poder do consumidor de, querendo, rejeitar as alternativas legais sem que isto implique subtrair-lhe a opção de reembolso da quantia já paga.

23) O momento atual exige que a sociedade, em conjunto, envie esforços para viabilizar a execução dos contratos, preservando os respectivos vínculos contratuais, com o cumprimento de obrigações contratuais alternativas negociadas e adequadas à realidade fática que se impôs *a todos indiscriminadamente*.

24) É a consciência dessa motivação que tem sido capaz de evitar a resolução do vínculo contratual. A título de ilustração, merece consulta a recente reportagem acerca do assunto, registrando que, em média, um em cada cinco contratos de locação no país vieram a ser renegociados por causa da situação de calamidade pública². A estatística sobre a qual se debruça a matéria jornalística demonstra que a autêntica negociação entre as partes reduziu aluguéis em cerca de 25% (vinte e cinco por cento).

25) Óbvio, pois se locador não aceitasse a proposta do locatário que não pudesse arcar mais com o aluguel vigente anteriormente ao início da pandemia, o contrato teria de ser resilido sem que o locador recebesse mais qualquer valor; tal, porém, não se dá com o serviço prestado pela ré, pois se o consumidor não aceitar a proposta apresentada por ela, perderá, de qualquer modo, o valor já pago em favor da mesma, privando-se de qualquer forma de composição do prejuízo.

² <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-06/pandemia-e-crise-fazem-proprietarios-renegociar-contratos-de-aluguel>.

26) Prosseguindo o raciocínio, a construção de solução negociada para o aproveitamento do vínculo contratual existente deve resultar de concurso paritário, visando à concretização do ideal da política de redução de danos para ambas as partes e, em última análise, para todo o corpo social. Nesta toada, é indispensável incentivar a negociação entre os interessados, desde que esta não se preste a simular esdrúxula *doação* do valor do ingresso em favor da ré, resguardando, sempre e sempre, a possibilidade de resolução do vínculo com o reembolso do valor já pago.

27) Outro não seria o sentido do princípio da boa-fé objetiva que deve reger as relações jurídicas em geral e, especialmente, as de consumo.

28) Com isso, ao prever que *“o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem”* a remarcação do evento adiado ou a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços e eventos disponíveis na empresa ré, o art. 2º, *in fine*, do novel diploma invadiu o terreno já habitado pelo Estatuto Consumerista, transferindo, indevidamente, à parte vulnerável da relação de consumo o risco pelo prejuízo causado pela não prestação do serviço.

29) A interessante lição de RIZZATO NUNES, *in Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, p. 599, destaca justamente que a opção de subtrair ao consumidor o reembolso do valor não deve servir como penalidade se rejeitadas as formas de cumprimento alternativo da obrigação do fornecedor, *verbis*,

Não se pode esquecer que a Lei nº 8.078/90 adotou o princípio da conservação do contrato e parece certo que o esforço é no sentido de aproveitar a relação jurídica existente. *Claro que, não havendo como manter o contrato, ele será nulificado, tendo direito o consumidor a eventual indenização por perdas e danos materiais e morais.* (g.n.)

30) De outra forma, prossegue o autor consagrado, além de o fornecedor transferir para o consumidor o risco do negócio, subtraindo-lhe a opção de reembolso da quantia já paga, aprofunda a injustiça da previsão legal em questão, a possibilidade de revenda do mesmo ingresso cujo valor não reembolsou, obtendo o fornecedor vantagem manifestamente excessiva.

31) A iniquidade já foi, *mutatis mutandi*, enfrentada pela jurisprudência pátria, *verbis*,

É evidente que uma cláusula que estabeleça que o réu perderá as importâncias pagas em caso de rescisão contratual não seria aceita se o consumidor pudesse opinar sobre as suas obrigações constantes do pacto celebrado, máxime quando se sabe que em hipótese tal não há qualquer prejuízo à construtora, mas, antes disso,

até lucro, porquanto poderá vender o imóvel a outro interessado, por preço atualizado. (Ap. 197.165-2/3, rel. Des. Pinheiro Franco, m. v., j. 22-10-92, AASP, 1.771/462).

32) Na verdade, a lei em questão prevê negociação cujo *iter* o consumidor deve percorrer, como o mito de Dâmocles, com uma espada sobre a cabeça, não caracterizando, assim, propriamente, *negociação* entre as partes, mas espécie de imposição de solução arquitetada para abusar da sua vulnerabilidade na relação de consumo. *Afinal, excluiu do seu espectro de incidência o cerne da obrigação contratual, de modo a extrair manifestação de vontade que proteja, em prejuízo do vulnerável, o polo vigoroso da relação de consumo do risco do próprio negócio.*

33) Pougando, o malfadado édito, o fornecedor de qualquer espécie de concessão, impede, pois, a legítima negociação de que é inerente a concessão de parte a parte.

34) Ora, negociação em que apenas uma das partes tem a ceder não faz, evidentemente, jus ao conceito respectivo, a que se refere com precisão o sítio <https://www.sbcoaching.com.br/blog/negociacao/>, consultado em 27 de agosto de 2020, *verbis*:

Para que haja uma negociação, é preciso que duas partes apresentem seus pontos de vista e encontrem um denominador comum que satisfaça a ambas, em um processo decisório compartilhado.

Ao contrário do que dita o senso comum, *negociar não é sinônimo de pechinchar ou levar vantagem*, mas de solucionar conflitos e obter desfechos satisfatórios para as disputas.

35) Finalmente, além de, como se viu, o caso concreto não se adequar à hipótese legal, o art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20 contraria, como destacado acima, os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e não reúne as condições necessárias para justificar a sua aplicabilidade.

A INCONSTITUCIONALIDADE

36) A Ordem Econômica e Financeira, objeto da preocupação do legislador constitucional originário no Título VII da Constituição da República, prevê como princípios gerais da atividade econômica a livre iniciativa e a defesa do consumidor (art. 170, *caput* e inc. V da CR), entre outros. Da interação dos mesmos, é que surgirá o esteio normativo em que se dará o desenvolvimento sadio da atividade econômica.

37) A defesa do consumidor, por sua vez, foi pormenorizadamente regulamentada com a edição, em seguida à promulgação da Carta Política em 05 de outubro de 1988, da Lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

38) Diante da evidente vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, em que a fonte da obrigação contratual não é, necessariamente, a autonomia da vontade, o Estatuto Consumerista instituiu norma de ordem pública e interesse social (art. 1º, Lei nº 8.078/90) que relativiza princípios elementares da teoria geral dos contratos, como o *pacta sunt servanda* e *lex inter partes*, visando a autorizar ao Estado restaurar o equilíbrio da relação jurídica respectiva sempre que necessário.

39) É dizer que a livre iniciativa terá o aval constitucional para se desenvolver se e somente se também observar o princípio da defesa do consumidor, erigido, ainda em sede constitucional, a direito e garantia fundamental individuais e coletivos (art. 5º, XXXII, CR).

40) Não é o que ocorre no caso.

41) O art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20, ao dispor que “o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor” se este rejeitar as alternativas legais a que se refere, caracteriza contradição em termos em relação à própria ideia motriz da Lei nº 8.078/90, que é, como destacado, a regulamentação legal do preceito constitucional erigindo a defesa do consumidor a condição ao exercício da livre iniciativa. Senão, vejamos:

42) A Lei nº 8.078/90 prevê expressamente que são nulas de pleno direito cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, II, CDC) e à vedação da transferência do risco do negócio a terceiros (art. 51, III, CDC).

43) Neste aspecto, releva destacar que a interpretação do conceito legal de “cláusulas contratuais” deve ser o mais amplo possível, incluindo todas as formas possíveis de fazerem nascer relações jurídicas de consumo, como, aliás, o próprio dispositivo legal em questão (art. 2º, *in fine*, Lei nº 14.046/20).

44) Logo, assim como o risco do empreendimento deve correr por conta do próprio empreendedor, pois a quem aufero o bônus do negócio, não é dado rejeitar-lhe o ônus, muito menos transferi-lo para o polo vulnerável da relação de consumo, o reembolso de quantia já paga quando o serviço não for prestado é corolário da vedação de enriquecimento sem causa, que se daria caso válida a inviável exploração da livre iniciativa em prejuízo à defesa do consumidor.

45) Finalmente, o art. 2º, *in fine* da Lei nº 14.046/20 é incompatível com o seu fundamento de validade e deve ser incidentalmente declarado inconstitucional.

O DANO MORAL COLETIVO

46) Como amplamente abordado acima, o enfrentamento da situação de calamidade pública causada pela pandemia do COVID-19 despertou a consciência jurídica universal para a necessidade de compreender que a cooperação se sobrepõe à competição quando o dano e/ou o perigo de dano afetam a todos indistintamente. Consequentemente, a possibilidade de manutenção do vínculo contratual nas diversas

áreas da economia passou a motivar concessões de parte a parte, adaptando-se os contratos sempre que possível à nova realidade.

47) No caso, todavia, o fornecedor, ao subtrair ao consumidor a opção de reembolso do valor já pago caso este rejeite as alternativas de cumprimento da obrigação contratual, manteve-se na posição daquele a quem a calamidade pública, *tout court*, não afetaria. Usando o vulnerável consumidor como espécie de escudo, livra-se da obrigação de indenizar o dano causado por não ter prestado o serviço. Transfere, assim, ao consumidor, o risco do *seu* empreendimento, contrariando o fornecedor não só o espírito de cooperação referido acima, mas, como salta aos olhos, o princípio legal da boa-fé objetiva (art. 4º, III, CDC).

48) A boa fé objetiva está prevista no Código de Defesa do Consumidor e, para a doutrina abalizada, é regra de conduta, ou seja, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade para equilibrar as relações de consumo. RIZZATO NUNES esclarece o que persegue a cláusula geral da boa-fé objetiva, *verbis*:

(...) Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, há um desequilíbrio de forças. (*in op. cit.* p. 128)

49) Ora, como destacado com pertinência pela reclamante, “muitas pessoas perderam seus empregos e tiveram suas rendas reduzidas de modo que dificilmente poderão comparecer a eventos em um curto prazo”, o que evidencia que, antes de pautar a sua conduta pela satisfação do seu exclusivo interesse patrimonial, a fornecedora ré deveria se ocupar em igualmente satisfazer o real interesse do consumidor que contratou o seu serviço, atingido, como todos, pela pandemia.

50) Mas não.

51) Ao subtrair ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga caso rejeitadas as esdrúxulas alternativas de cumprimento do contrato, não garante a ré o respeito ao consumidor nem coopera para atingir o fim de não causar lesão a ninguém, realizando o interesse das partes contratantes, sem obter vantagem patrimonial indevida.

52) Opera, assim, em desabrido desprezo à dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CR), sem apreender que, sobretudo no estado de calamidade pública pelo qual o país atravessa, prevalecer-se da posição de força na relação de consumo para “levar vantagem em tudo” contraria o que dela deveria se esperar, pois, na qualidade de sociedade empresária com lucrativa atuação, teria os meios de contribuir para atenuar os efeitos nocivos da pandemia na ordem jurídica pátria.

53) A possibilidade de indenização do dano moral está prevista na Constituição da República (art. 5º, V, CR). O texto constitucional não limita a violação à esfera individual. Alterações históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

54) No julgamento do Recurso Especial nº 636.021, em 2008, a ministra do STJ NANCY ANDRIGHI registrou que o artigo 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pela lei.

55) Uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que a lesão ao direito do consumidor coletivamente considerado corresponde a um dano não patrimonial. Dano que, para a ministra, merece uma compensação. Outrossim, os danos morais coletivos decorrem do próprio ato ilícito de subtrair do consumidor a opção de reembolso do valor já pago, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se fundam na responsabilidade de natureza objetiva, em que é desnecessária a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo³.

56) Acerca da finalidade da condenação por danos morais coletivos, releva destacar trecho de outro aresto, ainda da lavra da ministra NANCY ANDRIGHI, segundo o qual a espécie de ataque ao direito do consumidor que caracteriza o dano moral coletivo é aquele causado à própria condição de existência da sociedade, como, no caso, o agravamento da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, *verbis*:

As lesões envolvidas no dano moral coletivo relacionam-se, ademais, a uma espécie autônoma e específica de bem jurídico extrapatrimonial, referente aos valores essenciais da sociedade, de modo que o dano moral coletivo trata, pois, da reparação da ofensa ao ordenamento jurídico como um todo e aos valores juridicamente protegidos que garantem a própria coexistência entre os indivíduos. (REsp 1.473.846)

57) Finalmente, é bem de ver que, como destaca a reclamante, “a empresa Tickets for Fun, depois de meses sem dar uma comunicação mais esclarecedora sobre o reembolso do valor dos ingressos agora está orientando que as pessoas que não poderão comparecer na nova data (em dezembro de 2020) que peçam, até 08/07/2020, para converter o que já foi pago em créditos no site para usar em futuros eventos”.

58) Como aflora por leitura direta do trecho acima, a ré postergou a solução da situação de conflito *por três meses* em que, certamente, não só não reembolsou o valor já pago, como gozou da apropriação do mesmo, até que sobreviesse a

³ Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1343283 RJ 2018/0201781-9.

inconstitucional Medida Provisória, ora convertida na Lei nº 14.046/20, outorgando-lhe o inconstitucional poder de esmagar economicamente o consumidor do seu serviço.

59) Ao invés de, como é de esperar em qualquer civilização que se preze, adotar conduta proativa e, nesses três meses, convocar o consumidor para fazer a sua escolha livre e consciente em relação à manutenção do vínculo contratual, aguardou ansiosa e gananciosamente pela edição do dispositivo legal que lhe garantiria o poder de nada perder.

60) Logo, para determinar o valor da indenização a que a sociedade autora faz jus pelo dano moral que lhe causou a ré, deverá ser observado o caráter dúplice de referida verba, que, por um lado, atingirá a motivação do ofensor quanto à reiteração da prática abusiva e, por outro, representará uma compensação pelo desgaste que impingiu. A jurisprudência tem se orientado nesse sentido, *verbis*:

A indenização por dano moral não deve ser simbólica, mas efetiva. Não só tenta no caso visivelmente compensar a dor psicológica, como também deve representar para quem paga uma reprovação, em face do desvalor da conduta. (TJSP - 1ª C. Dir. Privado – AP. JTJ-LEX 184/64 – g.n.)

A indenização por dano moral tem caráter dúplice, pois tanto visa à punição do agente quanto à compensação pela dor sofrida, porém a reparação pecuniária deve guardar relação como o que a vítima poderia proporcionar em vida, ou seja, não pode ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva (2º TACSP – 7ª C. – AP. RT 742/320).

A TUTELA ANTECIPADA

61) Não há dúvida de que a “negociação” prevista pelo art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20, subtraindo ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, caso rejeitado o cumprimento alternativo da obrigação contratual, não passa de pretexto para garantir ao empreendimento do polo vigoroso da relação de consumo confortável *risco zero*, já que integralmente transferido ao consumidor que, porém, é quem tem o direito básico à proteção contra o método comercial desleal ou coercitivo (art. 6º, IV, CDC).

62) Por outra, além da vedação legal também expressa a que se refere o art. 51, III, do CDC, foi expressamente definida como “cláusula abusiva” e, destarte, nula de pleno direito, aquela que subtraia ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, II, CDC), tudo a sustentar a incompatibilidade vertical do art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20 com o seu fundamento de validade, o art. 170, inc. IV e V da Constituição da República.

63) De tudo isto, resulta de meridiana clareza que, a uma, se encontra preenchido, para o deferimento da antecipação da tutela de urgência, o requisito processual do *fumus boni iuris*, que é a plausibilidade da tese ora sustentada em relação à condenação definitiva da ré a reembolsar a quantia já paga por quem as alternativas de cumprimento da obrigação inicialmente contratada não atenderam.

64) A duas, diante da característica de generalidade do estado de calamidade pública, indiscriminadamente afetando os diversos setores da vida em sociedade, transferir o risco do negócio ao polo vulnerável da relação de consumo implica subtrair-lhe recurso ao qual poderia emprestar destino diverso, enfrentando, quiçá, despesas urgentes à própria subsistência.

65) Outrossim, até a provável procedência do pedido principal por provimento jurisdicional de mérito definitivo, o evento musical em questão, ainda que ocorra posteriormente à data “a confirmar” em dezembro desse ano, já terá, certamente, se realizado, o que não impedirá a ré de vir a revender o ingresso cujo valor já pago não tiver reembolsado, obtendo vantagem exagerada por ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (art. 51, Parágrafo Primeiro, inciso primeiro, CDC).

66) Daí que é indispensável assegurar, incontinenter, ao consumidor que não aceitar as propostas de cumprimento de obrigação contratual alternativa previstas na lei n. 14.046/20, o direito ao reembolso do valor já pago, justificando, o perigo da demora do provimento jurisdicional definitivo no caso, o deferimento da tutela antecipada de urgência, pelo preenchimento dos requisitos legais respectivos.

67) Requer, outrossim, o autor coletivo a concessão de tutela antecipada, determinando esse r. Juízo que a ré, ao cabo do processo de negociação a que faz referência a Lei nº 14.046/20, caso rejeitadas, pelo consumidor, as alternativas que prevê, proceda, incontinenter, ao reembolso do valor já pago pelo ingresso para o evento musical em questão sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ocorrência, corrigidos monetariamente.

OS PEDIDOS PRINCIPAIS

68) Pelo exposto, REQUER, finalmente, o Ministério Público:

a) que, após apreciado liminarmente e deferido, seja julgado procedente o pedido formulado em caráter liminar;

b) que seja a ré definitivamente condenada a se abster de subtrair ao consumidor que adquiriu o ingresso para o evento Lollapalooza, que deveria ter se realizado em abril de 2020 no autódromo de Interlagos, em São Paulo, SP, a opção de reembolso do valor já pago, caso frustrada a negociação a que se refere a Lei nº 14.046/20, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ocorrência, corrigidos monetariamente, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, *in fine*, da Lei nº 14.046/20, na parte em que prevê que “o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor.”;

c) que seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais de que tenha padecido o consumidor, individualmente considerado, em virtude dos fatos narrados, a ser apurado em liquidação;

d) que seja o réu condenado a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), em consequência da gravidade dos fatos narrados e da robustez financeira do réu que presta serviços de produção de eventos artísticos internacionais;

e) a publicação do edital ao qual se refere o art. 94 do CDC;

f) a citação do réu para que, querendo, apresente contestação, sob pena de revelia;

g) que seja condenado o réu ao pagamento de todos os ônus da sucumbência, incluindo os honorários ao CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à base de 20% sobre o valor da causa, mediante depósito em conta corrente nº 2550-7, ag. 6002, Banco Itaú S/A, na forma da Res. 801/98.

Nos termos dos artigos 319, VII, c/c 334, §5º, do Código de Processo Civil, o autor desde já manifesta, pela natureza do litígio, desinteresse em autocomposição.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do artigo 319, VI, do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, notadamente a pericial, a documental, bem como depoimento pessoal do réu, sob pena de confissão, caso o réu (ou seu representante) não compareça, ou, comparecendo, se negue a depor (art. 385, § 1º, do Código de Processo Civil), sem prejuízo da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Atribui-se à causa, de valor inestimável, o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Rio de Janeiro, 1º de setembro de 2020.

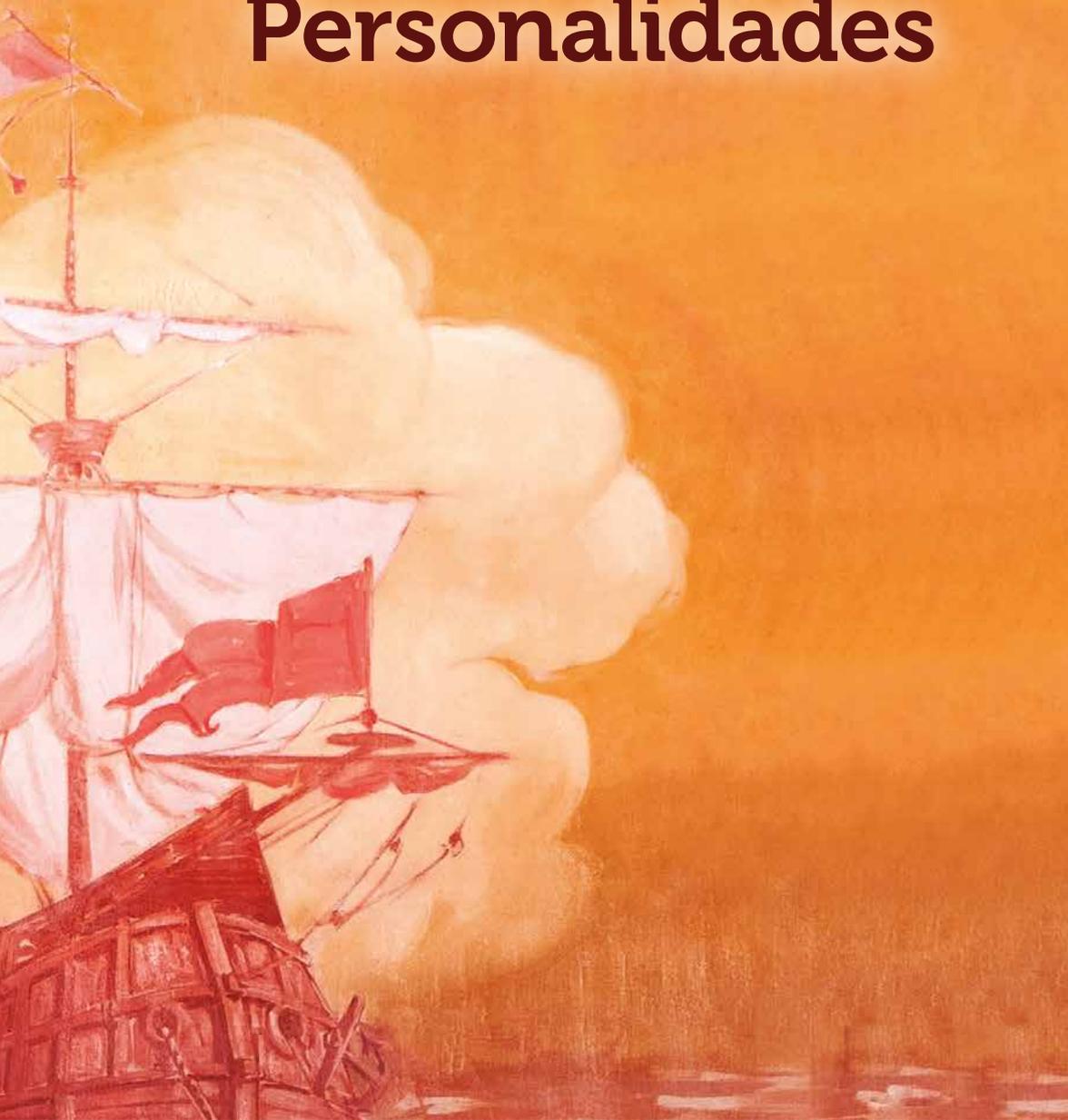
RODRIGO TERRA

Promotor de Justiça



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades



Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

PERSONALIDADES DO MPRJ

VIDEOCONFERÊNCIA

MPRJ
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CDM
MPRJ
CENTRO DE MEMÓRIA PROCURADOR DE JUSTIÇA
JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR



Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho: civilistas notáveis do Ministério Público

Texto e entrevista:

Márcio Klang – Coordenador

Nataraj Trinta – Historiadora

Transcrição:

Nayara Cristina dos Santos

Edição:

Nataraj Trinta

MK: Bom dia, meu nome é Márcio Klang e sou o coordenador do Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Está é a 10ª edição Personalidades do MPRJ, projeto que colhe História Pública Oral para o Ministério Público formar o seu acervo histórico. Hoje nós temos o prazer de entrevistar dois colegas nossos do MPRJ. Um foi meu professor, então, estou um pouco nervoso por causa disso: Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. E o outro é o não

menos ilustre Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Ambos são professores da faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). O programa tem quatro blocos. No primeiro bloco vou entrevistar o Dr. Paulo Cezar, no segundo bloco vou entrevistar o Dr. Dalla. No terceiro entrevisto os dois e no quarto e último bloco são as perguntas da plateia, das pessoas que estão participando da gravação.

MK: Quem é, na sua opinião, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro?

PCPC: Bom, eu fui seu professor... Você vê que eu sou um jovem ainda, porque você é muito jovem também. Sou uma pessoa comum, como qualquer outra, que agradeço muito à Deus por tudo que tenho, tudo que ele me concedeu: família, filhos e a minha trajetória profissional.

MK: Você nasceu onde, Paulinho?

PCPC: Eu nasci no Rio de Janeiro, sou carioca da gema. Aqui fiz a minha carreira. Me formei na UEG - Universidade do Estado da Guanabara, turma José Carlos Barbosa Moreira. Tive também a inspiração dos meus professores, meus amigos e meus alunos. Enfim, sou uma pessoa igual a qualquer outra.

MK: Você ainda estudou na faculdade de Direito do Catete?

PCPC: Estudei no Catete e me formei em 1972 no Estado da Guanabara ainda. Fui da última turma da Universidade do Catete no velho casarão do Catete. Bons tempos!

MK: Por que você resolveu fazer concurso para o Ministério Público? Você tinha uma vocação, alguém na família?

PCPC: Não. Na minha família não tinha nenhum advogado, todos eram engenheiros. Todo mundo queria que eu fizesse engenharia, mas eu não queria fazer de jeito nenhum, então, fui o primeiro advogado da família. Em 1972, Márcio, não existiam os grandes escritórios de advocacia e nem as grandes empresas. A profissão da advocacia não era uma função complexa. Eu, que estudei na UEG, tive professores que me inspiraram. Naquela época você fazia concurso e se empolgava com os professores: professor José Carlos Barbosa Moreira, Procurador do Estado; Ricardo Lira, Procurador

do Estado; professor Sérgio Demoro Hamilton, que me preparou para o concurso do Ministério Público. Então, aquilo era um sonho e eu achava que era inatingível!

Me formei em dezembro de 1972 e em fevereiro de 1973, dois meses depois, abriu o concurso do MP do Estado da Guanabara e de São Paulo. Só que no de São Paulo nós fizemos um treinamento, porque era muito rápido, demorava seis meses. O concurso da Guanabara demorava um ano e meio porque todo mundo queria vir para a Guanabara. Não tinha comarca, era um número limitadíssimo de Promotores e Procuradores, eram 110 entre todos, ganhava-se muito bem e ainda podia advogar, com todas as restrições impostas na época. Fiz os dois concursos, cheguei a ficar oito meses em São Paulo como Promotor, fazendo o concurso do Rio, que demorava mais. Quando passei para a Guanabara eu vim, logicamente, assumir aqui o cargo de Defensor Público.

MK: Você ficou oito meses em São Paulo. O que você observou de diferente do MP de São Paulo quando você chegou no MP do Rio?

PCPC: Olha, o MP de São Paulo, na realidade, era mais unido, porque eles tinham as comarcas, tinham as reuniões, os cursinhos preparatórios... Diria que o MP da Guanabara era um Ministério Público mais brilhante, porque havia muitas estrelas, grandes Promotores e Procuradores. Agora, realmente, em termos de organização, São Paulo era mais organizado naquele momento como instituição. Mas a Guanabara é Guanabara, né?!

MK: Quero pegar essa deixa. Em termos de infraestrutura, você lá em São Paulo deve ter encontrado mais infraestrutura do que encontrou no Rio de Janeiro ou estou errado?

PCPC: Sem a menor dúvida.

MK: Mesa, cadeira, máquina, sala, banheiro, telefone, funcionário...

PCPC: Sem a menor dúvida, em São Paulo você tinha. Fiquei na comarca de Piracicaba, lá tinha mesa de lanche toda tarde. Você tinha uma infraestrutura imensa de funcionários e tinha um curso preparatório. Nós só tivemos curso preparatório para os novos Promotores muitos anos depois, realmente era uma outra infraestrutura. A nossa infraestrutura você sabe como era. Nós tomamos posse na Nilo Peçanha, nº 12 segundo e terceiro andares.

Eram dois andares. O gabinete do Procurador-Geral tinha 12m². Tinha um sofá de couro rasgado ali no canto e, na hora da posse, nós estávamos comprimidos no corredor do elevador. Tinha que entrar um de cada vez para assinar o termo de posse. E os convidados ali todos subindo as escadas, espremidos ali na hora da posse. Eu tinha que levar minha máquina de escrever, levava meu papel (porque era máquina de escrever naquela época, não tinha computador). Me lembro da Revista de Direito, que era no terceiro andar. Fiquei muito tempo lá. Primeiro como assistente do professor Sergio Demoro Hamilton. Eu era uma espécie de vice-diretor, [cargo] que não existia, mas eu estava acumulando e trabalhando com ele lá durante anos. Depois fui diretor. Nós tínhamos que, às vezes, comprar tacos e colocar os tacos no chão, porque não tinha dinheiro. Não havia nada. Houve uma época em que não tinha um tostão para a Revista. Eu e o professor Demoro fomos para a Imprensa Oficial em Niterói. Para a Revista não acabar, fizemos um convênio para que eles pudessem editar um número determinado de Revista para os colegas, desembargadores e ministros do Supremo. A outra parte era vendida, porque a Revista era muito procurada na época! Foi isso que salvou a Revista, porque não tinha dinheiro nem para papel na Procuradoria. Você imagina que nós colávamos selos para mandar a Revista, eu, o Demoro e duas funcionárias. Cada Revista tinha 20 selos, então, nós tínhamos que colar em cada Revista, porque o dinheiro era desvalorizado. Colocava as Revistas no meu carro e levava para os Correios para despachar para os colegas. Era assim que funcionava. Quer dizer, não existia nenhuma estrutura: zero, zero, zero.

MK: Paulinho, deixa eu te falar uma coisa: quando fui tomar posse em 1977, naquele gabinete que você acabou de descrever, que tinha baratas e ratos passando e a cortina era rasgada, me lembro que me sentei e minha mãe, que foi comigo, disse assim: “Ô Márcio, você tem certeza de que é aqui a sua posse?” Eu disse: “Mamãe, tenho. Por quê?” Ela: “Esse lugar aqui é meio esquisito, não é? Você tem certeza de que vai sair do escritório que você está, do Dr. Jayme Leivas Bastian Pinto, que advoga para o *Chase Manhattan Bank*, para trabalhar aqui nesse buraco?”. Eu disse: “Mamãe, eu quero ser Promotor”. Ela: “Ah, bom, então, tudo bem. Não falo mais nada”. Ela ficou horrorizada! Eu já peguei pior, porque era cinco anos antes. Era uma coisa indescritível, uma coisa horrível, uma coisa horrível.

Além da sua atividade como Defensor Público, depois como Promotor substituto, depois Promotor Público na antiga Guanabara

(porque a carreira começava como Defensor), eu queria que você falasse um pouquinho de um caso, um *leading case* no Supremo Tribunal Federal, que você como Promotor recorreu em benefício do réu. Sim, porque o nome dizia: você era Promotor Público.

PCPC: Esse é um caso interessante que, vamos dizer, foi o início da minha atividade acadêmica. Logo que eu entrei no Ministério Público eu fiquei acho que um mês, um mês e pouco, na 4ª Vara Criminal. Eram 10m², havia três Promotores e dois Defensores e 10m². Tinha uma mesa que eu dividia com o Affonso Pernet, cada dia um se sentava no meio e o outro se sentava na ponta.

MK: Se ele chegasse, você tinha que se levantar. Eu sei, também conheci isso.

PCPC: Exato. Eu fui para o Tribunal de Justiça e Alçada Cível e Criminal. Era o único Defensor e fazia umas 20 sustentações orais por semana, hora no cível, hora no crime. E foi um momento muito espetacular na minha carreira profissional. Abriu muitos horizontes. Eu estava no Tribunal e recebi um recurso. Na época foi um recurso do [Hamilton] Carvalhido. O Carvalhido pediu absolvição, o juiz condenou e o Carvalhido recorre para absolver o réu. Quando recebi aquilo no Tribunal fiquei empolgadíssimo. Já estava dando aula de Processo Penal, aula para você Márcio, Afrânio Silva Jardim, José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Francisco Antônio Souto e Faria... Você vê que já tem tempo isso, estou um pouco idoso, jovem idoso. Era uma turma fantástica aquela turma de vocês! Naquela época me surge esse caso. Eu me empolguei, fiquei empolgadíssimo. Fui fazer a sustentação oral, perdi por dois a um. Fiz embargos infringentes na época para as câmaras criminais reunidas, perdi por cinco a zero. Mais do que isso, todos os Procuradores de Justiça da época deram parecer contra a tese, dizendo que o Ministério Público não tinha legitimidade nem interesse para recorrer de sentença penal condenatória. Veja como era. Eu fiz o recurso extraordinário e fui vitorioso no Supremo por cinco a zero. O meu trabalho publicado na Revista de Direito Penal foi justamente esse trabalho que eu fiz. A Revista era do Heleno Fragoso, o secretário era o Nilo Batista, que era do Ministério Público do antigo Estado do Rio. Foi minha primeira publicação. Vamos dizer que foi aí que começou minha trajetória acadêmica com trabalhos sobre Ministério Público.

MK: É, eu acho que daí a gente pode inferir que a nomenclatura de Promotor de Justiça me parece mais adequada do que Promotor Público, porque nós somos Promotores de Justiça. Se o caso era de recorrer em favor do réu, porque assim nós estaríamos fazendo justiça, eu acho que é melhor do que Promotor Público, que dá uma ideia de ser aquele contumaz acusador. E Promotor de Justiça não, ele promove justiça, seja ela qual for.

Agora, Paulinho, vamos falar de uma coisa que é fundamental e surgiu, também, um pouquinho depois desse momento, que é a figura do Promotor Natural. Sim, porque ela cria uma garantia em favor do cidadão e em favor da sociedade. Você pode nos falar sobre isso?

PCPC: Posso. O Promotor Natural foi minha tese de livre docência. Sempre tive muito foco no trabalho do Ministério Público e escrevi um livro sobre o Ministério Público no processo civil e penal, “Promotor Natural: conflito e atribuição”. Foi uma tese de livre docência e eu publiquei em livro e foi um sucesso. Mais de cinco, seis edições, com várias tiragens em cada edição. Naquele momento em que o Ministério Público... Você conheceu aquele Ministério Público, mas ainda era pior quando eu entrei. Você não tinha independência. O Procurador designava Promotores Especiais, o Procurador-Geral avocava etc.

MK: Nós tínhamos a Comissão Geral de Investigações (CGI) dentro da Procuradoria, não é?

PCPC: É. Não tinha titularidade. E quem primeiro falou sobre o Promotor Natural foi o professor Demoro, que chamou de Promotor Legal. Ele fez um pequeno trabalho e esse tema era muito pouco conhecido. Foi justamente o centro da minha tese do Promotor Natural. O interessante é que quando eu defendi a tese, a banca era o José Carlos Barbosa Moreira, o Cândido Rangel Dinamarco, Galeno [de Vellinho] Lacerda, Calmon de Passos e o Weber Martins Batista e foi um *frisson* lá, porque ninguém conhecia o Promotor Natural; eles conheciam o Juiz Natural. Foi uma arguição muito dura. Eu fui aprovado, aí o pessoal começou a ter ideia do que era o Promotor Natural. O interessante é que o Promotor Natural ficou e foi importante. Depois todas as candidaturas de Procuradores-Gerais tinha que ter: “respeito ao Promotor Natural!”.

MK: Isso era uma bandeira.

PCPC: Mas naquela época foi uma época muito dura porque o governo, a Procuradoria Geral, o governador tinham uma influência muito grande sobre o Ministério Público e aquilo causou problemas na instituição. Inclusive levou a uma série de movimentos posteriores a favor dos princípios da independência que nós temos hoje. Mas foi um momento realmente importante dessa minha tese. Ainda tenho o livrinho, está esgotadíssimo esse daqui, mas eu pretendo um dia... E agora que nós estamos falando do Promotor Natural novamente, está em discussão isso lá no Supremo, acho que eu vou reeditar esse meu livro.

MK: Sim, sim. Isso está em pauta, está muito em pauta. Paulinho, para terminar o seu segmento: você falou em movimentos que vieram posteriormente. Eu queria que você falasse um pouquinho sobre o Movimento Reunião e a questão da eleição para o Procurador-Geral de Justiça, tendo em vista a necessidade de atribuir ao chefe da instituição uma certa independência e uma certa legitimidade na classe. Fala um pouquinho porque você fez parte dessa história.

PCPC: É, o Movimento Reunião teve uma importância fundamental não só para o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, mas para o Ministério Público de todo Brasil. Foi um movimento realmente de vanguarda, de um grupo de Promotores, que eu tive o privilégio de fazer parte, que lutava contra tudo isso que existia à época. Não existiam promoções ou remoções por merecimento e a titularidade era “o mais o menos”. Para se ter ideia, o Conselho era o Procurador-Geral, indicado pelo governador, que escolhia o Subprocurador, que fazia parte do Conselho, e que escolhia também o Corregedor, que fazia parte do Conselho e havia um membro eleito. Então, o Procurador-Geral promovia quem ele quisesse, removia quem ele quisesse. E nós tínhamos colegas que pulavam.

MK: As reuniões eram secretas!

PCPC: Reuniões secretas, as portas fechadas e colegas que pulavam cem, cinco, seis concursos...

MK: Ah, tinha o João do Pulo.

PCPC: João do Pulo. Então, todo nosso trabalho do Movimento Reunião foi contra essa força existente. O movimento começou em 1988 quando nós lançamos uma chapa à presidência da

Associação chamada Pedro Jorge. Pedro Jorge era uma Promotor de Pernambuco que foi assassinado. Então, nós lançamos a chapa “Pedro Jorge, Movimento Reunião”. Em 1990 o movimento já estava institucionalizado, com boletins e jornais. Até cedi para o Centro de Memória.

MK: Eu me lembro. Você mandou para a gente. Nós temos lá no acervo.

PCPC: O Avelino Atalla disse que tem todos, ele fez parte do Movimento e disse que vai ceder também para o Centro de Memória. E nós tínhamos editoriais, trabalhos... Todos com críticas fortes a todo aquele sistema. Havia o perfil de cada membro do Ministério Público, enfim... Nós resolvemos lançar candidatos à Procurador-Geral de Justiça. Nosso primeiro candidato foi em 1990, o Nildson Araújo, hoje Desembargador. Ele entrou na lista tríplice, mas não foi indicado. Avelino Gomes foi o segundo, não foi indicado. Finalmente, em 1998, o Piñeiro [José Muiños Piñeiro Filho] foi o candidato e foi eleito. Foi em 1998 justamente consolidado toda aquela plataforma do Movimento Reunião. Nós éramos considerados xiitas na época, banidos. Com a eleição do Piñeiro que o Movimento se extinguiu. Ele [o movimento] teve, realmente, uma influência grande, sem a menor dúvida. Os jornais aí estão, a memória aí está. E tem um detalhe muito importante da eleição do Procurador-Geral: em 1983 nós fizemos uma eleição sem lei, sem nada. Foi a primeira eleição no Brasil, fizemos a eleição pela nossa Associação. O mais votado foi o Nicanor Médici Fisher e o governador era o [Leonel] Brizola. Nós mandamos para o Brizola o resultado da votação e o Brizola nomeou o Fisher. Foi a primeira eleição, em 1983 no Brasil. Então, isso foi um marco importante para mostrar que o Estado do Rio de Janeiro sempre esteve na vanguarda deste movimento de independência. Isso é muito importante para os mais jovens porque eles não têm ideia do que era o Ministério Público do passado para o que é hoje. Eu não me esqueço do caso do nosso colega Petersen [João Batista Petersen]. Ele era da Curadoria de Meio Ambiente e era do Movimento também. Ele assumiu, deu um despacho contra o interesse do Governador e no dia seguinte o Governador mandou uma mensagem para a Assembleia extinguindo o cargo de Curador de Meio Ambiente e passando as atribuições para o Procurador-Geral, simplesmente isso. Era assim que funcionava. Então, o Movimento Reunião realmente teve essa importância na instituição e eu fico muito feliz de ter participado daquela luta institucional.

Aliás eu quero antes de tudo aqui cumprimentar meu querido Humberto [Dalla] e todos os colegas. Peço desculpas, estamos aqui informalmente. O Humberto é um querido amigo, nós estamos juntos desde os bancos escolares e eu fico muito feliz em estar aqui com ele que é hoje um grande expoente na instituição. E que eu me orgulho muito de ter ajudado um pouquinho.

MK: Deixa-me jogar um pouquinho confete em mim mesmo. Também tenho uma aluna, uma ex-aluna presente, a Dra. Ligia Portes. Ela tinha um ano de idade na época e eu tinha dez. Mas ela foi minha aluna no curso preparatório de concurso.

Dalla, a mesma pergunta que eu fiz ao Paulinho: quem é, na sua opinião, Humberto Dalla Bernardina de Pinho?

HDBP: Essa pergunta é sempre a mais difícil, não é? É aquela pergunta de terapeuta, a primeira sessão que você chega na análise e o terapeuta pergunta: "Quem é você?" Aí você fica ali longos minutos.

MK: Exatamente. Começa a gaguejar, não sabe bem.

HDBP: Eu queria agradecer imensamente o convite mais uma vez. Para mim é um momento de grande emoção poder participar desse projeto da casa e poder estar ao lado do Paulo, que é, como todos sabem, o meu mestre desde o 5º período da faculdade de Direito. Foi o patrono da nossa turma, meu orientador de mestrado, doutorado, e me acompanha todos esses anos. Foi presidente da banca pela qual eu me sagrei Professor Titular da UERJ, então é um momento de enorme emoção. Paulo realmente é uma figura paterna muito forte para mim. Desde que perdi meu pai, transferei esse sentimento ao Paulo, pela maneira como ele sempre me educou. Nunca passou a mão na cabeça não! Sempre me educou, sempre exigiu, mas sempre me deu as oportunidades para que eu pudesse trilhar esse caminho. E eu procuro, dentro das minhas limitações, fazer pouquinho do que ele me ensinou com os meus alunos, para a gente perpetuar essa maneira de ser, esse *way of life* de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que precisa ser imortalizado. Bom, Márcio, eu sou nascido no Rio de Janeiro em 1971. Nascido lá na Casa de Portugal, na Tijuca. Sou tijucano de raiz. Estudei no colégio Marista São José, frequentei a Faculdade de Direito da UERJ, então eu sou assim bem tradicional nesse aspecto. A tradicional família tijucana, digamos assim.

MK: Por que você resolveu fazer concurso para o Ministério Público? Você se formou e podia fazer magistratura, defensoria, magistratura federal, enfim, por que Ministério Público?

HDBP: É, acho que o grande responsável está aqui, foi o Paulo. Lá na UERJ nós tínhamos um contato muito próximo com o pessoal do MP. Então, eu fui monitor do Afrânio Silva Jardim, quando ele ainda lecionava Processo Civil, antes dele passar a lecionar Processo Penal.

MK: Meu colega de concurso.

HDBP: Exatamente. Fui aluno do Paulo e depois participei do grupo de pesquisa sobre o acesso à justiça e já tinha esses dois exemplos muito fortes. Do oitavo para o nono período da faculdade comecei a fazer o curso do professor Glioche, ali na Tijuca, na Afonso Pena. E eu estagiava no Ministério Público Federal, então, assim, tudo acabou confluindo. Esses fatores todos foram conjugados nessa linha. O meu pai era advogado, trabalhava no Momsen, Leonardos & Cia., que era um escritório de propriedade industrial bastante conhecido, que depois acabou se dividindo e os sócios foram se separando. Eu tinha um convite para entrar para o escritório, mas o Ministério Público sempre...

MK: Era um grande escritório.

HDBP: Era um grande escritório, chegou a ser o segundo, salvo engano, segundo maior escritório de P.I. aqui. Rivalizava com a Dannemann, na época. Era a Dannemann, o Daniel e o Momsem. Isso na década de 1990. Eram os três escritórios referência em P.I. no Rio de Janeiro. Mas nunca me encheu os olhos, eu já desde o oitavo período já estava...

MK: Nem a mim. Propriedade Industrial. Eu as vezes era obrigado a dar aula disso, mas não era muito chegado não.

HDBP: É uma matéria árida. Mas então, desde o oitavo período estava focado no MP. No nono e décimo período eu já fazia faculdade pela manhã e cursinho Glioche à noite. No final do décimo período fiz a prova para ingresso na FEMPERJ, fui aprovado, graças a Deus. Comecei a FEMPERJ em fevereiro e em abril saiu o edital do concurso. Isso era em 1995. Tomei posse no dia 22 de setembro de 1995 e vou completar 25 anos de MP daqui há um mês.

MK: Como eram as condições de trabalho? O que você encontrou como condições de trabalho no Ministério Público?

HDBP: A sede era na Nilo Peçanha, nº 12, salvo engano tínhamos dois andares. A nossa prova oral foi naquele auditório lá. Minha primeira comarca foi Teresópolis. Era época em que estavam se organizando as promotorias eleitorais, então alguns colegas estavam migrando para o interior para assumir as funções eleitorais. E aí, algumas comarcas próximas acabaram ficando vagas, então estive em Teresópolis, Itaguaí...

MK: Itaguaí deve ter sido pesado. Estive em Itaguaí, é uma comarca pesada.

HDBP: Foi. No primeiro dia que cheguei, nunca me esqueço disso, me avisaram: “Olha, decapitaram o filho do ex-prefeito”. Foi a primeira notícia quando cheguei. Botei o pé na comarca e disseram: “Olha, esse fim de semana foi animado, cortaram a cabeça do filho do ex-prefeito”. Eu falei: “Meus Deus!” Mas era realmente uma comarca bem delicada de se trabalhar, muito sensível.

MK: E aí você já encontrou mesa, cadeira, telefone, banheiro, máquina de escrever? Nesse caso já era computador ou ainda era tudo precário?

HDBP: Máquina de escrever ainda. Nós já tínhamos alguma estrutura, mas basicamente, máquina de escrever. Tive a sorte que eu trabalhei no começo da faculdade como tradutor, assistente de um tradutor juramentado, então eu já tinha minha maquininha de escrever. Eu tinha uma Olivetti portátil que eu levava comigo. E eu fiz na época... Os mais novos nunca ouviram falar, mas o curso TED, que ficava ali na Sãens Peña, que era um curso de datilografia. Então, eu sempre datilografei muito rápido.

MK: Legenda: datilografia é digitação.

HDBP: É, exatamente. Na hora da edição o pessoal vai ter que colocar aqui: “datilografia é igual a digitação”. Então, eu sempre digitei muito rápido por conta do curso TED e do meu trabalho como tradutor assistente. Isso me ajudava muito. Eu fazia as peças muito rápido. E no interior as peças acabam se repetindo. Era muita denúncia de uso de droga, muita denúncia de roubo, de furto...

Logo depois chegaram os computadores. Eu tinha computador em casa, mas era um desktop, em 1995. Aí eu levava os processos mais complicados para fazer no computador de casa. O laptop, eu não tinha ainda porque eram muito caros. Estavam chegando no Brasil os primeiros laptops. Me lembro que um laptop custava mais do que o nosso salário inicial do MP. Então, não havia a menor...

MK: Sim. Os primeiros eram caríssimos, me lembro disso. Me diz uma coisa, você já tinha papel?

HDBP: Pelo que me lembro sim. Eu acho que a gente passou na sede e pegou tipo um kit, com papel, caneta, grampo... E a comarca, como não era muito distante, também tinha. Acho que o Promotor que tinha me antecedido fez a gentileza de deixar algum material lá também. Então, não me lembro de ter tido esse tipo de problema não. Isso foi razoavelmente tranquilo. Depois fiquei rodando muito na Baixada Fluminense: Duque de Caxias, Nova Iguaçu, São João. Aí, já tínhamos uma condição bem melhor pela proximidade, não é? Então, quanto esse aspecto de recursos materiais nunca tive uma dificuldade maior não, graças a Deus.

MK: Queria que você me falasse um pouquinho sobre o conceito e as características da Transação Penal, que é uma coisa que pouco conheço, mas, que me lembre, ela foi importada do Direito norte-americano. Mas, enfim, se você pudesse falar um pouquinho da Transação Penal, seria interessante.

HDBP: A Transação foi o primeiro tema que estudei com mais afinco porque foi objeto da minha dissertação de mestrado na época. Nessa época eu ainda estava muito mais voltado para o Processo Penal do que para o Processo Civil, embora na UERJ a gente siga a escola do Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e do Ministro Luiz Fux, que, por sua vez, seguem a escola do nosso mestre José Carlos Barbosa Moreira, no sentido da unicidade da Teoria Geral do Processo. Então, a gente sempre estuda os fenômenos de Processo Civil e Processo Penal dentro de uma base unitária. Mas a Transação Penal foi o primeiro mecanismo que abriu as portas de um espaço de consenso no Processo Penal. Uma ideia de que, dentro de condições de temperatura e pressão controladas, em um juizado de pequenas causas, onde a pena máxima na época era de um ano (na redação original o JECrim só se aplicava as infrações apenas com até um ano, depois houve a Lei dos Juizados Especiais Federais e a pena

aumentou para dois anos) e que ali, normalmente casos de Ação Penal Privada ou Pública Condicionada, se entendia que a melhor solução para o caso seria uma solução consensuada e não uma solução imposta. Mas ainda assim, a gente na época enfrentou uma série de problemas. Eu vejo que hoje a Transação Penal, ela está um pouco em evidência no aspecto negativo, porque uma das molas propulsoras da Transação Penal era justamente a ideia que a professora Ada Pellegrini havia trazido do Direito Italiano que era a figura do “*nolo contendere*”. Então, a Transação Penal era uma espécie de mistura entre o “*plea bargain*” do Direito norte-americano, a regra 11 do Código de Processo Penal americano, dos *Federal Rules of Criminal Procedure* e a legislação italiana que tratava do “*nolo contendere*” que seria aquela opção de aceitar uma punição menor para não discutir a culpabilidade ou a autoria. A gente percebe que essa tendência hoje está esvaziada. A colaboração premiada e acordo de não persecução penal, que são os dois instrumentos da vez, ambos vão em sentido contrário e vão exigir exatamente a confissão do investigado. A admissão expressa do fato, então, me parece que a ideia do “*nolo contendere*” não funcionou bem no Direito brasileiro, tanto que os novos instrumentos já foram trocando a opção do “*nolo contendere*” pela opção do *guilty plea*.

MK: Você acha que esse instituto da Transação Penal se antepõe ao princípio da obrigatoriedade da ação Penal Pública?

HDBP: Acho que não. Acho que a gente vai conceber a obrigatoriedade num outro formato. Acho que a gente está fazendo uma releitura, um redimensionamento do princípio da obrigatoriedade. Uma das primeiras posições sobre o tema, que foi do próprio professor Afrânio [Silva Jardim], sustentava que a Transação Penal (TP) seria uma forma alternativa de exercer o princípio da obrigatoriedade. Ou seja, o Promotor diante do fato teria duas alternativas: oferecer a denúncia ou apresentar a proposta de TP. E essa proposta de TP também seria informada pelo princípio da obrigatoriedade. Mas me parece que hoje a gente está em um momento de fazer um realinhamento, uma releitura, um redimensionamento desse princípio da obrigatoriedade, na medida em que nós temos várias outras ferramentas, tanto no aspecto penal quanto no aspecto civil público, como o Termo de Ajustamento de Conduta [TAC] e mesmo o acordo de não persecução civil, que vale para a matéria de Improbidade Administrativa.

MK: Vocês dois participaram da elaboração do projeto de lei do qual resultou o Código de Processo Civil de 2015. Queria que vocês falassem um pouco desse trabalho. Como foi o trabalho em grupo, as colaborações e as dificuldades? E qual é o balanço geral que vocês delineiam sobre esse Novo Código de Processo Civil?

PCPC: Foram três comissões no novo código de Processo Civil. Teve a primeira comissão no Senado, presidida pelo Ministro Luiz Fux. Foi a comissão que elaborou o anteprojeto. Nós fizemos o anteprojeto, depois ele foi aprovado no Senado e submetido à Câmara dos Deputados. Na Câmara, foi criado um grupo de juristas para acompanhar o projeto. O relator da Câmara tinha sido meu aluno e ele também me convidou para fazer parte da comissão da Câmara. Foi interessante porque a comissão da Câmara tinha que discutir o projeto do Senado, que eu tinha participado. Depois teve uma terceira comissão, porque o projeto volta da Câmara para o Senado. O Senado criou nova comissão, foi a terceira, com cinco membros, que eu também participei. Foi a comissão da redação final do Código. Foi uma experiência realmente única. As reuniões eram feitas em Brasília no início, todas em Brasília. Na primeira reunião, cada um trouxe ideias, sugestões que achavam importante para o novo Código. Entre elas, cito uma das contribuições que foi uma proposta que fiz logo na primeira reunião, foi a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), uma proposta que tinha como nome inicial Incidente de Coletivização, depois nós mudamos o nome. Cada um trouxe propostas, as discussões foram feitas e nós aprovamos em um espaço de tempo relativamente curto. Tudo com audiências públicas no Brasil todo! Ficou alguns anos na Câmara, que fez modificações. As últimas reuniões foram no Rio de Janeiro, porque o Congresso estava para entrar em recesso, o Luiz Fux que presidia estava no Rio e nós tínhamos que fazer uma redação final. Nós chamamos o grupo de juristas da Comissão da Câmara e nos reunimos no meu escritório, numa sala grande de reunião que eu tenho. Veio taquígrafo de Brasília, Deputado... Foi muito interessante porque ali nós fechamos os pontos que havia dúvidas entre as várias correntes. O texto foi levado para votação. Me lembro que na hora da votação nós estávamos lá. Os líderes podem apresentar emendas, então, eram apresentadas emendas na hora. E foi um trabalho muito interessante, com três focos: fortalecimento de precedentes, que o Humberto bem conhece, e, mais do que isso, fortalecimento da transação, da negociação; e um procedimento mais rápido, no sentido de diminuir o número de processos e dar mais agilidade. Ele [o novo Código de Processo

Civil] tem funcionado bem, nós temos grupos de pesquisa, eu e o Humberto, na faculdade, estudando a evolução desses institutos que foram as grandes apostas do novo Código. O Humberto vai saber falar melhor agora sobre essa parte das propostas e do que está acontecendo.

HDBP: Eu acho que além desse ponto que o Paulo colocou muito bem, há a tentativa do Código de equilibrar a maior efetividade da providência jurisdicional. Então, um aumento dos poderes do juiz, mas por outro lado também o aumento exponencial dos poderes das partes. Não só pela possibilidade de acordos sobre o Direito material, mas também acordos sobre os aspectos procedimentais, o chamado 190 do CPC que ainda é timidamente utilizado. É um dos dispositivos que nós mais apostávamos, pensávamos que haveria uma adesão maciça, mas a gente observa ainda, não só os advogados privados, mas também os públicos, um pouco reticentes com relação ao 190, em termos de segurança jurídica. E as múltiplas possibilidades que se abrem quando a gente combina o CPC de 2015 com a Lei de mediação e com a Lei de arbitragem. Então, a possibilidade que você tem hoje de ainda na fase contratual fazer uma disposição clara e segura sobre qual a ferramenta que você pretende utilizar para resolver aquele tipo de conflito. Você pode inclusive fazer cláusulas escalonadas: primeiro vamos tentar uma mediação, que é lá o artigo 23 da Lei de mediação, se a mediação não funcionar nós vamos partir para a arbitragem ou vamos partir para um processo judicial customizado, onde as partes de antemão já vão definir fluência de prazos, números de testemunhas que vão ser ouvidas, perícia consensual, e já deixa indicado de comum acordo quem será o perito, caso haja necessidade de realização desse tipo de prova.

MK: Isso é sempre um tormento.

HDBP: Então assim, sem dúvida nenhuma é um dos ordenamentos mais modernos que se tem notícia. Se você compara o teor do CPC de 2015 com o Código português, que nos influenciou bastante, o código italiano, o código francês, o nosso não deixa absolutamente nada a desejar! Ele está alinhado com o que há de mais moderno na ciência processual mundial.

MK: Deixa-me perguntar uma coisa. É uma questão que sempre me foi sensível seja como estudioso do Direito, que tentei ser,

seja como advogado: você pode me dizer se na parte relativa à execução judicial ou extrajudicial, se efetivamente houve uma aceleração desse procedimento executório e se a efetividade da execução melhorou? Porque essa era uma das deficiências do código de 1973, repetindo o de 1939. Quer dizer, a execução era muito bonita na teoria, mas quando chegava na vida prática das coisas, ela, muitas vezes, se via vencida pelas dificuldades postas pelo devedor. Gostaria de saber o que você viu em termo de agilidade e efetividade.

HDBP: Essa é uma questão que está na gênese do Processo Civil. Acho que você foi no ponto, Márcio. Estava recentemente acabando um artigo sobre o Código de Processo Civil de 1924, que era o Código do Estado do Rio de Janeiro. A editora Thoth está lançando uma coletânea de comentários aos Códigos de Processos Cíveis Estaduais. Então, isso me forçou a mergulhar na história e me familiarizar com os acontecimentos, enfim, o que influenciou o legislador. Foi o último Código Estadual antes do Código de 1939, que já foi um Código nacional. E, naquela época, isso já era um problema, buscando autores mais antigos, eles já traziam essa dificuldade. Eu acho que o CPC 2015 melhora muito nesse aspecto, na medida em que ele reforça os conceitos de resultado prático equivalente, reforça o conceito a tutela específica da execução, reforça o conceito de penhora online e permite a prática de vários atos eletrônicos como o próprio leilão eletrônico. Mas, ainda assim, tem um *gap*. Ainda assim tem uma zona de inefetividade. E hoje os autores estão discutindo a própria possibilidade da desjudicialização, ainda que parcial, do processo de execução ou da atividade de cumprimento de sentença. Já há um projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados. O IAB preparou um parecer sobre isso, é uma inspiração forte na legislação portuguesa, que tem a figura do agente de execução e que busca retirar do âmbito do poder judiciário determinadas medidas que poderiam ser efetivadas de maneira mais informal, sobretudo nos tempos atuais onde praticamente tudo tem que ser feito de forma eletrônica.

MK: Vou dar um pequeno exemplo para você, de ordem prática, o depositário do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro não tem depósito. Então, eu tive um caso em que uma empresa era locatária de um galpão industrial. A empresa foi despejada. Você tinha que contratar alguém para desmontar uma máquina de formulários contínuos, que, naquela ocasião, tinha custado 3 milhões de dólares. Então, tinha que ser uma pessoa altamente especializada. O Poder

Judiciário não dispunha disso, o credor muito menos, porque não estava recebendo o aluguel e o devedor estava quebrado. Quem iria desmontar? E se desmontasse, quem iria transportar? O transporte especializado, o seguro do transporte, e depois, quem iria receber uma máquina de 3 milhões de dólares, o depósito público? Sabe qual foi o resultado dessa opereta? Os dois galpões foram invadidos, incendiados e destruídos. Esse foi o resumo da ópera. Estou dando esse exemplo porque, infelizmente, como você pode conceber um depositário judicial que não tem depósito?

PCPC: Márcio, só um complemento importante para execução, sobre o que o Humberto falou. Eu também apresentei na primeira reunião da comissão do Senado a proposta de Execução Administrativa, à semelhança do que já existia em Portugal. Foi muito debatido na comissão, mas entenderam que era um pouco complicado naquele momento, até porque Portugal estava começando e tinha alguns problemas iniciais. Só que, durante a reforma do Código português, eles mantiveram a Execução Administrativa. Então, já foi uma proposta que nós lançamos quando do projeto do Novo Código de Processo Civil, mas que, naquele momento, não vingou. Como o Humberto disse nós criamos mecanismos hoje para desencorajar o mau pagador. Eu dou um exemplo: se a pessoa intimada para apresentar bens à penhora não apresentar, desde que tenha bens, é considerado como ato atentatório à dignidade da Justiça com multa de 20%. Existem mecanismos hoje que afastam a possibilidade de fraude e estimulam a parte contrária ao cumprimento. Hoje o primeiro leilão é o leilão privado. Não é mais o leilão público. Então, como o Humberto disse, existe uma série de coisas, mas continua sendo evidentemente um problema. Naquilo que foi possível nós tentamos melhorar, mas a coisa vai muito da cultura.

MK: Eu concordo.

Agora chegamos ao ponto do quarto segmento e último, que são as perguntas dos participantes que estão nos ouvindo e nos vendo. Eu pedirei a Nayara, a Jéssica e a Maristela, se vocês já têm perguntas de alguém.

Nayara: Nós temos perguntas sim, duas perguntas que foram enviadas pelo *chat*. A primeira é do Eduardo Viana e direcionou a pergunta para o Dr. Paulo Cezar, mas como o Dr. Dalla também participou do processo, então, vou redirecionar a pergunta a

ambos. Considerando sua participação na Comissão que elaborou o Código de Processo Civil de 2015, gostaria que comentassem sobre a importância e as mudanças relacionadas a intervenção do MP no Processo Civil. A segunda pergunta, da Érika Travassos, é direcionada ao Dr. Dalla: gostaria de saber como funciona a Assessoria Internacional do MPRJ.

PCPC: Olha, rapidamente, o Ministério Público no novo Código de Processo Civil teve mantida toda a sua posição anterior, de independência, com alguns acréscimos importantes. Nós privilegiamos muito a atuação do Ministério Público na formação dos precedentes. Inclusive, como legitimado para o Incidente de Demandas Repetitivas, que eu acho que substitui em grande parte a Ação Civil Pública, que não funciona. Então, existe um mecanismo hoje, que o Ministério Público tem muito fortalecido para prestigiar os precedentes. Porque a grande verdade é a seguinte: nós temos um demandismo gigantesco. Então, se nós não tivermos um mecanismo de observância de precedentes, da jurisprudência forte, nós não vamos conseguir diminuir o número de processos. Nós temos um número de ingressos-ano maior que o número de saídas de sentenças, então, você só reverte isso fortalecendo os precedentes de um lado e de outro lado, fortalecendo o lado que o Humberto falou, da Mediação e da Transação. Hoje [temos] o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, através de Resoluções, incentivando que o Ministério Público crie grupos de trabalho entre Promotores de Primeira e Segunda Instância, justamente nessas duas áreas: formação de precedentes e na parte de Transação Penal. O que era uma dúvida no passado. Hoje é o Ministério Público quem diz se há ou não prejuízo se o Ministério Público tiver funcionado no processo. Só quem pode dizer ou não se há prejuízo é o próprio membro do Ministério Público, não é? E não uma avaliação do juiz, se o trabalho dele foi ou não suficiente. Então, foram mudanças importantes, porque foram mudanças principiológicas e de uma nova atuação do Ministério Público. Nós precisamos nos voltar para isso, o MP de hoje tem que se voltar para isso, sair mais do gabinete e passar a exercer essa atividade coordenada com grupos, justamente para localizar os temas que merecem ter precedentes e ao mesmo tempo criar todo um sistema de participação, através de inquérito civil, para a formulação de TACs, e a participação, justamente, nessa atividade de regulação das mediações e das transações, através das câmaras de mediações e transações, que são obrigatórias nos tribunais de todo país.

MK: Dalla, você agora fala um pouquinho sobre a segunda questão da Assessoria Internacional?

HDBP: Sim. A Assessoria Internacional já está prevista no ordenamento interno aqui do nosso Ministério Público. O cargo foi ocupado anteriormente pelo Dr. Márcio Guimarães e antes, se não me engano, pelo Dr. Sérgio Azeredo, que hoje é Desembargador do nosso Tribunal de Justiça. A ideia é facilitar a interação dos nossos órgãos de execução com organismos internacionais. Realizar eventos no país e também no exterior para fins de aperfeiçoamento dos Promotores e Procuradores de Justiça e oferecer um suporte, sempre que há necessidade, de algum relacionamento mais formal com órgãos do Ministério Público de outros países ou também com órgãos governamentais. Então, a Assessoria está ligada à Subprocuradoria de Defesa de Prerrogativas, na pessoa do Dr. Marfan Martins Vieira, e ela funciona sempre que demandada, pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos de execução da nossa instituição.

MK: Me parece que tem mais uma pergunta, não, Nayara?

Nayara: Sim, a gente tem a pergunta do Dr. Hugo Jerke.

Hugo Jerke: Bom dia e boa tarde a todos. É um prazer enorme estar aqui assistindo esses dois expoentes do Ministério Público. Um, meu contemporâneo, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que ingressou no Ministério Público durante a Guanabara, na mesma época em que ingressei no MP do antigo Rio de Janeiro. E o Humberto Dalla, que tive a honra de ver florescer no Ministério Público com essa cabeça brilhante, festejada por todos e todas. Eu queria saber dos dois, é uma coisa que me atormenta muito, é a função do Ministério Público diante dessas atividades contrárias as nossas manifestações. Vou citar o exemplo claro da tal famigerada carta de Ipojuca. Gostaria de saber dos dois a posição de cada qual e se nós devemos nos submeter a essas, no meu entender, absurdas recomendações.

MK: Eu quero fazer um adendo, pegando carona na pergunta do Dr. Hugo. A carta de Ipojuca, para aqueles que desconhecem, é uma carta que diz que o MP, no Processo Civil, não tem que fazer nada. E existe uma recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público dizendo, inclusive, que em mandados de segurança, o que

é absolutamente contrária a recomendação da lei, o MP não tem que funcionar. Realmente achei a pergunta muito oportuna. O que vocês acham dessa postura no Processo Civil e que, em mandado de segurança, o MP não tem que funcionar?

HDBP: Eu acho que essa é uma questão, de fato, bastante sensível. A gente observa uma mudança de paradigma dentro de alguns setores do MP, no sentido de privilegiar mais procedimentos que se dedicam a Tutela Coletiva do que Tutela Individual. Mas confesso que se também vejo com preocupação, Dr. Hugo, porque alguns processos que são rotulados como processos individuais tratam de direitos indisponíveis extremamente relevantes. E algumas das vezes esses processos não são coletivos porque o número de participantes não alcança aquela referência mínima para ser tratado como um direito coletivo. Então, a gente cai no que os autores chamam de Direito Plurívoco. Mas não por isso essa pequena coletividade não merece uma proteção adequada. Então, acredito que a gente precise buscar um balanceamento. Historicamente, o Ministério Público sempre funcionou nos direitos indisponíveis individuais de uma forma bastante efetiva. Obviamente que hoje há uma demanda maior com relação aos direitos coletivos, as ações de improbidade, ações do meio ambiente, consumidor, mas me parece que isso não deve servir de fundamento para um esvaziamento dessa tutela individual. Acho que a gente precisa buscar um ponto de equilíbrio, um meio termo entre essas duas formas de ação.

PCPC: Eu concordo com o Humberto. É importante até para os mais novos, porque quando ingressei no Ministério Público, o MP praticamente atuava em relação a menores e família. Nós éramos os maridos das viúvas e os pais dos órfãos. Não existia ação civil pública, direito difuso, direito coletivo... E o Ministério Público foi muito atuante em Congresso. Apresentei uma tese antes da Lei de Ação Civil pública dizendo que o Ministério tinha legitimidade, através da ação ordinária, para defender direito coletivo. Existia uma lei que permitia reparação do dano ambiental e o Ministério Público podia promover ação de perda e danos, e eu sustentava: se ele ia promover ação de perdas e danos, obviamente ele ia manejar o interdito ou uma ação ordinária para prevenir o dano. Essa mudança foi muito importante para o MP, saindo dessa parte de família, de órfãos, diminuindo a atividade, saindo não, diminuindo essa atividade, e focando mais no interesse social e no interesse coletivo. Mas nós temos que tomar muito cuidado, como disse o Humberto, em ter um equilíbrio. Eu tenho uma teoria muito simples, onde existe

dinheiro público, há interesse público. A pessoa dizer: “Ah, recebi um processo aqui em que funciona um estado de valor pequeno, não vai funcionar o Ministério Público”, ou: “Não vou funcionar no mandado de segurança”. É justamente nessas ações, as vezes menores, que se repetem, e podem criar um precedente importante, podem criar despesas extraordinárias para os órgãos públicos sem que haja uma fiscalização. Então, o interesse público, aí evidentemente, compreende, no meu modo de ver, a interposição do mandado de segurança com a autoridade coautora. Nós temos uma série de atos que podem resultar em um mandado de segurança como improbidade administrativa. Enfim, minha teoria era muito simples: onde há dinheiro público, há interesse público. E tem determinadas atividades que nós estamos repensando: diminuindo a ação em família, reservando uma atuação para outras situações que o Ministério Público intervia, fazendo a intervenção no ponto de vista do direito individual, mas o que disse o Humberto: nós temos que ter um equilíbrio. Por exemplo, falência, não podemos dizer “eu não funciono”. Na falência, estamos diante da lei e também em função de interesses coletivos. Há uma massa de credores, de trabalhadores, enfim. E uma coisa sempre digo, é independência do Ministério Público entender se deve ou não officiar. A outra coisa, no momento em que existe a fixação de atribuições do Ministério Público e a lei, e o colégio de Procuradores fixando, e deve fixar as atribuições, por exemplo, “Ministério Público tem que funcionar em mandado de segurança”, ele tem que funcionar. A independência não passa por trabalhar onde e quando eu quiser. Eu acho que as atribuições devem ser definidas e o Ministério Público, o Promotor, vai ter que atuar. Ainda que ele tenha uma opinião pessoal contrária, acho que esse regramento da atuação é extremamente importante para evitar isso: Promotores que falam em falência, os que não falam; Promotores que falam em mandado de segurança, outros que não falam. Dessa forma não existe uma universalidade e depõe contra o prestígio da própria instituição.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 187.084 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): LUCIANO DO NASCIMENTO LIBERATO

ADV.(A/S): LAERTE FERREIRA DE CARVALHO FILHO

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO DE MÉRITO NO TRIBUNAL *A QUO*. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO *WRIT* NESTA CORTE. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO PROCESSUAL. PREJUÍZO DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A impetração é incabível, consoante enunciado da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*”.

2. A supressão de instância impede o conhecimento de *habeas corpus* impetrado *per saltum*, porquanto ausente o exame de mérito perante o Tribunal *a quo*. Precedentes: HC 100.595, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* de 9/3/2011; HC 100.616, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 14/3/2011; HC 103.835,

Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 8/2/2011; e HC 98.616, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 22/2/2011.

3. *In casu*, o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, sendo absolvido em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006. Foram apreendidos “168g de cocaína, distribuídos em 243 pequenas embalagens, além de 01 (uma) balança de precisão, 04 (quatro) unidades de pacotes plásticos contendo 100 (cem) cada, 02 (dois) grameadores e 01 (uma) fita adesiva”.

4. O pedido de soltura com fundamento na atual pandemia de COVID-19, que acomete diversos países e também o Brasil, não comporta conhecimento originário pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidido, pelo Plenário desta Corte, no recente julgamento da ADPF 347-TPI-MC-Ref (Rel. Min. Marco Aurélio), oportunidade em que foi negado referendo à decisão do Ministro Relator, mantendo na esfera de competência dos juízes de execução a análise da situação individual de cada preso.

5. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos.

6. A alteração superveniente do quadro processual, consubstanciada na modificação do *decisum* objurgado, torna impetração prejudicada. Precedentes.

7. A reiteração dos argumentos trazidos pela parte agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 17/5/2016; e RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 1º/7/2015.

8. Agravo regimental *DESPROVIDO*.

ACÓRDÃO

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 14 a 21/8/2020, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

24/08/2020
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 187.084 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): LUCIANO DO NASCIMENTO LIBERATO

ADV.(A/S): LAERTE FERREIRA DE CARVALHO FILHO

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto por LUCIANO DO NASCIMENTO LIBERATO contra decisão de minha relatoria que negou seguimento ao *habeas corpus* impetrado pelo recorrente, cuja ementa transcrevo:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. TEMA NÃO DEBATIDO PELA INSTÂNCIA PRECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, sendo absolvido em relação ao crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006. Foram apreendidos “168g de cocaína, distribuídos em 243 pequenas embalagens, além de 01 (uma) balança de precisão, 04 (quatro) unidades de pacotes plásticos contendo 100 (cem) cada, 02 (dois) grampeadores e 01 (uma) fita adesiva”.

Em sede recursal, a apelação ministerial foi provida, sendo o paciente condenando pela prática do crime tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006. Desse modo, a pena do paciente foi redimensionada para 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, e multa.

Manejado *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça, a medida liminar foi indeferida. Contra essa decisão, a defesa interpôs agravo regimental, contudo, não foi conhecido, nos termos da seguinte ementa:

QUESTÃO DE ORDEM. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*.
AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE

RELATOR QUE, MOTIVADAMENTE, INDEFERE O PEDIDO LIMINAR. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui pacífica jurisprudência no sentido de que: “Incabível recurso de agravo regimental contra decisão de Relator ou seu substituto legal, que indefere liminar de forma fundamentada em pedido de tutela provisória (precedentes)” (AgRg no TP n. 253/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe de 2/5/2017).
2. Na hipótese, não se verifica a excepcionalidade, a fim de justificar o cabimento do agravo interposto, quando o indeferimento da tutela de urgência foi devidamente fundamentado.
3. Agravo regimental não conhecido.

Foram ainda opostos embargos de declaração, sendo eles rejeitados, por intempestivos.

Sobreveio a presente impetração, na qual a defesa aponta constrangimento ilegal consubstanciado na constrição da liberdade do paciente.

Assevera a tempestividade dos embargos declaratórios opostos em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o CNJ “*fez publicar a Resolução 314/2020 que prorrogou, de imediato no seu artigo 1º, os prazos processuais de feitos nos formatos eletrônico ou físico, até o dia 15 (quinze) do mês findo, isso é, maio do corrente ano*”.

Sustenta que os fatos narrados na denúncia foram imprecisos, ressaltando, ainda, a ilicitude das provas produzidas.

Aduz a ausência de idônea fundamentação na manutenção da prisão preventiva, bem como na não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Destaca a primariedade do paciente, bem como que o mesmo detinha residência fixa e ocupação lícita.

Postula a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão da apelação, tendo em vista a existência de diversas nulidades, além da absolvição do paciente pelo crime descrito no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, bem como a progressão do regime fechado para o semiaberto.

Pugna, ainda, pela substituição da segregação cautelar por outra medida menos gravosa, especialmente em razão do risco de contaminação pela Covid-19.

Neguei seguimento ao *habeas corpus*, nos termos da ementa supratranscrita.

Irresignada, a defesa interpôs o presente agravo regimental, no qual repisa os argumentos da inicial, reforçando o que aduzido sob o fundamento de que a autoridade coatora “*até já enfrentou o mérito, também, com negativa de seguimento do habeas, mas de forma: oblíqua, transversa, canhestra, enviesada; pelo menos precipitada*”.

à exaustão ao decidi-lo, monocrático, afastando da análise integral da matéria o exame, imprescindível, dos demais pares integrantes da sua turma”, ressaltando, ainda, que não se deve concordar “com ilegalidade expressa, violadora de legislação específica e prevista na Carta Política e, em especial, contrária a precedente deste superior sodalício”.

Ao final, formula pedido nos seguintes termos:

Outrossim, acaso não suceda a reconsideração de sua parte, REQUER seja colocado em mesa o presente Agravo Regimental, dando pela sua ADMISSÃO E CONHECIMENTO, a fim de ser DADO SEGUIMENTO E PROVIMENTO COM REFORMA DA R. DECISÃO MONOCRÁTICA AGRAVADA e, primeiro, a cassação do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na apelação criminal, 0017900-24.2016.8.19.0036, e, segundo, do acórdão monocrático de mérito proferido pelo coator nos autos do HC 570813/RJ, que, mais uma vez, manteve a condenação do agravante em 08 (oito) anos e 03 (três) meses em regime inicial fechado de execução da pena.

É o relatório.

24/08/2020
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 187.084 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A presente irrisignação não merece prosperar.

Em que pesem as razões expendidas no agravo, resta evidenciado que a parte agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, motivo pelo qual ela deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Consoante assentado na decisão agravada, verifico que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, I, *d e i*, da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

In casu, a recorrente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello, *DJe* de 1º/10/1999, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL – MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A PRERROGATIVA DE FORO – UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL – NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados,

em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus*, valendo acrescer que essa ação nobre não pode nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma:

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça,

contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Ademais, verifico a inexistência de julgamento colegiado, acerca do mérito da demanda, perante a Corte *a quo*. Nesse contexto, assento que o constituinte fez clara opção pelo princípio da colegialidade ao franquear a competência desta Corte para apreciação de *habeas corpus* – consoante disposto na alínea *a* do inciso II do artigo 102 da CF – quando decididos em única instância pelos tribunais superiores. E não há de se estabelecer a possibilidade de flexibilização dessa regra constitucional de competência, pois, sendo matéria de direito estrito, não pode ser interpretada de forma ampliada para alcançar autoridades – no caso, membros de tribunais superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Daí por que, em situação similar, a Primeira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 108.877/RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, deixou expresso que “*não se conhece de recurso ordinário em habeas corpus contra decisão monocrática proferida no Superior Tribunal de Justiça*”. No mesmo sentido, RHC 117.267/SP, Relator Ministro Dias Toffoli.

Portanto, a Constituição Federal, ao restringir a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por tribunal superior, considerou o princípio da colegialidade.

Divergir desse entendimento para alcançar os atos praticados por membros de tribunais superiores seria atribuir à Suprema Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição.

De outro lado, verifico, por meio de consulta ao respectivo sítio eletrônico, que sobreveio decisão de mérito pelo Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do *writ* lá impetrado. Neste Contexto, impede consignar o entendimento sufragado por este Tribunal no sentido de que a superveniência de decisão definitiva no âmbito do Superior Tribunal de Justiça torna prejudicada a impetração em face do ato que indeferiu a medida liminar, mercê da alteração superveniente do quadro processual. Nesse sentido:

Processual Penal. *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas e Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Súmula 691/STF. Superveniente alteração do quadro processual da causa. Prejuízo da impetração. 1. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou orientação no sentido da inadmissibilidade de *habeas corpus* contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). 2. A superveniente alteração do quadro processual da causa prejudica a análise da impetração. No caso, sobreveio decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça. 3. As peças que instruem o processo não autorizam a concessão da ordem de ofício. 4. *Habeas corpus* não conhecido, revogada a liminar. (HC 141.122, Primeira Turma, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, *DJe* de 8/10/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. IMPETRAÇÃO FORMALIZADA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE INDEFERIMENTO LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* ENDEREÇADO A TRIBUNAL SUPERIOR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 691/STF PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. DESCABIMENTO DE SUPERAÇÃO SUMULAR. SUBSTITUIÇÃO DO ATO INICIALMENTE ATACADO. PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A teor da Súmula 691/STF, é inadmissível a superposição de *habeas corpus* contra decisões denegatórias de liminar, salvo em hipóteses excepcionais, em que o impetrante demonstre a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão hostilizada. 2. Inocorrência das hipóteses de excepcional superação do verbete sumular. 3. Substituição do título questionado no STJ. Prejudicado o *habeas corpus* por perda superveniente do objeto. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 141.156-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 15/2/2018)

No que concerne à aludida afronta ao princípio da colegialidade, tal argumentação, além de reforçar o que decidido monocraticamente, se consubstancia em inovação recursal. Assim, tem-se por inviável a apreciação da tese, porquanto a questão não foi aduzida em momento anterior.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que é incabível a inovação de argumentos nesta fase processual, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública. Nesse sentido, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE.

CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA ATENDER AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E PARA EXAURIR A INSTÂNCIA RECORRIDA, PRESSUPOSTO PARA INAUGURAR A COMPETÊNCIA DO STF. MATÉRIA NÃO ANALISADA DEFINITIVAMENTE NO TRIBUNAL DE ORIGEM. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR. *INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL*. 1. O *habeas corpus* ataca diretamente decisão monocrática de Ministro do STJ. Essa decisão tem o respaldo formal do art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e contra ela é cabível o agravo previsto no art. 39 da mesma Lei. Ambos os dispositivos estão reproduzidos, tanto no Regimento Interno do STF (arts. 192 e 317), quanto no Regimento do STJ (arts. 34, XVIII, e 258). Em casos tais, o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de *habeas corpus*, de competência de outro tribunal. 2. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eleger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei nº 8.038/1990, ou o STF, por via de *habeas corpus* substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF (cf. HC 118.189, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013; HC 97009, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013; HC 108718-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe de 24-09-2013, entre outros). 3. Em rigor, o conhecimento do pedido por esta Corte implicaria dupla supressão de instância, já que acarretaria a deliberação de matéria que sequer foi objeto de apreciação definitiva pelo Tribunal de origem, o que não é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. *Não se conhece da alegação de excesso de prazo da prisão cautelar. Isso porque tal questão (a) não foi enfrentada nas instâncias antecedentes, dando azo ao óbice da dupla supressão de instância; e (b) só foi suscitada neste agravo regimental, constituindo indevida inovação recursal*. 5. *Agravo regimental a que se nega provimento*. (HC 127.975 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 3/8/2015)

Ademais, cabe pontuar, *mutatis mutandis*, que a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a exegese do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, confere ao Relator a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal. Por oportuno, trago à colação:

Processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Princípio da Colegialidade. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A jurisprudência consolidada da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal (HC 110.055, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 106.158, Rel. Min. Dias Toffoli; e HC 118.568, Rel.ª Min.ª Rosa Weber). 3. Inexiste violação ao princípio da colegialidade na utilização, pelo Ministro relator, das faculdades previstas nos arts. 38 da Lei nº 8.038/1990 (atualmente revogado pela Lei nº 13.105/2015) e no art. 21, § 1º, do RI/STF (cf. MS 28097-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; RHC 119.231-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia; HC 118.438, Rel. Min. Teori Zavascki). 4. Agravo regimental não conhecido. (HC 137.265-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 16/3/2017)

No que tange às alegações referentes ao atual estado de pandemia provocado pelo novo coronavírus, em razão das particularidades subjetivas que envolvem cada caso, entendo que a matéria deve ser submetida, primeiramente, ao juízo de origem, a fim de se permitir, de modo seguro, a aferição das informações lançadas no pleito.

Nesse sentido é a recente decisão do Plenário desta Corte que negou referendo à medida cautelar na ADPF 347-TPI-Ref (Rel. Min. Marco Aurélio), circunscrevendo a transferência de custodiados para prisão domiciliar aos termos da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que contém orientações para a análise da situação individual de cada preso pelos juízos locais competentes.

Deveras, o exame das questões de fato suscitadas pela defesa, além de não ter sido realizado pela Corte *a quo*, demandaria uma indevida incursão na moldura fática delineada nos autos. Desta sorte, que o *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZADA. CUSTÓDIA PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* de 12/5/2016)

Impende destacar, ainda, que esta Corte perfilha o entendimento de que a reiteração dos argumentos aduzidos na petição de *habeas corpus*, os quais já foram objeto de exame pelo relator, não possui o condão de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. *WRIT* CONTRA DECISÃO LIMINAR DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSTERIOR JULGAMENTO DO MÉRITO: PREJUDICIALIDADE DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - O agravante reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do *habeas corpus*, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada. II - A superveniência do julgamento do mérito de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça torna prejudicada a impetração que ataca a decisão que indeferiu a liminar. III – Agravo ao qual se nega provimento. (HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 9/5/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. RITO ESPECIAL. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. O artigo 396 do CPP, que assegura ao acusado a apresentação de resposta à acusação após a

admissão da imputação, não se aplica ao rito disciplinado na Lei nº 11.343/06, hipótese em que a defesa escrita precede ao recebimento da denúncia. Ademais, ambas as defesas são direcionadas a evitar a persecução criminal temerária, de modo que, forte no princípio da especialidade, não há direito subjetivo à acumulação das oportunidades de defesa. 3. Não há ilegalidade na decisão que impõe prisão preventiva com lastro em argumentos que evidenciam o fundado receio de reiteração delituosa. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 17/5/2016)

Direito Penal e Processo Penal. Agravo Regimental. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Ação Penal. Desobediência. Coação no Curso do Processo. Nulidade do Processo em que Ocorreu o Crime. 1. O crime de coação no curso do processo é formal. Sua consumação independe de resultado naturalístico, bastando a simples ameaça praticada contra qualquer pessoa que intervenha no processo, seja autoridade, parte ou testemunha. É irrelevante que a conduta produza o resultado pretendido. 2. A conduta foi praticada quando o processo se encontrava em curso, o que atende à descrição típica do art. 344 do Código Penal. 3. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não é suficiente para modificar a decisão agravada (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 1º/7/2015)

Ex positis, DESPROVEJO o agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 187.084 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): LUCIANO DO NASCIMENTO LIBERATO

ADV.(A/S): LAERTE FERREIRA DE CARVALHO FILHO

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Divirjo do Relator. *O habeas corpus* é adequado contra ato de colegiado ou individual. Importante é saber a existência de órgão com atribuição de examinar o merecimento da decisão atacada. Os integrantes

do Superior Tribunal de Justiça estão submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do Supremo.

Revelando o *habeas* parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias.

O *habeas corpus* não sofre qualquer obstáculo, ainda que haja a necessidade de análise de fatos e provas.

A superveniência de decisão, a substituir a que impugnada, não prejudica a impetração.

Provejo o agravo para que o *habeas* tenha sequência.

É como voto.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 187.084

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S): LUCIANO DO NASCIMENTO LIBERATO

ADV.(A/S): LAERTE FERREIRA DE CARVALHO FILHO (136586/RJ)

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 14.8.2020 a 21.8.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processo para esta Sessão o Ministro Edson Fachin, não tendo participado do julgamento desse feito o Ministro Alexandre de Moraes por sucedê-lo na Primeira Turma.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



**AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO
Nº 41.035 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S): WAGNER LUCAS OLIVEROS DOS SANTOS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): DAVID AUGUSTO CARDOSO DE FIGUEIREDO

AGDO.(A/S): NÃO INDICADO

**INTDO.(A/S): PRIMEIRA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO
NÚCLEO CABO FRIO**

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CARÁTER IMPOSITIVO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DECIDIDO NA ADPF 187 E ADI 1.969. FALTA DE ADERÊNCIA ENTRE ATO RECLAMADO E OS PARADIGMAS INVOCADOS.

1. A recomendação expedida pelo Ministério Público não se reveste de caráter impositivo, de modo que, por si só, não implica desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal.
2. A situação dos autos distingue-se dos paradigmas invocados (ADPF 187 e ADI 1.969), pois o ato reclamado, reconhecendo a gravidade da pandemia causada pelo COVID-19, recomendou que se evitasse a realização de eventos com aglomeração de pessoas. Não há, assim, relação de estrita aderência entre o ato reclamado

e os paradigmas invocados, requisito indispensável à viabilidade da reclamação.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo interno, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 a 28 de agosto de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR

31/08/2020
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 41.035 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S): WAGNER LUCAS OLIVEROS DOS SANTOS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): DAVID AUGUSTO CARDOSO DE FIGUEIREDO

AGDO.(A/S): NÃO INDICADO

INTDO.(A/S): PRIMEIRA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO NÚCLEO CABO FRIO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Agravo interno contra decisão pela qual neguei seguimento à reclamação, nos seguintes termos:

1. Trata-se de reclamação proposta por empresas do Município de Cabo Frio/RJ, com fundamento no art. 102, I, I, da CF e no art. 988, II e III, e §4º, do CPC, em face de ato administrativo elaborado por representantes do *Parquet* Estadual, Federal e Trabalhista, no qual se recomenda, ao Prefeito do Município e ao Comandante do 25º Batalhão de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (Cabo Frio), que adotem as providências necessárias para evitar a realização de todo e qualquer evento que importe em aglomeração de pessoas, como medida para contenção da pandemia ocasionada pelo COVID-19.

2. Narra a inicial que os empresários locais, diante dos sucessivos decretos municipais editados, determinando a suspensão das atividades empresariais como medida de prevenção à disseminação do coronavírus, criaram o movimento “#lutodocomerciocabofrio”, com vista a estabelecer um diálogo com o Poder Público local, no sentido de se retomar as atividades de forma gradual e responsável. Afirmam, no entanto, que a referida recomendação impediu o movimento de realizar as manifestações marcadas para os dias 25/05/2020 e 26/05/2020 na Praça Tiradentes.

3. Sustenta que a recomendação viola não só a autoridade das decisões da ADPF 187 (Rel. Min. Celso de Mello) e da ADI 1.969 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), como também duas das mais importantes liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião, também amparadas pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Cita, ainda, as decisões proferidas no HC 4.781 (rel. Min. Edmundo Lins) e na PET 8830 MC (Rel. Min. Celso de Mello).

4. Por fim, pede que seja “suspensa por definitivo a ‘RECOMENDAÇÃO CONJUNTA’ expedida pelas autoridades Reclamadas”, “se abstendo de expedir novos atos nesse sentido”. Alega a prevenção do Min. Celso de Mello.

5. É o relatório. Decido.

6. Dispensou as informações, devido à suficiente instrução do feito, bem como a manifestação da Procuradoria-Geral da República, diante do caráter reiterado da matéria (RI/STF, art. 52, parágrafo único).

7. Deixo, ademais, de remeter os autos à Presidência, a fim de se apurar a alegada prevenção do Min. Celso de Mello. É que, nos termos do art. 70, *caput*, do RI/STF, a reclamação somente será distribuída ao relator da decisão paradigma quando a causa de pedir seja o descumprimento de decisão cujos efeitos sejam restritos às partes, o que não é o caso da presente alegação de afronta a decisão proferida na ADPF 187 (Rel. Min. Celso de Mello). Além disso, a mera semelhança da questão de fundo, no que tange à citada decisão proferida na PET 8830 MC (Rel. Min. Celso de Mello), também não constitui nenhuma das hipóteses que torna prevento o relator, nos termos do art. 69 e seguintes do RI/STF.

8. No mais, observo que o ato objeto da presente reclamação não se reveste de caráter impositivo, limitando-se a veicular mera recomendação ao Prefeito do Município de Cabo Frio e ao Comandante do 25º Batalhão de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Significa dizer que não concretiza qualquer violação a direito titularizado pelas reclamantes, tendo em conta que pode ou não ser observada pelas referidas autoridades. Além disso, como bem destacou o Min. Sepúlveda Pertence na decisão proferida na Rcl 4.907, “a recomendação não é decisão judicial ou administrativa que, por si mesma, implique desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal, a qual – se existente e no âmbito de sua eficácia – constituirá, pelo contrário, título de legitimação para a ação ou omissão contrárias à recomendação”. Portanto, inviável a presente reclamação.

9. De toda forma, na reclamação dirigida a esta Corte por ofensa à autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, da Constituição), exige-se que o pronunciamento tenha sido proferido em processo subjetivo no qual o reclamante figurou como parte, ou então que tenha efeito vinculante (art. 988, II a IV, e § 5º, II, do CPC).

10. Quanto ao HC 4.781 e à PET 8830 MC, são processos de índole subjetiva, dos quais as reclamantes não foram parte, destituídos de eficácia *erga omnes* ou efeito vinculante, o que afasta o cabimento da reclamação (na mesma linha, cito as seguintes decisões: Rcl 35.638 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 35.567 AgR, de minha relatoria; Rcl 33.009, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e Rcl 28.979 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

11. Os demais precedentes invocados, proferidos em ações de controle abstrato, são dotados de efeito vinculante. Não obstante,

em se tratando de alegação de violação a decisão dotada de efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal entende que há necessidade de relação de aderência estrita entre o ato impugnado e o paradigma supostamente violado. Nesse sentido, *v.g.*, as Rcl 6.040 ED, Rel. Min. Teori Zavascki; Rcl 11.246 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; e Rcl 21.409, sob a minha relatoria, cuja ementa ora transcrevo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. SEQUESTRO E BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AUSÊNCIA DE REPASSE DOS RENDIMENTOS DAS CONTAS ESPECIAIS DESTINADAS AO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS ADIS 4357 E 4425. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE ESTRITA ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E OS PARADIGMAS APONTADOS. IMPROCEDÊNCIA.

1. A discussão acerca da possibilidade de os entes federativos utilizarem os rendimentos decorrentes dos valores depositados nas contas especiais destinadas ao pagamento de precatórios (art. 97, §1º, I, da Constituição) não foi objeto das ADIs 4357 e 4425.

2. Ausência de aderência estrita entre a decisão reclamada e os paradigmas mencionados. Ainda que haja relevância na solução da controvérsia, notadamente devido à grave crise financeira dos Estados, a reclamação não constitui a sede adequada para resolver a questão.

3. Reclamação julgada improcedente, cassada a decisão liminar anteriormente concedida.

12. Na ADPF 187, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, para dar ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos.

13. Já, na ADI 1.969, esta Corte declarou a inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098/1999, que, nos termos do voto condutor do acórdão, proibia, a qualquer tempo, a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti, bem assim nas vias adjacentes.

14. A situação dos autos distingue-se destes paradigmas, pois o ato reclamado, reconhecendo a gravidade da pandemia causada pelo COVID-19, recomendou, de forma transitória, que se evitasse a realização de todo e qualquer evento com aglomeração de pessoas, para que os decretos de isolamento expedidos pela entidade estadual e municipal (Decreto Estadual nº 47.027/2020 e Decreto Municipal 6242/2020) fossem devidamente seguidos pela população. Não há, assim, relação de estrita aderência entre o ato reclamado e os paradigmas invocados, requisito indispensável à viabilidade da reclamação.

15. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação, ficando prejudicado o exame do pedido cautelar.

2. A parte agravante reitera os argumentos da inicial. Sustenta que (i) *“as decisões trazidas como paradigma na ADPF 187 e na ADI 1.969 pelos Reclamantes no bojo de suas razões, além de possuírem efeito vinculante, evidenciam relação de estrita aderência com o ato impugnado”*; (ii) a recomendação expedida por representantes do Ministério Público é baseada em Decreto Municipal, de forma a possuir caráter impositivo.

3. É o relatório.

31/08/2020
PRIMEIRA TURMA

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 41.035 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Conheço do agravo, mas lhe nego provimento.

2. Conforme já declinado na decisão monocrática, o ato objeto da reclamação apresentada não se reveste de caráter impositivo, limitando-se a veicular recomendação ao Prefeito do Município de Cabo Frio e ao Comandante do 25º Batalhão de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Significa dizer que não concretiza qualquer violação a direito titularizado pelas reclamantes, tendo em conta que pode ou não ser observada pelas referidas autoridades. Além disso, como bem destacou o Min. Sepúlveda Pertence na decisão proferida na Rcl 4.907, *“a recomendação não é decisão judicial ou administrativa que, por si mesma, implique desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal, a qual – se existente e no âmbito de sua eficácia – constituirá, pelo contrário, título de legitimação para a ação ou omissão contrárias à recomendação”*. Portanto, inviável a presente reclamação.

3. De toda forma, ainda que o ato reclamado fosse o Decreto municipal que os agravantes afirmam ter embasado a recomendação dos órgãos ministeriais, destaco que, na reclamação dirigida a esta Corte por ofensa à autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, da Constituição), exige-se que o pronunciamento tenha sido proferido em processo subjetivo no qual o reclamante figurou como parte, ou então que tenha efeito vinculante (art. 988, II a IV, e § 5º, II, do CPC). Evidentemente, os precedentes trazidos (HC 4.781 e PET 8.830-MC) são processos de índole subjetiva, dos quais as reclamantes não foram parte, destituídos de eficácia *erga omnes* ou efeito vinculante, o que afasta o cabimento da reclamação (na mesma linha, cito as seguintes decisões: Rcl 35.638-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 35.567-AgR, de minha relatoria; Rcl 33.009, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e Rcl 28.979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

4. Os demais precedentes invocados (ADPF 187 e ADI 1.969) não possuem correlação precisa com o ato impugnado ou com o Decreto Municipal que os agravantes afirmam que o embasa. Em se tratando de alegação de violação a decisão dotada de efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal entende que há necessidade de relação de aderência estrita entre o ato impugnado e o paradigma supostamente violado. Nesse sentido: Rcl 6.040-ED, Rel. Min. Teori Zavascki; Rcl 11.246-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; e Rcl 21.409, sob a minha relatoria, cuja ementa ora transcrevo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. SEQUESTRO E BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AUSÊNCIA DE REPASSE DOS RENDIMENTOS DAS CONTAS ESPECIAIS DESTINADAS AO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS ADIS 4357 E 4425. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE ESTRITA ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E OS PARADIGMAS APONTADOS. IMPROCEDÊNCIA.

1. A discussão acerca da possibilidade de os entes federativos utilizarem os rendimentos decorrentes dos valores depositados nas contas especiais destinadas ao pagamento de precatórios (art. 97, §1º, I, da Constituição) não foi objeto das ADIs 4357 e 4425.

2. Ausência de aderência estrita entre a decisão reclamada e os paradigmas mencionados. Ainda que haja relevância na solução da controvérsia, notadamente devido à grave crise financeira dos Estados, a reclamação não constitui a sede adequada para resolver a questão.

3. Reclamação julgada improcedente, cassada a decisão liminar anteriormente concedida.

5. Com efeito, na ADPF 187, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, para dar ao art. 287 do Código Penal interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. Já, na ADI 1.969, esta Corte declarou a inconstitucionalidade do Decreto distrital nº 20.098/1999, que, nos termos do voto condutor do acórdão, proibia, a qualquer tempo, a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti, bem assim nas vias adjacentes.

6. A situação fática narrada na reclamação distingue-se desses paradigmas, pois o ato reclamado, reconhecendo a gravidade da pandemia causada pelo COVID-19, recomendou, de forma transitória, que se evitasse a realização de todo e qualquer evento com aglomeração de pessoas, para que os decretos de isolamento expedidos pela entidade estadual e municipal (Decreto estadual nº 47.027/2020 e Decreto municipal 6242/2020) fossem devidamente seguidos pela população. Não há, assim, relação de estrita aderência entre o ato reclamado e os paradigmas invocados, requisito indispensável à viabilidade da reclamação.

7. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno. Tendo em vista que não foi indicado na inicial, fixo, de ofício, o valor da causa em R\$ 1.000,00 (mil reais). Ante seu caráter manifestamente protelatório, aplico à parte agravante multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de unanimidade da decisão.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 41.035

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S): WAGNER LUCAS OLIVEROS DOS SANTOS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): DAVID AUGUSTO CARDOSO DE FIGUEIREDO (114194/RJ)

AGDO.(A/S): NÃO INDICADO

**INTDO.(A/S): PRIMEIRA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO
NÚCLEO CABO FRIO**

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º do CPC/2015, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 671 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO

AGDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AGDO.(A/S): ESTADO DA PARAIBA

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

AGDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

AGDO.(A/S): ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

AGDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AGDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

AGDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

AGDO.(A/S): ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

AGDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S): ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
AGDO.(A/S): ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
AGDO.(A/S): ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGDO.(A/S): ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AGDO.(A/S): ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGDO.(A/S): ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AGDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITOS À SAÚDE, À VIDA, À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ALEGADAMENTE VIOLADOS. ATINGIMENTO

DE UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA COMO META CONSTITUCIONAL. PANDEMIA ACARRETADA PELA COVID-19. PRETENSÃO DE REQUISITAR ADMINISTRATIVAMENTE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PRIVADOS. ADPF QUE CONFIGURA VIA PROCESSUAL INADEQUADA. INSTRUMENTO JÁ PREVISTO EM LEIS AUTORIZATIVAS. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS INSTRUMENTOS APTOS A SANAR A ALEGADA LESIVIDADE. DEFERIMENTO DA MEDIDA QUE VIOLARIA A SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATUAÇÃO PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. MEDIDA QUE PRESSUPÕE EXAME DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E CONSIDERAÇÕES DE CARÁTER ESTRATÉGICO. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, pressupõe, para a admissibilidade da ADPF, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado.

II - O sistema jurídico nacional dispõe de outros instrumentos judiciais capazes de reparar de modo eficaz e adequado a alegada ofensa a preceito fundamental, especialmente quando os meios legais apropriados para viabilizar a requisição administrativa de bens e serviços já estão postos (art. 5º, XXV, da Constituição Federal; art. 15, XIII, da Lei nº 8.080/1990; art. 1.228, § 3º, do Código Civil; e art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/2020).

III - A presente ação não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos adequados para sopesar os diversos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19.

IV - Vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na deliberação de cunho político-administrativo, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas

cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia.

V - O § 1º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

VI - Essa apreciação, a toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo do posterior controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Judiciário.

VII - Não está evidenciada a ocorrência de omissão dos gestores públicos, de modo que não é possível concluir pelo descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial da ADPF ou no presente recurso.

VIII - Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de junho de 2020.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

**16/06/2020
PLENÁRIO**

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 671 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO

AGDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AGDO.(A/S): ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
AGDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
AGDO.(A/S): ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
AGDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AGDO.(A/S): ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AGDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S): ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
AGDO.(A/S): ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
AGDO.(A/S): ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AGDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGDO.(A/S): ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AGDO.(A/S): ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGDO.(A/S): ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AGDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática da minha lavra, na qual neguei seguimento ao pedido.

Irresignado, o agravante sustenta, em suma, no tocante ao aspecto formal, que a petição inicial preenche os requisitos necessários para o seu conhecimento, tendo ela, ademais, lançado mão do meio processual adequado.

Quanto ao mérito, argumenta, em síntese que o enfrentamento da pandemia decorrente da Covid-19 demanda medidas céleres, assinalando que “a omissão apontada na petição inicial e reiterada na petição que colacionou os estudos recentemente realizados pela Universidade de Harvard e pela Universidade de São Paulo, diz respeito ao exercício de função administrativa dos entes federados, o que inclui também a produção de normas regulamentares” (p. 6 do documento eletrônico 11).

Sobre os referidos estudos, acrescenta o seguinte:

[...] há menção expressa à necessidade de todos os leitos de UTI [sejam eles privados ou públicos] serem geridos, enquanto perdurar esta grave crise sanitária, unicamente pelo Poder Público, como forma eficaz de se garantir o acesso justo e igualitário dos brasileiros ao sistema de saúde, ou seja, independentemente da capacidade econômica ou condição social ostentados pelas pessoas que venham a ser acometidas pela doença.

A afirmação feita acima leva em consideração as peculiaridades do perfil e da composição da sociedade brasileira, bem como da capacidade limitada de atendimento amplo pelo serviço público de saúde, o qual está em vias de colapsar com o crescente incremento do número de casos de “COVID-19” (p. 8 do documento eletrônico 11).

Outrossim, sustenta que,

[e]specificamente com relação à requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, porém, *a União quedou-se inerte em adotar providências efetivas para assegurar, concomitantemente ao avanço exponencial da pandemia, a ampliação dos leitos qualificados como de Unidade de Terapia Intensiva (UTI)*. Apenas foram adotadas iniciativas isoladas nesse sentido. Conforme veiculado de forma intensa na mídia, as disputas políticas estão se sobressaindo ao diálogo e busca de soluções concertadas (p. 9-10 do documento eletrônico 11).

Entende, assim, que logrou demonstrar nos autos “a vulneração maciça e generalizada de preceitos fundamentais da população brasileira como um todo” (p. 10 do documento eletrônico 11), bem como “a histórica omissão dos Poderes Públicos no cumprimento de suas obrigações constitucionais relativas à saúde, que ganhou contornos gravíssimos com a pandemia decorrente do ‘novo coronavírus’, SARSCov-2, Covid-19 [...]” (p. 10 do documento eletrônico 11).

Essa situação estaria a exigir

[...] a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas; e, por fim, potencialidade de congestionamento do Judiciário, se todos aqueles que tiverem direitos violados valerem-se, individualmente, dos mecanismos processuais difusos, em detrimento, inclusive, da necessária

segurança jurídica e atuação concertada na implementação de políticas públicas de saúde (p. 10 do documento eletrônico 11).

Para reforçar a argumentação, acrescenta, ainda, que:

[...] a necessidade de adoção de medidas imediatas, universais e orquestradas pelos diversos entes federados, no contexto pandêmico atual que já ocasionou recentemente, por exemplo, o colapso do sistema de saúde do Estado do Amazonas e está em vias de levar outros estados da Federação a enfrentar o mesmo problema, adicionado ao histórico de falhas estruturais no atendimento à saúde, revelam que o Poder Público já está em omissão e que, ao contrário do que se afirma na r. decisão agravada, a análise pretendida não é prematura, mas já produz efeitos negativos [os quais ainda podem ser minimizados se deferido o pedido cautelar realizado pelo Agravante] (p. 11 do documento eletrônico 11).

Prossegue asseverando que só por meio de controle concentrado de constitucionalidade pode ser debatida a necessária universalização da administração dos leitos de Unidades de Terapia Intensiva – UTIs, de maneira que “os efeitos limitados das medidas judiciais comuns, bem como o controle difuso de constitucionalidade, impõem, dada a notória relevância e urgência atrelada à violação aos preceitos fundamentais elencados, o manejo da presente ADPF” (p. 14 do documento eletrônico 11).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada e, caso não ocorra o juízo de retratação, seja o presente recurso submetido ao Plenário desta Suprema Corte para que o ato recorrido seja reformado, possibilitando o prosseguimento do feito.

Posteriormente, o agravante apresentou petição requerendo a juntada nos autos da Recomendação 26, de 22 de abril de 2020, na qual o Conselho Nacional de Saúde - CNS “orienta o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde para que, no âmbito das respectivas atribuições, realizem a requisição administrativa dos leitos hospitalares de propriedade de particulares e regulando o acesso segundo as prioridades sanitárias” (p. 1 do documento eletrônico 13).

Por meio de petição única, todos os Estados da Federação e o Distrito Federal apresentaram impugnação ao agravo interno, no qual asseguram que os entes subnacionais estão adotando medidas legislativas, políticas e administrativas necessárias, atentos à realidade local e às particularidades dos respectivos sistemas de saúde, “sempre lastreadas em estudos técnicos, para o enfrentamento da crise na saúde pública” (p. 4 do documento eletrônico 19).

Ademais consignam que:

[...] é notório o quadro de ação efetiva dos Estados no combate da pandemia, não havendo se falar em omissão. Não pode o PSOL pretender que a única solução possível para a resolução dessa grave crise da saúde pública se limite à requisição administrativa compulsória, geral e abrangente de leitos de UTI. Mais uma vez, há que se respeitar a autonomia política dos Estados e sua habilidade para tomada das ações que melhor reflitam cada realidade respectiva (p. 5 do documento eletrônico 19).

Nessa linha, acrescentam que devem ser levados em consideração:

[...] os dados oficiais para se ter conta da disparidade das realidades vivenciadas por cada Estado: enquanto Amazonas, Maranhão e Rio de Janeiro possuem situação crítica de ocupação de leitos de UTI (taxa acima de 90%), há Estados como Mato Grosso do Sul, Tocantins e Santa Catarina em patamar abaixo dos 20% de ocupação. Outra grande quantidade de Estados, como Paraná, Sergipe e Alagoas, ainda tem mais da metade da capacidade de leitos disponíveis.

Nesse contexto, deve cada Estado verificar a melhor saída para o combate da crise de saúde, considerada a realidade local. Ademais, caso a solução passe pelas requisições administrativas, há expressa previsão legal (Lei nº 13.979/2020) para tanto, não sendo a presente arguição veículo próprio para transmutar a competência política do ente federativo, dentro do escopo da conveniência e oportunidade” (p. 5 do documento eletrônico 19).

Ao final, requerem “[...] o não acolhimento do agravo interno interposto pelo PSOL, mantendo-se a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos, ante a inexistência de omissão no combate da COVID-19, além de impossibilidade de criação da obrigação, por decisão judicial, de determinada conduta (requisição administrativa de leitos de UTI) de forma impositiva e genérica, ignorando as competências político-administrativas dos entes federados” (p. 6 do documento eletrônico 19).

Por sua vez, a União apresentou manifestação sintetizada na seguinte ementa:

Agravo contra decisão denegatória de seguimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contrarrazões. Medidas de enfrentamento da pandemia decorrente do novo Coronavírus. Improriedade da via eleita para o propósito de tornar compulsórias as requisições administrativas de bens e serviços de saúde, de forma indiscriminada. Descumprimento da cláusula da subsidiariedade.

Inviabilidade de atuação do Poder Judiciário em substituição aos administradores públicos. Manifestação pelo desprovimento do agravo (p. 1 do documento eletrônico 21).

O Procurador-Geral da República ofertou parecer pelo desprovimento do recurso, assim ementado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À AÇÃO COM BASE NA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REQUISICÃO COMPULSÓRIA E INDISCRIMINADA DE LEITOS DE UTI DA REDE PRIVADA DE SAÚDE. GESTÃO DE LEITOS DA COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS. MEDIDA QUE HÁ DE SER ANALISADA CASO A CASO. ORIENTAÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE E LEGISLAÇÃO QUE RESGUARDA A REQUISICÃO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS.

1. A competência para gerir leitos de UTIs como forma de assegurar o acesso integral ao sistema público de saúde e de requisitar bens e serviços da rede privada para atendimento de pacientes de Covid-19 é dos gestores públicos de saúde, nos termos do art. 23, II, da CF, do arts. 15, XIII, da Lei nº 8.080/1990 e do art. 3º, VII, § 7º, III, da Lei nº 13.379/2020.

2. Os instrumentos legais que viabilizam a requisição administrativa de bens e serviços de saúde, somados às orientações do Conselho Nacional de Saúde quanto à requisição de leitos de UTIs para atendimento de pacientes com Covid-19, revelam a inadequação da via eleita em face da prescindibilidade de acionamento da jurisdição constitucional concentrada.

3. Não cabe ao Judiciário substituir-se ao gestor local de saúde a fim de estabelecer determinação genérica e indiscriminada de requisição compulsória de todos os bens e serviços da rede privada de saúde, sob pena de invadir campo reservado ao administrador, em afronta ao princípio da divisão funcional de Poder.

4. O Judiciário há de adotar postura de deferência ante a tomada de decisões de cunho técnico e baseadas em critérios científicos que envolvam variados graus de determinabilidade quanto à melhor solução a ser adotada na defesa de direitos fundamentais.

Parecer pelo desprovimento do agravo regimental (p. 1-2 do documento eletrônico 24).

É o relatório.

16/06/2020
PLENÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 671 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Eis os fundamentos da decisão agravada, da minha lavra:

Bem examinados os autos, constato, desde logo, a presença de óbice intransponível ao conhecimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, à míngua dos requisitos previstos na legislação de regência.

Com efeito, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999, a ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e, também, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (normas pré-constitucionais).

Como se sabe, trata-se de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, mencionado no art. 102, § 1º, da Carta Magna, que não pode ser utilizado para a resolução de casos concretos, nem tampouco para desbordar as vias recursais ordinárias ou outras medidas processuais existentes para impugnar ações ou omissões tidas por ilegais ou abusivas.

Além disso, cumpre ressaltar que o ajuizamento de uma ADPF deve reger-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que pressupõe, para a admissibilidade desta ação constitucional, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado.

Na espécie, verifico que, nos termos do pedido de fundo expressamente formulado na peça inicial, o partido requerente pretende tornar efetivo o direito constitucional de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, notadamente por meio da requisição administrativa de bens e serviços relacionados à saúde, prestados em regime privado, de modo a permitir ao Poder Público a regulação de todos os leitos das unidades de terapia intensiva

(UTIs) para uso indistinto de qualquer doente que deles necessite, enquanto perdurar a pandemia que assola o país.

Quanto às requisições administrativas, é importante ressaltar que o instituto possui fundamento nos arts 5º, XXIII e XXV, e 170, III, da Constituição. Mais especificamente, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (art. 170, III, da CF).

Essa medida pode ser desencadeada por qualquer dos entes federados, com base no art. 23, II, da Constituição, o qual estabelece que é da competência comum destes “cuidar da saúde e assistência pública”. Já o art. 24, XII, também do Texto Magno, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre “proteção e defesa da saúde”. E, de acordo com o § 2º do mencionado dispositivo constitucional, a competência da União para legislar sobre normas gerais, não exclui a competência suplementar dos demais entes.

No âmbito das atribuições comuns, vale ressaltar, por oportuno, que a Lei nº 8.080/1990 consigna o seguinte: “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização” (art. 15, XIII).

De outra parte, o Código Civil prevê que “o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de [...] requisição, em caso de perigo público iminente”. Ademais, permanece em vigor o Decreto-lei 4.812/1942, o qual dispõe sobre a requisição de bens imóveis e móveis, necessários às forças armadas e à defesa passiva da população.

Como se vê, os meios legais adequados para viabilizar a requisição administrativa de bens e serviços já estão postos, pois diversos são os textos normativos que autorizam os entes políticos a fazer uso desse instrumento.

Mas, além dos textos normativos acima mencionados, existem outros. Por exemplo: recentemente, foi publicada a Lei nº 13.979/2020, a qual incluiu mais uma previsão de requisição administrativa, esta particularmente voltada para o enfrentamento da COVID-19. Com base nela, qualquer ente federado, como também a União, poderá lançar mão da “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e

jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” (art. 3º, VII).

É importante ressaltar que o poder de acionar esse instrumento apresenta um caráter eminentemente discricionário, que exige, antes de mais nada, a inequívoca configuração de perigo público iminente, cuja avaliação cabe exclusivamente às distintas autoridades administrativas, consideradas as respectivas esferas de competência, depois de sopesadas as diferentes situações emergentes na realidade fática.

Com efeito, conforme assenta a doutrina, “a situação de perigo [...] só pode ser avaliada pelo administrador, e nessa avaliação não há como deixar de se lhe reconhecer o poder jurídico de fixá-la como resultado de valoração de caráter eminentemente administrativo” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 844).

Por essa razão, vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na tomada de decisões de cunho político-administrativo, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é nada mais nada menos do que a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia.

Nesse passo, convém sublinhar que o § 1º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”. Essa apreciação, a toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo do posterior controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Judiciário.

Aqui cumpre destacar a lição de eminente professora da Universidade de São Paulo sobre o instrumento em comento:

Em qualquer das modalidades, a requisição caracteriza-se por ser um instrumento unilateral e autoexecutório, *pois independe* da aquiescência do particular e *da prévia intervenção do Poder Judiciário*; e em regra oneroso, sendo a indenização *a posteriori* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.176, grifei).

De toda a sorte, mesmo considerada a grave crise sanitária pela qual passa o país, ainda é cedo para presumir a ocorrência de omissão dos gestores públicos, afigurando-se, no mínimo, prematuro concluir pelo descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial, em que pesem os generosos propósitos que inspiraram os seus subscritores.

Por todos os ângulos que se examine a questão, forçoso é concluir que a presente ADPF não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19.

Isso posto, com base no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, bem assim com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento a esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, ficando prejudicado, por conseguinte, o exame do pedido de liminar (p. 6-10 do documento eletrônico 10).

Assim, bem reexaminada a questão, entendo que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o agravante, a meu ver, não logrou aduzir argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas. Por isso, penso que ela dever ser mantida por seus próprios fundamentos.

Em que pesem as razões nas quais me amparei para negar seguimento à ADPF, permito-me insistir que essa nobilíssima ação constitucional não pode ser utilizada para a resolução de casos concretos, nem tampouco para desbordar as vias recursais ordinárias ou outras medidas processuais cabíveis para impugnar atos comissivos ou omissivos tidos por ilegais ou abusivos, porquanto se rege pelo princípio da subsidiariedade, a teor do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999. Referido dispositivo pressupõe – para o conhecimento de uma ADPF – a inexistência de outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, eventual lesão a direitos alegadamente causada pelo ato impugnado.

Na decisão agravada, sublinhei que, nos termos do pedido de fundo expressamente formulado na peça inicial, o partido requerente, ora agravante, pretende tornar efetivo o direito constitucional de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, notadamente por meio da requisição administrativa de bens e serviços relacionados à saúde, prestados em regime privado, de modo a permitir ao Poder Público a regulação de todos os leitos das unidades de terapia intensiva (UTIs) para uso indistinto de qualquer doente que deles necessite, enquanto perdurar a pandemia que assola o País.

Nesse sentido, assinalei que a ADPF ajuizada não constituía meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não caberia ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque a Corte não dispõe de instrumentos idôneos para sopesar os diversos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19, principalmente quando os meios legais adequados para viabilizar a requisição administrativa de bens e serviços já estão postos, pois diversos são os textos normativos que autorizam os entes políticos a fazer uso desse instrumento.

Sobre esse aspecto, a Advocacia-Geral da União, acertadamente, asseverou que:

[...] o debate de resolução de casos concretos, cujo controle judicial pode ser adequadamente exercido através da via difusa, uma vez que a ordem jurídica contempla outros instrumentos judiciais aptos a sanar – de modo eficaz, adequado e imediato – a suposta ofensa a preceito fundamental.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser utilizada para substituir outras medidas processuais ordinárias acessíveis aos interessados, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo do recurso ou ações próprias e em mecanismo de burla às regras de distribuição de competências entre os órgãos jurisdicionais (p. 7 do documento eletrônico 21).

Corroborando o referido entendimento, o Procurador-Geral da República anotou o seguinte:

É, portanto, inadequada a via eleita, seja porque não se admite uma solução ampla e generalizada quanto a matéria, sendo necessária a análise caso a caso por via de controle difuso, seja porque, ante o quadro normativo que confere ao poder público possibilidade de requisição de bens e serviços da rede particular de saúde, inclusive leitos de UTIs, mostra-se prescindível o acionamento da jurisdição constitucional concentrada, haja vista a existência de outro meio

eficaz para sanar a lesividade aos preceitos fundamentais apontados como violados, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1990 (p. 13-14 do documento eletrônico 24).

Com efeito, no concernente à requisição administrativa, cumpre lembrar que tal instituto possui fundamento nos arts. 5º, XXIII e XXV, e 170, III, da Constituição. Mais especificamente, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (art. 5º, XXV, da CF).

Isso quer dizer que a medida pode ser desencadeada por qualquer dos entes federados, com base no art. 23, II, da mesma Carta Magna, o qual estabelece que é da competência comum destes “cuidar da saúde e assistência pública”. Já o art. 24, XII, também da Carta da República, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre “proteção e defesa da saúde”. E, de acordo com o § 2º do mencionado dispositivo constitucional, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos demais entes.

No âmbito das atribuições comuns, vale ressaltar, por oportuno, que a Lei nº 8.080/1990 consigna o seguinte: “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização” (art. 15, XIII).

De outra parte, o Código Civil prevê que “o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de [...] requisição, em caso de perigo público iminente” (art. 1.228, § 3º). Ademais, permanece em vigor o Decreto-lei 4.812/1942, o qual dispõe sobre a requisição de bens imóveis e móveis, necessários às forças armadas e à defesa passiva da população.

Mas, além dos textos normativos acima mencionados, existem outros. Por exemplo: recentemente, foi publicada a Lei nº 13.979/2020, a qual incluiu mais uma previsão de requisição administrativa, esta particularmente voltada para o enfrentamento da Covid-19. Com base nela, qualquer ente federado, como também a União, poderá lançar mão da “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” (art. 3º, VII).

No ponto, resalto que, em 15/4/2020, ao analisar a ADI 6.341-MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, esta Suprema Corte referendou a cautelar deferida pelo Relator, no sentido de que os entes federativos possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia provocada pela Covid-19, dentre as quais se inclui a requisição administrativa de bens e serviços constante do precitado art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/2020.

Além do mais, saliento que o Senado Federal, no dia 26/5/2020, aprovou um substitutivo ao PL 2.324/2020 – que visa alterar a Lei nº 13.979/2020 – para que os leitos vagos de hospitais particulares possam ser usados para a internação de pacientes do SUS com síndrome respiratória aguda grave ou suspeita ou diagnóstico de Covid-19. Referida proposta ainda precisará tramitar na Câmara dos Deputados (Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/05/vai-a-camaraproposta-que-permite-uso-de-leitos-de-hospitais-privados-para-tratar-covid-19>>. Acesso: mai. 2020).

Julgo importante destacar, ademais, que o acionamento da requisição administrativa apresenta um caráter eminentemente discricionário, que exige, antes de mais nada, a inequívoca configuração de perigo público iminente, cuja avaliação cabe exclusivamente às distintas autoridades administrativas, *consideradas as respectivas esferas de competência, depois de sopesadas as diferentes situações emergentes na realidade fática*.

Sim porque, como assentei, segundo a doutrina, “a situação de perigo [...] só pode ser avaliada pelo administrador, e nessa avaliação não há como deixar de se lhe reconhecer o poder jurídico de fixá-la como resultado de valoração de caráter eminentemente administrativo” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 844).

Reforçando tal assertiva, reputo relevante transcrever trecho da petição dos Estados e do Distrito Federal, na qual consignam o seguinte:

Novamente, veja-se os dados oficiais para se ter conta da disparidade das realidades vivenciadas por cada Estado: *enquanto Amazonas, Maranhão e Rio de Janeiro possuem situação crítica de ocupação de leitos de UTI (taxa acima de 90%), há Estados como Mato Grosso do Sul, Tocantins e Santa Catarina em patamar abaixo dos 20% de ocupação*. Outra grande quantidade de Estados, como Paraná, Sergipe e Alagoas, ainda tem mais da metade da capacidade de leitos disponíveis (p. 5 do documento eletrônico 19; grifei).

No âmbito federal, informou-se que:

[...] a atuação da União é efetuada no plano normatizador, com a realização de *repasso de incentivos financeiros* destinados à execução das políticas de saúde, incluindo-se a de Média e Alta Complexidade, a *elaboração de políticas públicas e o gerenciamento* dos sistemas de informações.

Nesse sentido foram publicadas a *Portaria nº 237, de 18 de março de 2020*, a qual inclui leitos e procedimentos na Tabela de Procedimentos, Medicamentos Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPM) do Sistema Único de Saúde (SUS), para atendimento exclusivo dos

pacientes com COVID-19; a *Portaria nº 414, de 18 de março de 2020*, que autoriza a habilitação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrico, para atendimento exclusivo dos pacientes COVID-19; e a *Portaria nº 568, de 26 de março de 2020*, que autoriza a habilitação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrica para atendimento exclusivo dos pacientes com a COVID-19.

De acordo com a Portaria nº 414, ficou autorizada a *habilitação de até 2.540 (dois mil e quinhentos e quarenta) leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrico, financiados pelo Ministério da Saúde para atendimento exclusivo dos pacientes COVID-19* (art. 1º). E acrescenta:

[...]

Cumprir destacar que o Ministério da Saúde *dobrou o valor do custeio diário dos leitos em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) Adulto e Pediátrica*. Os leitos habilitados anteriormente eram custeados pelo Ministério no valor de R\$ 800 por dia, valor que, como visto acima, *passou para R\$ 1,600,00*.

Ademais, conforme dispõe a *Portaria nº 568* (art. 1º, §1º), *a habilitação temporária dos leitos de UTI ocorrerá a partir da solicitação do Gestor de Saúde Estadual e Municipal*, devendo as solicitações estarem em consonância com as reais necessidades dos seus territórios (p. 10-11 do documento eletrônico 21; grifei).

Dito isso, fica claro, a meu ver, que vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes a incursão do Judiciário numa seara de atuação, por todos os títulos, privativa do Executivo, substituindo-o na tomada de decisões de cunho político-administrativo, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, cujo escopo é nada mais nada menos do que a requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia. A esse respeito, o Procurador-Geral da República assinalou que:

[a] avaliação do estado de necessidade que legitime e justifique a requisição de leitos de UTIs para atendimento de pacientes de Covid-19 *depende da tomada de decisão pela autoridade administrativa em face de sinais concretos de esgotamento de leitos de terapia intensiva na rede pública de saúde e do quadro de opções que lhes estejam disponíveis* (cite-se, por exemplo, os hospitais de campanha), para assegurar o melhor e mais amplo acesso da população ao sistema de saúde.

Nessa perspectiva, *não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao gestor local* a fim de estabelecer solução indiscriminada e genérica de requisição compulsória de bens e de serviços da rede particular de saúde, sob pena de invadir campo reservado ao administrador e consequente afronta ao princípio da divisão funcional de Poder (CF, art. 2º) (p 14-15 do documento eletrônico 24; grifei).

Nesse passo, convém sublinhar que o § 1º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 dispõe que as requisições e outras medidas de emergência para combater a Covid-19 “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”. Essa apreciação, a toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo do posterior controle de constitucionalidade e legalidade por parte do Judiciário.

Aqui cumpre repetir a lição de Maria Sylvia Di Pietro acerca do instrumento em análise:

Em qualquer das modalidades, a requisição caracteriza-se por ser um instrumento unilateral e autoexecutório, *pois independe da aquiescência do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário*; e em regra oneroso, sendo a indenização *a posteriori* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.176, grifei).

Diante de todo o exposto, e consideradas especialmente as informações trazidas aos autos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pela União, e tendo em conta, ainda, a impossibilidade de detectar-se a ocorrência de omissão por parte de gestores públicos, concluo que não se vislumbra o alegado descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial, não obstante as substanciosas premissas nas quais se apoiaram os seus subscritores.

Nego provimento ao agravo regimental.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 671

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S): PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO (19586/DF, 90846/SP)
AGDO.(A/S): UNIÃO
PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AGDO.(A/S): ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
AGDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
AGDO.(A/S): ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
AGDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
AGDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AGDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AGDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AGDO.(A/S): ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AGDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S): ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
AGDO.(A/S): ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AGDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
AGDO.(A/S): ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGDO.(A/S): ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AGDO.(A/S): ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AGDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AGDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGDO.(A/S): ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AGDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 572.974 / RIO DE JANEIRO
(2020/0086169-2)**

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: FRANCISCO MELO DE QUEIROZ

ADVOGADO: FRANCISCO MELO DE QUEIROZ - RJ211040

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PAULO RIBEIRO FERREIRA

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. CÁRCERE PREVENTIVO MANTIDO NA SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. COVID-19. PACIENTE FORAGIDO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

2. Ao prolatar a sentença condenatória, o Juízo singular manteve a constrição cautelar do réu pelas mesmas razões invocadas no decreto prisional, a ensejar o afastamento da prejudicialidade do *writ*.

3. São idôneos os motivos invocados pelo Magistrado de primeiro grau para embasar a ordem de segregação do paciente, membro da organização criminosa, a qual detém o monopólio do comércio de substâncias entorpecentes na Comunidade Pavão-Pavãozinho, no Rio de Janeiro – RJ, cujos membros são, inclusive, encarregados de apresentar resistência armada a investidas policiais no local e, até mesmo, intimados a aniquilar os inimigos do bando.

4. Em casos que envolvem associações voltadas à reiterada prática de delitos, este Tribunal Superior tem mantido a clausura preventiva dos investigados, mesmo quando não há indicação detalhada da atividade por eles desempenhada em tal organização, mas apenas menção à existência de sinais de que integram o grupo criminoso – embora essa não seja a hipótese. Há, nos autos, descrição esmiuçada da atuação do acusado, que exerce função de grande relevância nas fileiras da hierarquia da facção criminosa, como “gerente geral”, com incumbência de controlar o abastecimento dos pontos de venda de entorpecentes e realizar a contabilidade das cargas vendidas por seus subordinados.

5. Conquanto possuísse ciência inequívoca da acusação, bem como da ordem prisional – tanto é que constituiu advogado para representá-lo desde o advento do decreto de prisão –, o paciente não se apresentou em Juízo. Tal circunstância reforça a necessidade do cárcere cautelar do réu com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.

6. Dadas as apontadas circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado, bem como ante o fundado risco de aplicação da lei penal, não se mostra adequada e suficiente a substituição da custódia preventiva por medidas a ela alternativas (art. 282 c/c art. 319 do CPP).

7. Ante a crise mundial do novo coronavírus e, especialmente, a magnitude do panorama nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. A prisão *ante tempus* é o último recurso a ser utilizado, de forma a preservar a saúde de todos – conforme prescreve a recente Recomendação nº 62/2020 do CNJ. Todavia, na espécie, o pedido não comporta conhecimento, pois não há efetiva segregação do paciente e existem razões bastantes, com fundamento em elementos concretos dos autos, para justificar a prisão preventiva do réu.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do *habeas corpus* e, nesta extensão, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de junho de 2020.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

HABEAS CORPUS Nº 572.974 / RIO DE JANEIRO (2020/0086169-2)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: FRANCISCO MELO DE QUEIROZ

ADVOGADO: FRANCISCO MELO DE QUEIROZ - RJ211040

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PAULO RIBEIRO FERREIRA

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

PAULO RIBEIRO FERREIRA alega sofrer coação ilegal em decorrência de decisão proferida por Desembargador do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* (HC nº 0077109-87.2020.8.19.0001).

Nesta Corte, a defesa sustenta a ausência de motivação idônea para manutenção da prisão preventiva do réu, pela suposta prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006. Alega, ainda, que o acusado pertence ao grupo de risco para contágio pelo novo coronavírus. Requer o afastamento do enunciado nº 691 do Supremo Tribunal Federal e a expedição de alvará de soltura.

O *writ* foi indeferido liminarmente, em razão da sua instrução deficiente (fl. 34). Vindas as peças faltantes, a decisão foi reconsiderada, e o pedido urgente, indeferido (fls. 42-47).

Prestadas as informações (fls. 55-58; 65-67), manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 70-78).

No dia 27/5/2020, o Juízo singular julgou procedente o pedido deduzido na denúncia e condenou o ora paciente à pena de 5 anos de reclusão, a serem inicialmente cumpridos em regime fechado, e multa (fls. 83-88).

HABEAS CORPUS Nº 572.974 / RIO DE JANEIRO (2020/0086169-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. CÁRCERE PREVENTIVO MANTIDO NA SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. COVID-19. PACIENTE FORAGIDO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).
2. Ao prolatar a sentença condenatória, o Juízo singular manteve a constrição cautelar do réu pelas mesmas razões invocadas no decreto prisional, a ensejar o afastamento da prejudicialidade do *writ*.
3. São idôneos os motivos invocados pelo Magistrado de primeiro grau para embasar a ordem de segregação do paciente, membro da organização criminosa, a qual detém o monopólio do comércio de substâncias entorpecentes na Comunidade Pavão-Pavãozinho, no Rio de Janeiro – RJ, cujos membros são, inclusive, encarregados de apresentar resistência armada a investidas policiais no local e, até mesmo, intimados a aniquilar os inimigos do bando.
4. Em casos que envolvem associações voltadas à reiterada prática de delitos, este Tribunal Superior tem mantido a clausura preventiva dos investigados, mesmo quando não há indicação detalhada da atividade por eles desempenhada em tal organização, mas apenas menção à existência de sinais de que integram o grupo criminoso – embora essa não seja a hipótese. Há, nos autos, descrição esmiuçada da atuação do acusado, que exerce função de grande relevância nas fileiras da hierarquia da facção criminosa, como “gerente geral”, com incumbência de controlar o abastecimento dos pontos de venda de entorpecentes e realizar a contabilidade das cargas vendidas por seus subordinados.
5. Conquanto possuísse ciência inequívoca da acusação, bem como da ordem prisional – tanto é que constituiu advogado

para representá-lo desde o advento do decreto de prisão –, o paciente não se apresentou em Juízo. Tal circunstância reforça a necessidade do cárcere cautelar do réu com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.

6. Dadas as apontadas circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado, bem como ante o fundado risco de aplicação da lei penal, não se mostra adequada e suficiente a substituição da custódia preventiva por medidas a ela alternativas (art. 282 c/c art. 319 do CPP).

7. Ante a crise mundial do novo coronavírus e, especialmente, a magnitude do panorama nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. A prisão *ante tempus* é o último recurso a ser utilizado, de forma a preservar a saúde de todos – conforme prescreve a recente Recomendação nº 62/2020 do CNJ. Todavia, na espécie, o pedido não comporta conhecimento, pois não há efetiva segregação do paciente e existem razões bastantes, com fundamento em elementos concretos dos autos, para justificar a prisão preventiva do réu.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. CONTEXTUALIZAÇÃO

Expõem os autos que, no dia 13/2/2019 (conforme fl. 66), o Magistrado de primeiro grau decretou a *prisão preventiva* do denunciado e de outros corréus, pela suposta prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, sob estes fundamentos (fls. 36-37, grifei):

Inicialmente, verifico que a Denúncia fundou-se e se fez acompanhar da cópia do inquérito policial que, por meio de *interceptações telefônicas e de informações obtidas por meio de mensagens de texto (SMS e MMS)* e de *pesquisas a perfis públicos de redes sociais*, obteve indícios suficientes de autoria e materialidade a lhe darem suporte.

Consta no Relatório Final de Inquérito que, *em 14/04/2018, ocorreu operação policial Comunidade Pavão-Pavãozinho – Cantagalo visando a combater o tráfico de drogas.*

Destaca a Autoridade Policial que, *após confronto com os criminosos, foram feitas apreensões, inclusive de um caderno contendo anotações sobre a venda de entorpecentes e telefones dos membros da associação criminosa.*

Interceptações telefônicas foram realizadas com a autorização deste Juízo, *além de diversas diligências investigatórias que levaram a crer que os denunciados, com vontade livre e consciente, mediante prévio ajuste e comunhão de desígnios entre si, de modo estável e permanente, associaram-se com o fim de praticar a comercialização de substâncias entorpecentes nas referidas comunidades, supostamente sob o comando de Nervesino de Jesus Garcia e Leonardo Serpa de Jesus.* Presente, pois, a justa causa para deflagração da ação penal.

[...] Do exame dos autos, verifica-se que a hipótese *sub judice* é de extrema gravidade, pois versa sobre crime de associação para o tráfico, havendo indícios suficientes da materialidade e da participação dos denunciados.

A cópia do inquérito policial que acompanha aos autos traz uma farta documentação obtida mediante *interceptações telefônicas autorizadas judicialmente* que possibilitou a averiguação da *divisão de tarefas realizadas entre os denunciados.*

Segundo as provas produzidas durante a investigação policial, o denunciado *Nervesino de Jesus Garcia* *chefiaria a associação criminosa na parte baixa do Vidigal, com a finalidade de comercializar substâncias entorpecentes, repassando as atividades criminosas aos demais integrantes do bando. Seria responsável pelas últimas decisões a respeito do atuar da quadrilha (pagamentos, atuação dos subordinados, aquisição de armas e drogas).*

Já o denunciado *Leonardo Serpa De Jesus, vulgo Leo Marrinha, chefiaria a organização criminosa que atua na Comunidade Pavão-Pavãozinho – Cantagalo, decidindo sobre a forma de agir da quadrilha daquela Comunidade na comercialização de drogas e defesa do território.*

O denunciado *Júlio Lira da Silva* seria o gerente geral da quadrilha, em atuação no Vidigal e auxiliando diretamente o denunciado *Nervesino de Jesus* na comercialização de entorpecentes e defesa do território.

O denunciado Paulo Ribeiro Ferreira, vulgo Timbão, atuaria como gerente geral da Comunidade Pavão-Pavãozinho – Cantagalo, controlando o abastecimento dos pontos de venda de drogas e realizando a contabilidade das cargas vendidas por seus subordinados.

Os denunciados Rodrigo Wendell Souza José, Renée Vitor Soares da Silva e Jucelino Rodrigues Carlos de Azevedo *seriam gerentes* – assistentes na comunidade Pavão-Pavãozinho – Cantagalo e *auxiliariam o denunciado Paulo Ribeiro Ferreira*. Seriam responsáveis por supervisionar a endolação dos entorpecentes separação e distribuição das cargas e agiriam na coleta dos valores obtidos com a venda.

Os denunciados Gessiano Pereira Rocha, Robert Fernandes da Silva, Antônio Ribeiro Mesquita, Edson da Silva Mendes, Humberto da Conceição e Luciano Lima de Souza agiriam como “soldados do tráfico”. Seriam encarregados de apresentar resistência armada a investidas policiais na comunidade, protegendo os pontos de vendas de drogas e as lideranças criminosas.

Restou, portanto, demonstrado o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, esse consubstanciado na *garantia da ordem pública e na aplicação da lei penal*.

Pondere-se que a *gravidade da infração penal em questão, em que delitos de diversas naturezas são praticados no âmago da organização, visando, inclusive, a aniquilar os inimigos do bando ou membros que descumprirem a ordem do chefe*, criando pavor entre os moradores das comunidades, além de demonstrar a alta periculosidade dos denunciados, e, por conseguinte, sua *necessária segregação cautelar*, já que a manutenção da liberdade dos denunciados poderá acarretar maiores desdobramentos para a garantia da ordem pública.

Por derradeiro, no caso em comento *não se vislumbra, dentre as providências previstas no artigo 319 do CPP*, outra medida cautelar **idônea** à elisão do risco à ordem pública aqui delineada, já que *não há nos autos comprovante de residência fixa dos denunciados, tampouco de exercício de atividade laborativa lícita*.

E mesmo que tivesse, na esteira de entendimento de nossos Tribunais, *eventuais condições subjetivas favoráveis ao acusado*, como bons antecedentes, residência fixa e exercício de atividade laborativa lícita, *não são suficientes à revogação da prisão preventiva*, se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar [...].

Face ao exposto, **DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE [...] PAULO RIBEIRO FERREIRA**, vulgo *Timbão*, [...] com fulcro no artigo 312 do CPP.

Em 19/7/2019 (conforme fl. 67), recebeu-se a denúncia e indeferiu-se o pedido de revogação da custódia (fl. 38).

A Desembargadora Relatora da impetração originária *indeferiu liminarmente o pedido*, fulcrado na Recomendação 62/2020 do CNJ. No *decisum*, afirmou o seguinte (fls. 15-16, destaquei):

[...] *apesar de o paciente se encontrar solto, possui mandado de prisão expedido em seu desfavor pelo referido Juízo, por supostamente ter praticado o delito de associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei nº 11343/06, o que lhe traz sérios receios em razão de seus problemas de saúde.* [...]

Lembremos também que *a situação do paciente, em termos de risco de contágio, não se afigura pior do que a dos diversos trabalhadores que estão a exercer os seus ofícios em supermercados, farmácias, sem falar nos profissionais da saúde que exercem suas funções, muitas vezes em contato direto com pessoas sabidamente infectadas, sem dispor dos equipamentos mínimos de proteção, devendo ser ressaltado que os atestados e laudos médicos trazidos aos autos são datados dos anos de 2017 e 2018.*

Por outro lado, é preciso salientar que *a autoridade penitenciária do Estado já vem estabelecendo plano de contingência e colocando-o em vigor, com base na Resolução Conjunta nº 736 das Secretarias de Saúde e do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, incluindo medidas de separação de casos suspeitos, de controle higiênico e sanitário e inclusive de deslocamento com indicação das unidades médicas de recepção dos detentos em situação de risco.*

[...] Destarte, não se vislumbra qualquer ato ilegal por parte da autoridade impetrada a justificar o acolhimento da pretensão aqui deduzida.

No dia 27/5/2020, o Juízo singular *julgou procedente o pedido* relativamente a apenas quatro réus, considerando o prévio desmembramento do feito quanto a treze outros denunciados. Na ocasião, o ora paciente foi *condenado* ao cumprimento de 5 anos de reclusão, inicialmente em *regime fechado*, e ao pagamento de multa (fls. 83-88).

Quanto à fixação da pena-base e o estabelecimento da forma de satisfação da reprimenda, estabeleceu o Magistrado (fl. 87, grifei):

II - DO RÉU PAULO RIBEIRO FERREIRA

1ª fase: Com base no disposto no art. 59 do CP, a culpabilidade do réu é intensa, na medida em que exerce importante função nas fileiras da facção criminosa, atuando como “gerente geral”

daquelas comunidades, controlando o abastecimento dos pontos de venda de droga e realizando a contabilidade das cargas vendidas por seus subordinados. Ademais, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime extrapolam a prática normal desse delito. Tudo porque, apesar da instalação da Unidade de Polícia Pacificadora nas comunidades do Pavão/Pavãozinho/Cantagalo, o tráfico continuou no local, tendo a organização criminosa atuação bastante expressiva na comunidade. Pondere-se que o volume de venda de drogas indica traficância de grande porte. Além disso, os traficantes constantemente entram em confronto com a polícia, colocando em risco a integridade física dos agentes da lei e da população local. Por tais razões, fixo a pena base acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa. [...]

FACE AO EXPOSTO, TORNO DEFINITIVA A PENA DO RÉU PAULO RIBEIRO FERREIRA EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA.

Fixo o regime fechado para o cumprimento inicial da pena, com fulcro [no] art. 33, §2º, alínea “a”, do CP, bem como no artigo 59 também do CP, haja vista à necessidade de se atender a reprovação e a prevenção do delito.

Já considerado o período de prisão cautelar para efeito do parágrafo 2º do art. 387 do CPP.

Destaque-se que do plano da culpabilidade, atento as diretrizes do §3º do artigo 33 do Código Penal, constata-se que o réu exerce uma função de grande relevância nas fileiras da hierarquia da facção criminosa que detém o monopólio do tráfico de drogas nas comunidades do Pavão/Pavãozinho/Cantagalo, atuando como “gerente geral”, controlando o abastecimento dos pontos de venda de droga e realizando a contabilidade das cargas vendidas por seus subordinados.

Essa específica circunstância demonstra a importância do acusado naquela facção criminosa. [...]

Lado outro, deve-se ressaltar que tal decisão está em consonância com a Súmula nº 719 do STF que dispõe sobre a exigência de motivação idônea para a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, verificou o gabinete que, até o momento, o réu não foi capturado, em que pese haja constituído advogado, para lhe defender durante o trâmite processual, desde a decisão que lhe ordenou a constrição

preventiva. Constatou-se, ainda, que, até então, *não foi ofertada apelação* pelos sentenciados.

Feitos esses registros, passo ao exame das pretensões defensivas.

II. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DO WRIT

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, se o decisum *subsequente não agrega fatos novos* para manter a segregação provisória, *não torna prejudicado o habeas corpus*, antes impetrado, que impugna o decreto prisional.

Ilustrativamente:

[...] 1. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que *a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o writ em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo*. Precedente. [...] (AgRg no RHC nº 62.913/BA, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 28/8/2017, destaquei.)

AGRAVO REGIMENTAL. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTOS EXPOSTOS NO DECRETO PREVENTIVO. AFASTADA A PREJUDICIALIDADE DO MANDAMUS. [...] RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. No caso, o Juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, manteve a segregação cautelar do agravante ao remeter-se às razões invocadas no decreto preventivo, a ensejar o afastamento da prejudicialidade do writ. [...] (AgRg no RHC nº 91.011/AL, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 11/3/2019, grifei.)

Tal a circunstância, *não há falar em prejudicialidade do mandamus*, porquanto a sentença condenatória preservou as mesmas razões que determinaram a segregação cautelar.

III. IDONEIDADE DA CAUTELA MÁXIMA

A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que *não assuma natureza de antecipação da pena* e não decorra, automaticamente, da *natureza abstrata do crime* ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em *motivos e fundamentos concretos*, relativos a *fatos novos ou contemporâneos*, dos quais se possa extrair o perigo

que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

Decerto, este órgão colegiado é firme em assinalar “que o perigo para a aplicação da lei penal não deflui do simples fato de se encontrar o réu em lugar incerto e não sabido. Não há confundir evasão com não localização” (RHC nº 50.126/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 19/10/2015, destaquei).

Todavia, na hipótese, conquanto possuísse *ciência inequívoca da acusação, bem como da ordem prisional* – tanto é que *constituiu advogado* para representá-lo no transcorrer da demanda originária –, o paciente *não se apresentou em Juízo*. Sua preventiva, decretada em 13/2/2019, ainda não se efetivou.

Dessarte, a determinação de *construção cautelar* do réu, sob a justificativa de *risco para a aplicação da lei penal*, está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal.

Confira-se:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. [...] PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA [...]. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] Ademais, o recorrente empreendeu fuga e permanece se ocultando até a presente data, circunstância superveniente que reforça a necessidade da custódia preventiva para a garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

3. Pelas mesmas razões, inviável a aplicação de medidas cautelares diversas, porquanto, nessas circunstâncias, a segregação cautelar é a única forma de se garantir a ordem pública, salvaguardar a integridade física da vítima, a instrução criminal e a futura aplicação da lei penal.

4. Recurso não provido. (RHC nº 101.244/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 10/6/2019, grifei.)

[...] 5. Ademais, a segregação preventiva do recorrente foi decretada em 25-9-2018, porém, o acusado encontra-se evadido, e o mandado de prisão não foi cumprido até o presente momento.

6. Nos termos da jurisprudência desta Quinta Turma, a fuga do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos e que perdura, constitui motivação que reforça necessidade da segregação cautelar com o fim de assegurar a aplicação da lei penal. [...] (RHC nº 107.821/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 7/5/2019, destaquei.)

De mais a mais, não obstante se trate de infração cometida sem violência ou grave ameaça, esta Corte de Justiça é firme em assinalar a *idoneidade* da “decretação de prisão de membros de organização criminosa como forma de interromper as atividades do grupo” (RHC nº 70.101/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 5/10/2016, grifei).

Ora, o caso em comento refere-se a *organização criminosa armada*, que detém o monopólio do comércio de substâncias entorpecentes na parte baixa do Vidigal e na Comunidade Pavão-Pavãozinho – RJ (fl. 87), e é capaz de decidir “a forma de agir da comunidade”, bem como exercer a “defesa’ do território” (ambos à fl. 36).

Determinados membros são, inclusive, “encarregados de *apresentar resistência armada a investidas policiais na comunidade*, protegendo os pontos de vendas de drogas e as lideranças criminosas” (fl. 36, destaquei), ou intimados “a *aniquilar os inimigos do bando* ou membros que descumprirem[ssem] a ordem do chefe” (fl. 37, grifei).

Ainda, “apesar da instalação da Unidade de Polícia Pacificadora nas comunidades do Pavão/Pavãozinho/Cantagalo, o tráfico continuou no local”, e os criminosos “constantemente entram em confronto com a polícia, colocando em risco a integridade física dos agentes da lei e da população local” (ambos à fl. 87, destaquei).

No mesmo sentido:

[...] 3. A prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, pois há o risco concreto de reiteração delitiva por parte do agente, considerando-se que integra grupo criminoso voltado à prática do crime de tráfico de drogas em larga escala, comandado por sua irmã e corré.

4. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (STF - HC 95.024/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009). [...]

6. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC nº 485.190/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 30/4/2019, grifei.)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal,

revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

2. No caso, a prisão preventiva está justificada em razão das características das condutas delituosas narradas, tendo o Magistrado singular constatado que “grande parte dos representados possuem condenação com trânsito em julgado, bem como respondem a outras ações penais nesta comarca e no Estado”, e que “os representados encontram-se associados à facção criminosa conhecida como Comando Vermelho, onde cada membro age sob o seu comando e exerce uma função específica, visando o cometimento dos delitos de roubo e tráfico de drogas nesta cidade”. Dessarte, está evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.

3. Conforme magistério jurisprudencial desta Corte, “a participação de agente em organização criminosa sofisticada – a revelar a habitualidade delitiva – pode justificar idoneamente a prisão preventiva, bem como desautorizar sua substituição pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP” (HC nº 382.398/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 11/9/2017).

4. Ordem denegada. (HC nº 473.605/MT, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 5/6/2019, destaquei.)

Outrossim, em casos que envolvem associações voltadas à reiterada prática de delitos, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido a clausura preventiva dos investigados, mesmo quando não há indicação detalhada da atividade por eles desempenhada em tal organização, mas apenas menção à existência de sinais de que integram o grupo criminoso – embora essa não seja a hipótese, porquanto há, nos autos, descrição esmiuçada da atuação do réu, que “exerce uma função de grande relevância nas fileiras da hierarquia da facção criminosa [...], atuando como ‘gerente geral’, controlando o abastecimento dos pontos de venda de droga e realizando a contabilidade das cargas vendidas por seus subordinados” (fl. 87, grifei).

Concluo, pois, haver sido demonstrada a *devida legitimação* para o cárcere preventivo do paciente.

IV. INADEQUAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS DISTINTAS DA PRISÃO

Dadas as apontadas *circunstâncias do fato* e as *condições pessoais do acusado*, bem como ante o fundado *risco de aplicação da lei penal*, não se mostra adequada e suficiente a substituição da custódia preventiva por medidas a ela alternativas (art. 282 c/c art. 319 do CPP).

Nesses termos, entre tantos outros:

[...] 8. Vale gizar que *o paciente permaneceu foragido* desde a decretação de sua prisão preventiva em abril de 2019 até agosto próximo passado, quando capturado, *fato que demonstra, também, que sua liberdade põe em risco a aplicação da lei penal.*

9. Insta registrar que não merece guarida a alegação de que as condições subjetivas favoráveis ao paciente são impeditivas à decretação do cárcere cautelar. Na esteira de entendimento de nossos Tribunais, *eventuais circunstâncias pessoais favoráveis aos agentes, ainda que comprovadas, não são suficientes à concessão de liberdade provisória* se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

10. Mostra-se *indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão*, quando evidenciada a sua *insuficiência para acautelar a ordem pública.*

11. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 540.749/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 10/2/2020, grifei.)

V. EXCEPCIONALIDADE MOMENTÂNEA – COVID-19 – PREJUDICADO

Com efeito, ante a *crise mundial do novo coronavírus* e, especialmente, a *magnitude do panorama nacional*, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. A prisão *ante tempus* é o último recurso a ser utilizado, de forma a preservar a saúde de todos.

Todavia, o pedido não comporta conhecimento, uma vez que, até o momento, não há efetiva segregação do paciente – sobretudo quando se conclui que presentes *razões bastantes*, com fundamento em *elementos concretos dos autos*, para justificar a custódia preventiva do réu.

VI. DISPOSITIVO

À vista do exposto, *conheço parcialmente da impetração e, nessa extensão, denego a ordem.*

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0086169-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 572.974 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números **Origem:** **00771098720208190001** **01339723420188190001**
1339723420188190001 **771098720208190001**

EM MESA

JULGADO: 23/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: FRANCISCO MELO DE QUEIROZ

ADVOGADO: FRANCISCO MELO DE QUEIROZ - RJ211040

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: PAULO RIBEIRO FERREIRA

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, nesta extensão, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

• • •

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 61.302 / RIO DE JANEIRO (2019/0199132-0)**

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

RECORRENTE: GOOGLE LLC

ADVOGADOS: EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA - RJ130532

FELIPE MENDONÇA TERRA - RJ179757

NAIANA DO AMARAL PORTO - RJ167818

JACQUELINE DE SOUZA ABREU - SP356941

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS: CARLOS ANTÔNIO PENA - SP105802

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665

CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723

FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694

IZABEL DE ARAÚJO CORTEZ - SP235560

BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552

JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384

LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340

RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029

BIANCA DIAS SARDILLI - SP299813

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS EM DETERMINADA LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA. IMPOSIÇÃO QUE NÃO INDICA PESSOA INDIVIDUALIZADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA. OCORRÊNCIA.

PROPORCIONALIDADE. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

1. Os direitos à vida privada e à intimidade fazem parte do núcleo de direitos relacionados às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos em diversos países e em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal, no art. 5º, X, estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A ideia de sigilo expressa verdadeiro direito da personalidade, notadamente porque se traduz em garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e informações inerentes a pessoa, advindas também de suas relações no âmbito digital.

2. Mesmo com tal característica, o direito ao sigilo não possui, na compreensão da jurisprudência pátria, dimensão absoluta. De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, assim como a Suprema Corte, entende que é possível afastar sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.

3. Na espécie, a ordem judicial direcionou-se a dados estáticos (registros), relacionados à identificação de usuários em determinada localização geográfica que, de alguma forma, possam ter algum ponto em comum com os fatos objeto de investigação por crimes de homicídio.

4. A determinação do Magistrado de primeiro grau, de quebra de dados informáticos estáticos, relativos a arquivos digitais de registros de conexão ou acesso a aplicações de internet e eventuais dados pessoais a eles vinculados, é absolutamente distinta daquela que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo de comunicações de dados, isto é, ao conhecimento do conteúdo da comunicação travada com o seu destinatário. Há uma distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações. Decerto que o art. 5º, X, da CF/88 garante

a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis. Entretanto, o acesso a esses dados registrados ou arquivos virtuais não se confunde com a interceptação das comunicações e, por isso mesmo, a amplitude de proteção não pode ser a mesma.

5. Os dispositivos que se referem às interceptações das comunicações indicados pelos recorrentes não se ajustam ao caso *sub examine*. O procedimento de que trata o art. 2º da Lei nº 9.296/1996, cujas rotinas estão previstas na Resolução nº 59/2008 (com alterações ocorridas em 2016) do CNJ, os quais regulamentam o art. 5º, XII, da CF, não se aplicam a procedimento que visa a obter dados pessoais estáticos armazenados em seus servidores e sistemas informatizados de um provedor de serviços de internet. A quebra do sigilo de dados, na hipótese, corresponde à obtenção de registros informáticos existentes ou dados já coletados.

6. Não há como pretender dar uma interpretação extensiva aos referidos dispositivos, de modo a abranger a requisição feita em primeiro grau, porque a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet, cuja relação é devidamente prevista no Marco Civil da Internet, o qual não impõe, entre os requisitos para a quebra do sigilo, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.

7. Os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet, que tratam especificamente do procedimento de que cuidam os autos, não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. Assim, para que o magistrado possa requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, mostra-se satisfatória a indicação dos seguintes elementos previstos na lei: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Não é necessário, portanto, que o magistrado fundamente a requisição com indicação da pessoa alvo da investigação, tampouco que justifique a indispensabilidade da medida, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios, o que, aliás, seria até, na espécie – se houvesse tal obrigatoriedade legal –, plenamente dedutível da complexidade e da dificuldade de identificação da autoria mediata dos crimes investigados.

8. Logo, a quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outros dados pessoais e informações,

não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo precípuo dessa medida, na expressiva maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado.

9. Conforme dispõe o art. 93, IX, da CF, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Na espécie, tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa quanto à utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram minimamente explicitados pelo Magistrado de primeiro grau.

10. Quanto à proporcionalidade da quebra de dados informáticos, ela é adequada, na medida em que serve como mais um instrumento que pode auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva; é necessária, diante da complexidade do caso e da não evidência de outros meios não gravosos para se alcançarem os legítimos fins investigativos; e, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição a direitos fundamentais que dela redundam – tendo como finalidade a apuração de crimes dolosos contra a vida, de repercussão internacional – não enseja gravame às pessoas eventualmente afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrais publicizados, os quais, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados.

11. Logo, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, não se mostra medida desproporcional, porquanto, tendo como norte a apuração de gravíssimos crimes cometidos por agentes públicos contra as vidas de três pessoas – mormente a de quem era alvo da emboscada, pessoa dedicada, em sua atividade parlamentar, à defesa dos direitos de minorias que sofrem com a ação desse segmento podre da estrutura policial fluminense – não impõe risco desmedido à privacidade e à intimidade dos usuários possivelmente atingidos pela diligência questionada.

12. Recurso em mandado de segurança não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por maioria, negar provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior que dava provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

O Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça sustentou oralmente pelas partes recorrentes: Google Brasil Internet Ltda. e Google LLC.

O Dr. Orlando Carlos Neves Belém, Procurador de Justiça, sustentou oralmente pela parte interessada: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 26 de agosto de 2020.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.302 / RIO DE JANEIRO
(2019/0199132-0)**

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

RECORRENTE: GOOGLE LLC

ADVOGADOS: EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA - RJ130532

FELIPE MENDONÇA TERRA - RJ179757

NAIANA DO AMARAL PORTO - RJ167818

JACQUELINE DE SOUZA ABREU - SP356941

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS: CARLOS ANTÔNIO PENA - SP105802

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665

CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723

FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694

IZABEL DE ARAÚJO CORTEZ - SP235560

BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552

JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384
LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340
RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029
BIANCA DIAS SARDILLI - SP299813

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. e GOOGLE LLC interpõem recurso em mandado de segurança contra acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, que denegou a ordem impetrada naquela Corte, na qual questionavam a decisão do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, que *autorizou a identificação dos usuários de aplicativos de um conjunto não identificado de pessoas, tão somente pela circunstância aleatória de haverem transitado, em certo lapso de tempo, por determinadas coordenadas geográficas no Município do Rio de Janeiro - RJ (Ofícios nº 4.041/2018 e 4.047/2018)*.

Em suas razões, alegam os insurgentes, preliminarmente, que a determinação judicial ora impugnada perdeu o objeto, “tendo em vista a evolução da investigação e a identificação dos suspeitos dos crimes – inclusive por meio de outras provas e elementos fornecidos pela Google após decisões judiciais de quebra de sigilo” (fl. 144).

No mérito, afirmam que “a ordem jurídica brasileira não admite quebras de sigilo e interceptações genéricas, desprovidas de individualização razoável dos indivíduos afetados e das respectivas fundamentações” (fl. 154). No particular, assinalam que a premissa para quebras de sigilo, no sistema jurídico brasileiro, é a existência e demonstração de indícios concretos de envolvimento de determinada pessoa na prática de crimes e que não há previsão legal para quebra de sigilo com base em meras coordenadas geográficas.

Assinalam que “as localizações geográficas indicadas pela autoridade coatora criam o risco concreto de se afetar um número muito elevado de pessoas inocentes, já que abrangem extensas áreas do Rio de Janeiro – os polígonos englobam residências, repartições públicas, cartórios, escritórios de advocacia, hospitais, sindicatos, bancos, igrejas, escolas, hotéis, lojas, avenidas e pontos turísticos – e parte considerável deles sequer diz respeito à data e local do crime” (fl. 154).

Apontam a existência de conjunto normativo (arts. 5º, X, XII e 93, X, da Constituição Federal; 2º da Lei nº 9.296/1996; 22 do Marco Civil da Internet; 11 do Decreto-Federal nº 8.771/2016 e a Resolução CNJ nº 59/2008) que é suficiente para constatar que a quebra do sigilo é medida excepcional e, por isso mesmo, só poderia ser justificada pela existência de indícios concretos de atividade ilícita por parte do alvo delimitado, a serem demonstrados em decisão judicial fundamentada.

Sustentam que “as ordens aqui questionadas, contudo, não possuem esse tipo de limitação. Pelo contrário, chegam a alcançar milhares de cidadãos inocentes que

tenham estado, em horários comerciais, em amplas áreas urbanas da cidade do Rio de Janeiro – daí, portanto, a evidente violação à legislação regente” (fl. 170).

Por fim, aduzem que houve a inobservância ao princípio da proporcionalidade, porquanto a quebra de sigilo pretendida é *inadequada*, ao não oferecer mínima garantia de que levará ao autor ou aos autores dos delitos investigados, e que não há garantia de confiabilidade nos dados de geolocalização a serem pesquisados; é *desnecessária*, uma vez que há medidas e diligências alternativas que podem ser e foram tomadas pelas autoridades policiais; e *desproporcional* em sentido estrito, pois a determinação aceita o dano colateral de quebrar o sigilo de inocentes, assumindo que a medida extrema seria justificável pela possibilidade, apenas eventual, de se obter alguma pista sobre aqueles que teriam envolvimento nos crimes investigados.

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, em contrarrazões, às fls. 198-203, pronunciou-se acerca do recurso interposto, nestes termos, no que interessa (fls. 201-202):

Não obstante a relevância da previsão do artigo 5º da Carta constitucional, a inteligência da hermenêutica revela que os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que serão ponderados e/ou flexibilizados diante de outros direitos e interesses de igual ou semelhante importância.

Nesse sentido, a própria redação do inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, ao prever a possibilidade do afastamento e/ou relativização do direito ao sigilo de dados, por meio de ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, hipótese plenamente adequada ao caso em análise.

A ponderação de interesses e direitos afigura-se especialmente imperiosa diante da relevância e complexidade da investigação criminal que deu causa à quebra de sigilo, cujo objeto é o assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, Anderson Gomes, caso de notória repercussão social.

Infere-se dos autos que a cautelar deferida se prestou identificação de usuários, e não ao acesso a teor dos dados de comunicação constantes de seus aparelhos telefônicos, o que, por si só, afasta a pretensa violação inconstitucional de sigilo.

Pela mesma razão, destaque-se a improcedência de suposta violação ao princípio da presunção de inocência e ao devido processo legal, uma vez que a quebra de sigilo não pretendeu acesso aos dados usuários, afastando, assim, o argumento persecutório sustentado pelos recorrentes.

Cumpra sublinhar, ainda, que a decisão ora impugnada visou a dar continuidade a minucioso trabalho investigativo, do qual já resultou a identificação de dois réus exatamente através da quebra de sigilo de dados.

No que toca à suposta afronta aos ditames da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), mister elucidar que a própria legislação, em seu artigo 3º, prevê a possibilidade da ponderação e/ou afastamento da proteção do direito à privacidade diante de direitos e interesses de igual relevância, sublinhando a coexistência dos princípios que anuncia com outras normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro ou em tratados internacionais do qual a República faça parte.

Noutro giro, a respeito do pleito apresentado pelas pessoas jurídicas recorrentes, mister trazer à baila o entendimento desse tribunal superior, ao decidir não ser cabível a impetração de mandado de segurança com vistas a se imiscuir em investigação que sequer recai sobre os impetrantes.

Ouvido, o Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Marcelo Muscogliati, manifestou-se pelo provimento do recurso “para conceder a segurança rogada na impetração originária, qual seja, qual seja, cassar o mandado judicial de quebra de sigilo telemático circunscrito aos Ofícios nº 4041 e 4047 de 2018” (fl. 320).

Em 10/8/2020, as recorrentes apresentaram parecer jurídico, às fls. 364-408, produzido pelo Prof. Gilson Dipp, no qual, além de reiterar os argumentos externados neste recurso em mandado de segurança, assinalou que “medidas dessa natureza – quebras de sigilo genéricas, com base em coordenadas geográficas – têm sido reiteradamente cassadas pela ampla maioria das decisões dos Eg. Tribunais de Justiça’. O ponto foi também corroborado pelo Ministério Público Federal (fl. 364).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.302 / RIO DE JANEIRO (2019/0199132-0)

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS EM DETERMINADA LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA. IMPOSIÇÃO QUE NÃO INDICA PESSOA INDIVIDUALIZADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA. OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PROVIDO.

1. Os direitos à vida privada e à intimidade fazem parte do núcleo de direitos relacionados às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos em diversos países e em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal, no art. 5º, X, estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A ideia de sigilo expressa verdadeiro direito da personalidade, notadamente porque se traduz em garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e informações inerentes a pessoa, advindas também de suas relações no âmbito digital.

2. Mesmo com tal característica, o direito ao sigilo não possui, na compreensão da jurisprudência pátria, dimensão absoluta. De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, assim como a Suprema Corte, entende que é possível afastar sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.

3. Na espécie, a ordem judicial direcionou-se a dados estáticos (registros), relacionados à identificação de usuários em determinada localização geográfica que, de alguma forma, possam ter algum ponto em comum com os fatos objeto de investigação por crimes de homicídio.

4. A determinação do Magistrado de primeiro grau, de quebra de dados informáticos estáticos, relativos a arquivos digitais de registros de conexão ou acesso a aplicações de internet e eventuais dados pessoais a eles vinculados, é absolutamente distinta daquela que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo de comunicações de dados, isto é, ao conhecimento do conteúdo da comunicação travada com o seu destinatário. Há uma distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações. Decerto que o art. 5º, X, da CF/88 garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis. Entretanto, o acesso a esses

dados registrados ou arquivos virtuais não se confunde com a interceptação das comunicações e, por isso mesmo, a amplitude de proteção não pode ser a mesma.

5. Os dispositivos que se referem às interceptações das comunicações indicados pelos recorrentes não se ajustam ao caso *sub examine*. O procedimento de que trata o art. 2º da Lei nº 9.296/1996, cujas rotinas estão previstas na Resolução nº 59/2008 (com alterações ocorridas em 2016) do CNJ, os quais regulamentam o art. 5º, XII, da CF, não se aplicam a procedimento que visa a obter dados pessoais estáticos armazenados em seus servidores e sistemas informatizados de um provedor de serviços de internet. A quebra do sigilo de dados, na hipótese, corresponde à obtenção de registros informáticos existentes ou dados já coletados.

6. Não há como pretender dar uma interpretação extensiva aos referidos dispositivos, de modo a abranger a requisição feita em primeiro grau, porque a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet, cuja relação é devidamente prevista no Marco Civil da Internet, o qual não impõe, entre os requisitos para a quebra do sigilo, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.

7. Os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet, que tratam especificamente do procedimento de que cuidam os autos, não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. Assim, para que o magistrado possa requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, mostra-se satisfatória a indicação dos seguintes elementos previstos na lei: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Não é necessário, portanto, que o magistrado fundamente a requisição com indicação da pessoa alvo da investigação, tampouco que justifique a indispensabilidade da medida, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios, o que, aliás, seria até, na espécie – se houvesse tal obrigatoriedade legal – plenamente dedutível da complexidade e da dificuldade de identificação da autoria mediata dos crimes investigados.

8. Logo, a quebra do sigilo de dados armazenados, de forma autônoma ou associada a outros dados pessoais e informações, não obriga a autoridade judiciária a indicar previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo

precípua dessa medida, na expressiva maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado.

9. Conforme dispõe o art. 93, IX, da CF, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Na espécie, tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa quanto à utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram minimamente explicitados pelo Magistrado de primeiro grau.

10. Quanto à proporcionalidade da quebra de dados informáticos, ela é adequada, na medida em que serve como mais um instrumento que pode auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva; é necessária, diante da complexidade do caso e da não evidência de outros meios não gravosos para se alcançarem os legítimos fins investigativos; e, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição a direitos fundamentais que dela redundam – tendo como finalidade a apuração de crimes dolosos contra a vida, de repercussão internacional – não enseja gravame às pessoas eventualmente afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrares publicizados, os quais, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados

11. Logo, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, não se mostra medida desproporcional, porquanto, tendo como norte a apuração de gravíssimos crimes cometidos por agentes públicos contra as vidas de três pessoas – mormente a de quem era alvo da emboscada, pessoa dedicada, em sua atividade parlamentar, à defesa dos direitos de minorias que sofrem com a ação desse segmento podere da estrutura policial fluminense – não impõe risco desmedido à privacidade e à intimidade dos usuários possivelmente atingidos pela diligência questionada.

12. Recurso em mandado de segurança não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

Em 14/03/2018, a então Vereadora Marielle Francisco da Silva (*Marielle Franco*) e Anderson Pedro Mathias Gomes foram vítimas de homicídio; no mesmo contexto, Fernanda Gonçalves Chaves, de homicídio tentado. Em razão disso, instaurou-se inquérito policial perante a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, do qual resultou ação penal (*Processo nº 0072026-61.2018.8.19.001*) contra os acusados *Ronnie Lessa* e *Élcio Vieira de Queiroz*.

Ao primeiro réu, *Ronnie Lessa*, foi imputada “a suposta prática dos crimes previstos nos artigos 121, §2º, incisos I (motivo torpe) e IV (duas vezes, emboscada e recurso que dificultou a defesa da vítima) do Código Penal, em relação à vítima Marielle; 121, §2º, incisos IV (duas vezes, emboscada e recurso que dificultou a defesa da vítima) e V, em relação à vítima Anderson; 121, §2º, incisos IV (emboscada) e V, c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal, em relação à vítima Fernanda e, por fim, artigo 180, todos na forma do art. 69, todos do Código Penal” (fl. 50).

Ao segundo denunciado, *Élcio Vieira Queiroz*, “foi imputada a suposta prática dos crimes previstos nos artigos 121, §2º, incisos I (motivo torpe) e IV (duas vezes, emboscada e recurso que dificultou a defesa da vítima) c/c art. 29, ambos do Código Penal, em relação à vítima Marielle; 121, §2º, incisos IV (duas vezes, emboscada e recurso que dificultou a defesa da vítima) e V, c/c art. 29, ambos do Código Penal em relação à vítima Anderson; 121, §2º, incisos IV (emboscada) e V, c/c artigo 14, inciso II, c/c art. 29, todos do Código Penal, em relação à vítima Fernanda, por fim, artigo 180, todos na forma do art. 69, todos do Código Penal.” (fls. 50-51).

Entretanto, *ainda durante as investigações*, as quais acabaram por desencadear *diversas frentes investigatórias*, houve a seguinte determinação do Juízo da 4ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, exarada em 23/11/2018 (fls. 56-60):

a) Que o provedor de aplicação de internet GOOGLE INC., sob pena de incursão no crime de desobediência, além de multa diária no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), em caso do descumprimento de determinação judicial, ou de seu cumprimento parcial, nos termos do art. 537 do NCPC, *forneça e disponibilize à Autoridade Policial e ao Ministério Público, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar do recebimento desta ordem, e usando-se de parâmetro os polígonos e conjuntos formados e relacionados a seguir [...] na busca do levantamento destes usuários através das contas vinculadas aos dispositivos identificados e operando na área delimitada de cada conjunto de polígonos com sistemas*

operacionais IOS, WINDOWS MOBILE, sistema de gerenciamento GOOGLE/ANDROID, pelo aplicativo GOOGLE MAPS ou pelo aplicativo WAZE [...].

Assim, o referido magistrado deferiu, como afirma a impugnação, “a quebra de sigilo telemático, de um conjunto não identificado de pessoas, unidas tão somente pela circunstância aleatória de terem transitado, em certo lapso de tempo, por *diversas coordenadas geográficas do Município do Rio de Janeiro/RJ (Ofício nº 4041/2018 e Ofício nº 4047/2018)*” (fl. 84).

Por isso, a questão versada nesta oportunidade é de *extrema relevância e complexidade*, não apenas porque envolve a discussão subjacente à apuração do assassinato da Vereadora Marielle Franco – com ampla repercussão, nacional e internacional, dado o contexto de possível eliminação de uma vida dedicada à proteção dos direitos de minorias e de combate a grupos estatais e paraestatais que oprimam e oprimem, violentamente, moradores da periferia da cidade do Rio de Janeiro –, mas também porque traz a lume importante debate, amiúde veiculado em casos similares, *sobre o limite e o alcance das ordens judiciais de quebra de sigilo de dados informáticos*, quando circunscritas a determinada localização ou a períodos curtos de tempo, notadamente diante do aparente *confronto entre o direito à privacidade dos indivíduos em geral e o interesse público na atividade de persecução penal para a apuração e a responsabilização penal de autor(es) de gravíssimos crimes dolosos contra a vida, no contexto já assinalado*.

As recorrentes alegam que a recusa no fornecimento das informações requeridas nos *Ofícios nº 4.041/2018 e 4.047/2018* tem como causa a proteção do direito à privacidade dos seus usuários e, também, o fato de que a referida decisão *determina ordem para quebra do sigilo telemático de um conjunto não identificado de pessoas que teriam transitado, em determinado lapso de tempo, por algumas coordenadas geográficas do Município do Rio de Janeiro/RJ, situação esta que, em sua ótica, não encontra respaldo na legislação de regência, tampouco na Constituição Federal*.

Por isso, a afetação do tema para julgamento perante o colegiado da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Tal procedimento é reforçado pelo recente julgamento, no âmbito desta Seção, do *Incidente de Deslocamento de Competência nº 24/RJ*, oportunidade em que ficou registrada a *relevância do fato*, uma vez que uma das vítimas seria vereadora e defensora dos direitos humanos, especialmente dos direitos das mulheres, bem como combatia, com sua atuação parlamentar, a violência policial e grupos paramilitares de atuação no Rio de Janeiro, compostos majoritariamente por policiais ou ex-policiais, e que contam, para seu agir desenvolvido, com vínculos ao aparato oficial.

Centra-se a irrisignação, portanto e resumidamente, *em três aspectos*: 1) ausência de base constitucional e legal para quebra de sigilo genérica e aleatória, sem a individualização dos alvos e imputação de infração penal, a ensejar a violação do devido processo legal, do princípio da presunção de inocência, da privacidade, do direito de

acesso à informação e da liberdade de comunicação; 2) ausência de fundamentação adequada da decisão que determinou a quebra do sigilo; 3) inobservância do princípio da proporcionalidade.

II. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO

De início, afasto a afirmação das recorrentes quanto à possível perda de objeto da decisão que determinou a quebra do sigilo de dados. O interesse do Ministério Público na efetivação das medidas deferidas pelo Magistrado de primeiro grau ainda remanesce, sobretudo porque mesmo diante do oferecimento de denúncia contra dois acusados, *as investigações continuam em seus diversos desdobramentos, todos com a finalidade de apurar outros eventuais envolvidos na prática delituosa.*

Tal constatação evidencia-se pelo recente julgamento do *IDC nº 24*, de relatoria da Ministra *Laurita Vaz*, publicado no DJe 1º/7/2020, oportunidade em que ficou registrada a existência de recursos em mandado de segurança em tramitação nesta Corte, entre os quais o que ora se examina, cujo objeto é justamente a validade do acesso aos registros de dados relevantes para as investigações. Extraem-se, do acórdão, no particular, as seguintes passagens:

EM TODOS OS CASOS, o que se verifica, de maneira nítida, é a oposição da GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., GOOGLE LLC e o FACEBOOK ao fornecimento de informações legítimas e que são relevantes ao prosseguimento da tarefa investigatória, no sentido de se dar continuidade à tentativa de identificação dos mandantes. Tais providências investigatórias empreendidas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por si só, revelam o comprometimento do Estado do Rio de Janeiro em garantir a plena execução de uma vertente investigatória no plano da quebra de sigilo telefônico, telemático e de dados, conquanto incompreensivelmente as empresas GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., GOOGLE LLC e o FACEBOOK que controlam os dados de milhões de cidadãos de todo o mundo, sabem o que compram, do que gostam e não gostam, o que leem, aonde vão de férias, quanto ganham, as suas lembranças fotográficas, bem como se estão buscando um carro novo ou tênis para comprar e, ainda, que são capazes de conectar e vender todas essas informações, mas INEXPLICAVELMENTE, se negam a fornecer os dados requeridos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e deferidas judicialmente [...]

Além disso, a própria atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a quem deferi o pedido de vista em outro recurso referente ao mesmo caso, permitindo-lhe, ainda, figurar como parte interessada no âmbito desta Corte, denota

a existência de interesse no prosseguimento das medidas deferidas pelo Juízo de origem. Superada, portanto, essa alegação preliminar, *passo ao exame do mérito da questão iuris*.

III. POSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO DE DADOS (REGISTROS) ESTÁTICOS: INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DA PRIVACIDADE, DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, em seu art. 12, prevê que “ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação” e destaca, ainda, que “contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei”. Segundo o *Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos*:

[...] a privacidade é um valor em si, essencial para o desenvolvimento da personalidade e para proteção da dignidade humana, um dos principais temas da DUDH. Permite nossa proteção contra interferências não autorizadas em nossas vidas e de determinar como queremos interagir com o mundo. A privacidade nos ajuda a estabelecer fronteiras para limitar quem tem acesso aos nossos corpos, lugares e coisas, assim como nossas comunicações (Visto em: <nacoesunidas.org/artigo-12-direito-a-privacidade/>. Acesso em: 17 ago. 2020).

No mesmo sentido, a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*:

Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

A seu turno, a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em seu art. 8º, assinala:

Art. 8º Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. Esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

E, ainda, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* estabelece, em seu art. 11, § 2º, que “[n]inguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. No caso *Vereda La Esperanza vs. Colômbia*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos “considerou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ser isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvenoAmericanasobreDireitosHumanos10.9.2018.pdf>>. Acesso: em 17 ago. 2020).

Os direitos à vida privada e à intimidade fazem parte do núcleo de direitos relacionado às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos em diversos países e em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos. Eles “salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rizervatezza* e os americanos de *privacy*)” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 462).

No Brasil, a Constituição Federal, no art. 5º, X, estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. *A ideia de sigilo se fundamenta diretamente nessa garantia, faceta esta que manifesta, de forma expressiva, verdadeiro direito da personalidade*, notadamente porque se traduz em uma garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e informações inerentes a pessoa, advindas também de suas relações no âmbito digital. Como reconhece T. M. Vieira, “o exercício da privacidade nada mais representa que o exercício do Direito à liberdade de se expor ou não quanto a decidir em que medida pretende o titular revelar sua intimidade e sua vida privada para o mundo exterior” (*O direito à privacidade na sociedade da informação, efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 21-22).

Em uma sociedade onde a informação é compartilhada cada vez com maior velocidade, nada mais natural que a preocupação do indivíduo em assegurar que fatos inerentes a sua vida pessoal sejam protegidos, sobretudo diante do desvirtuamento ou abuso de interesses de terceiros. Entretanto, mesmo reconhecendo que o sigilo é expressão de um direito fundamental de alta relevância ligado à personalidade, a doutrina e a jurisprudência compreendem que *não se trata de um direito absoluto*, admitindo-se a sua restrição quando imprescindível ao interesse público.

Em outras palavras, é possível mitigar o direito ao sigilo sempre que houver a necessidade de se harmonizar possível violação de outros direitos fundamentais ou de interesses constitucionalmente protegidos, notadamente diante da prática de crimes. A Carta Magna “atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de modo que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição” (SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 447).

De acordo com a jurisprudência do STF, “os direitos e garantias individuais não tem caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (MS nº 23.452/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 15/5/2000).

De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, na linha da orientação firmada pela Suprema Corte, entende que é possível afastar a sua proteção *quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública.*

Não descuro, na linha das diretrizes traçadas pelo entendimento predominante, em casos mais comuns, onde se pleiteia a *interceptação de dados informáticos*, seja necessário estarem presentes reais indícios que apontem a prática de uma infração penal pelo titular das informações sigilosas afetadas pela decisão, sobretudo porque o fato indiciário, que autoriza um juízo de probabilidade, não se identifica com a mera suspeita ou com simples conjectura desacompanhada de elementos fáticos concretos. Na hipótese, verifica-se que a investigação levada a cabo na origem procura desvendar a prática de três homicídios, dois deles consumados. Todavia, a ordem judicial de coleta de registros de dados se dirige a um número indeterminado de pessoas, como objetado pelas recorrentes.

No particular, afirmam que a ordem jurídica interna dispõe, de forma específica, taxativa e excepcional, sobre as hipóteses em que se admite quebra de sigilo e fornecimento de dados. Nos termos do art. 22 da Lei nº 9.296/96, da Resolução CNJ nº 59/2008, do art. 22 do Marco Civil da Internet e do art. 11 do Decreto Federal nº 8.771/2016, inexistente autorização legal para a determinação da quebra de sigilo de um conjunto não identificado de pessoas, unidas tão somente pela circunstância

aleatória de terem transitado, em certo lapso de tempo, por *diversas coordenadas geográficas do Município do Rio de Janeiro/RJ (Ofício nº 4041/2018 e Ofício nº 4047/2018, sem qualquer imputação de conduta ilícita aos afetados.*

Afirmam que o critério determinado pela autoridade coatora “criam risco concreto de se afetar um número muito elevado de pessoas inocentes, já que abrangem extensas áreas do Rio de Janeiro – os polígonos englobam residências, repartições públicas, cartórios, escritórios de advocacia, hospitais, sindicatos, bancos, igrejas, escolas, hotéis, lojas, avenidas e pontos turísticos – parte considerável deles sequer diz respeito à data e local do crime” (fl. 154).

Defendem que a quebra do sigilo de dados tem que obrigatoriamente indicar as pessoas suspeitas que serão investigadas e objeto da medida invasiva. Isso seria uma exigência contida no art. 5º, X, XII e 93, IX, ambos da Constituição Federal, os quais seriam regulamentados pelo art. 2º. da Lei nº 9.296/96, pela Resolução CNJ nº 59/2008, pelo art. 22 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e pelo art. 11 do Decreto-Federal nº 8.771/2016. Aduziram, no particular, que não existe previsão no ordenamento jurídico brasileiro para fornecimento indiscriminado de dados de um sem-número de pessoas que simplesmente buscaram por informações na internet em determinado.

Feitas essas considerações, é necessário, para perfeita compreensão do caso vertente, em primeiro lugar, avaliar a extensão da decisão proferida pelo Magistrado de primeiro grau e impugnada neste recurso, o qual se insurge *especificamente em relação à seguinte determinação* (fls. 56-60):

a) Que o provedor de aplicação de internet GOOGLE INC., sob pena de incursão no crime de desobediência, além de multa diária no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), em caso do descumprimento de determinação judicial, ou de seu cumprimento parcial, nos termos do art. 537 do NCPC, forneça e disponibilize à Autoridade Policial e ao Ministério Público, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar do recebimento desta ordem, e usando-se de *parâmetro os polígonos e conjuntos formados e relacionados a seguir [...] na busca do levantamento destes usuários através das contas vinculadas aos dispositivos identificados e operando na área delimitada de cada conjunto de polígonos com sistemas operacionais IOS, WINDOWS MOBILE, sistema de gerenciamento GOOGLE/ANDROID, pelo aplicativo GOOGLE MAPS ou pelo aplicativo WAZE [...].*

Observe-se que a determinação judicial *se referiu a dados estáticos (registros), relacionados à identificação de usuários que operaram em determinada área delimitada.* Tal situação, que configura quebra de sigilo de dados (registros) informáticos, é

de suma importância, *porque se distingue das interceptações das comunicações*. Nas palavras de Gustavo Badaró, “a tutela constitucional da liberdade das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) não inclui os dados de registro das ligações telefônicas (p. ex: número da linha telefônica para a qual foi feita a ligação pelo telefone interceptado ou número da linha telefônica que efetuou ligação para linha interceptada, horário das ligações etc.) que ficam armazenados nas operadoras dos serviços de telefonia, e permanecem protegidos pela garantia geral da intimidade e da vida privada (CR, art. 5º, X)” (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campos; Elsevier, 20112, p. 348).

Com efeito, pela determinação do Magistrado de primeiro grau, verifica-se que *houve a ordem de quebra de dados informáticos estáticos*, os quais se referem à identificação de usuários de aplicativos em determinado perímetro geográfico, diversamente do que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo de comunicações de dados, isto é, ao conhecimento do conteúdo da comunicação travada com o destinatário dela.

Há uma distinção conceitual entre a quebra de sigilo de dados armazenados e a interceptação do fluxo de comunicações. Segundo o entendimento do STF, *mutatis mutandis*, “[n]ão se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados” (HC nº 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 20/9/2012, destaquei).

Decerto que o art. 5º, X, da CF/88, garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis. Entretanto, repita-se, o acesso a esses dados registrados ou arquivos virtuais não se confunde com a interceptação das comunicações e, por isso mesmo, a amplitude de proteção não pode ser a mesma.

A propósito, já decidiu o STF que “a proteção contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal *restringe-se ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, não abrangendo os dados já armazenados em dispositivos eletrônicos*” (HC nº 167.720/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 14/4/2019, grifei). Logo, o ordenamento jurídico brasileiro tutela de maneira diferente o *conteúdo das comunicações* mantidas entre indivíduos e, a seu turno, as *informações de conexão e de acesso a aplicações de internet*, garantindo proteção também a essa segunda categoria de dados, ainda que em dimensão não tão ampla.

Sob tal perspectiva, os dispositivos que se referem às interceptações das comunicações indicados pelos recorrentes não se amoldam ao caso *sub examine*. O procedimento de que trata o art. 2º da Lei nº 9.296/1996, cujas rotinas estão previstas na Resolução nº 59/2008 (com alterações ocorridas em 2016) do CNJ, os quais regulamentam art. 5º, XII, da CF, *não se aplica a procedimento que visa obter dados estáticos armazenados em seus servidores e sistemas informatizados de um provedor de serviços de internet*. A quebra do sigilo de dados, na hipótese, corresponde à obtenção de registros informáticos existentes ou dados já coletados.

Não há como pretender dar interpretação extensiva aos referidos dispositivos, de modo a abranger a requisição feita em primeiro grau, porque a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet, cuja relação é *devidamente prevista no Marco Civil da Internet, o qual não prevê, entre os requisitos que estabelece para a quebra do sigilo, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.*

No particular, os arts. 22 e 23 do Marco Civil da Internet estabelecem o seguinte:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o *fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.*

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Como se observa, os referido dispositivos, que tratam especificamente do procedimento de que cuidam os autos, *não exigem a indicação ou qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial. Tal exigência, por certo, revelar-se-ia verdadeiro contrassenso, na medida em que o objetivo da lei é possibilitar essa identificação.*

Além disso, o art. 10, parágrafo único, do mesmo diploma, por sua vez, prevê:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma

autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º .

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

Há, como se verifica, menção aos registros de conexão e de acesso a aplicações, associados ou não a outros dados pessoais coletados pelos provedores, que podem ser objeto de requisição judicial para identificação dos usuários desses serviços. *O objetivo precípua da previsão legal é possibilitar a identificação do usuário do serviço ou terminal, isto é, possibilitar a descoberta de quem fez uso do serviço ou acessou um determinado terminal, em algum momento e em certa localidade.*

Importante salientar que os registros que serão coletados, além de não servirem para quaisquer outras finalidades que não a elucidação dos graves delitos, *devem ser submetidos ao filtro investigativo, que deve descartar qualquer informação que não tenha relevância ou relação com o objetivo da investigação.* Vale dizer, os registros de pessoas não envolvidas com os fatos objeto de investigação continuarão protegidos pelo sigilo, sem a identificação dos titulares que possa vir a ser dada publicidade.

Assim, devem ser afastadas as alegações das insurgentes de que a quebra de sigilo poderá acarretar dano objetivo irreversível à privacidade de um sem-número de cidadãos inocentes (fl. 151). *A determinação judicial envolve a obtenção de registros que apenas identificam os usuários.* Certamente que, após uma filtragem investigativa, haverá a seleção daqueles casos que possam, em um juízo de probabilidade, ser objeto de medida mais invasiva a ser requisitada e apreciada pelo judiciário.

Assinalo, ainda, que todo e qualquer tipo de dado coletado por provedores de serviços na Internet podem ser utilizados para fins de investigação penal ou de instrução criminal. Não somente registros de conexão (*logs*) à rede e aplicações, mas todos os dados de natureza pessoal ou não, que decorram de qualquer operação de coleta, guarda ou tratamento realizada por provedores de conexão e aplicações de internet, podem ser requisitados pelas autoridades judiciais para possibilitar a investigação de ilícitos e facilitar a atividade de persecução penal.

Aliás, os provedores inclusive têm a obrigação de manter os dados armazenados em seus servidores, conforme assinala o art. 15 do Decreto nº 8.771/2016, “em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal”.

III. 1. INAPLICABILIDADE DOS PRECEDENTES INDICADOS NO RECURSO E NO PARECER JURÍDICO APRESENTADO PARA A HIPÓTESE DOS AUTOS

Feitas as considerações acerca da distinção existente entre o que vem a ser o sigilo das comunicações e o sigilo dos dados informacionais já armazenados pelo provedor, impõe breve análise sobre os precedentes citados nas razões do recurso e, também, no parecer jurídico juntado aos autos, os quais, na visão das recorrentes, se aplicariam ao caso em exame e justificariam o pedido formulado na inicial.

De início, apenas para facilitar a melhor compreensão dos argumentos que serão expostos, distingo os julgados apresentados no recurso em três situações: 1^o) os proferidos em liminar ou em tutela provisória; 2^o) os proferidos em casos de interceptações de comunicações; e, por fim, 3^o) os proferidos com base em situações absolutamente distintas da argumentada nesta ocasião.

Em relação à primeira situação, sobressaem, exemplificativamente, a liminar deferida no RMS nº 59.716/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis, publicado no DJe 19/12/2018 e a Tutela Provisória nº 292, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, publicada no DJe 6/9/2017. Em ambos os casos, o exame do tema, que é similar ao debatido nesta oportunidade, circunscreveu-se a subsidiar mero juízo de verossimilhança. Vale dizer, *não houve o enfrentamento do tema pelo colegiado, com o julgamento de mérito dos recursos interpostos*. A relevância e a complexidade do tema até justificariam a concessão de pedido de urgência, como explicitado nos casos referidos, mas isso não significa que o pensamento externado *initio litis* corresponda à orientação que será fixada com o julgamento de mérito.

No que tange à segunda situação, é indicado, entre outros, o RHC nº 99.735/SC, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, publicado no DJe 12/12/2018, que trata de interceptação telefônica e de espelhamento de conversas travadas no Whatsapp. Não há, portanto, similaridade com a hipótese dos autos, a qual *não trata de interceptação de comunicações, mas de acesso a dados estáticos já armazenados de identificação*.

Por fim, quanto à terceira situação, cito os precedentes proferidos no HC nº 137.349/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza, publicado no DJe 30/5/2011 e o AgRg no HC nº 435.934/RJ, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, publicado no DJe 19/11/2019, ambos do STJ. No STF, o proferido no HC nº 84.758/GO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 16/6/2006.

No HC nº 137.349/SP, a discussão se cingiu à possibilidade de denúncia anônima subsidiar a quebra de sigilo de dados, sem que houvesse investigação preliminar. Já o AgRg no HC nº 435.934/RJ tratava da possibilidade de busca e apreensão domiciliar sem a necessária individualização. E, por último, o HC nº 84.758/GO, da relatoria do Ministro Celso de Mello, examinou a possibilidade da quebra de sigilo bancário.

Como se observa, as três situações, que foram resumidas a partir de precedentes indicados pelas insurgentes com a finalidade de reforçar a argumentação feita no recurso, *ou tratam de decisão precária proferida em liminar e em tutela provisória, ou de questões que não se coadunam com a situação dos autos pela absoluta falta de similaridade de casos*.

IV. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A QUEBRA DO SIGILO E FORNECIMENTO DOS REGISTROS

Conforme dispõe o art. 93, IX, da CF, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Com supedâneo nessas premissas e no fato de que a decisão judicial, em caso como o dos autos, deve descrever os indícios da ocorrência do ilícito, a justificativa da utilidade da requisição e o período ao qual se referem os registros extraem-se da decisão impugnada, no que interessa, as seguintes passagens (fls. 56-60):

Trata-se de procedimento instaurado para apurar a autoria e a materialidade dos crimes de homicídio qualificado cometidos em face de Marielle Francisco da Silva e Anderson Pedro Matias Gomes e de homicídio qualificado tentado em face de Fernanda Gonçalves Chaves, ocorridos no dia 14/03/2018, por volta das 21h, na Rua Joaquim Palhares, em frente ao número 330, no Bairro do Estácio, nesta cidade.

Conforme as investigações policiais, há informações nos autos deste inquérito no sentido de que as vítimas foram atingidas por disparos de arma de fogo supostamente realizados por ocupantes de um veículo Chevrolet/Cobalt, cor prata. Durante realização da perícia técnica foram arrecadados, próximo ao carro que transportava as vítimas, vários componentes de munição, a saber, estojos de calibre 9 mm, pertencentes ao lote UZZ18, vendido à Polícia Federal. Após a colheita de depoimentos de amigos e familiares das vítimas, não foi possível delinear a suposta autoria delitiva.

A autoridade policial, às fls. 954/1002 do apenso sigiloso V, representou pela decretação da QUEBRA DE SIGILO DE DADOS DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, bem como, pela QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS.

O Ministério Público às fls. 1008/1025 opinou pelo deferimento da representação da Autoridade Policial, com algumas modificações.

Compulsando os autos, tenho que se encontram íntegros os motivos a ensejarem o deferimento dos pedidos ora apresentado, eis que imprescindíveis para a linha de investigação adotada, bem como pelo fato de que não há outro meio viável a permitir o avanço da instrução criminal.

Assim, conclui-se que as medidas ora pleiteadas são providências que se impõem, pois indispensáveis para se chegar a todos aqueles que, de alguma forma, possam ter participação nos crimes que se apuram, bem como das circunstâncias em que se desenvolveram os fatos criminosos. As medidas são juridicamente viáveis, contando com expressa permissão constitucional (art. 5º, inciso XII da Constituição, art. 2º, incisos I a III da Lei nº 9296/96, art. 22 da Lei nº 12965/14, ART. 1º §4º inciso IX da lei complementar 105). Não há direito absoluto e os direitos à privacidade em jogo cedem diante da necessidade de apuração dos crimes, conforme ponderação já realizada pelo Constituinte e pelo legislador complementar e ordinário.

[...]

Assim, determino:

a) Que o provedor de aplicação de internet GOOGLE INC., sob pena de incursão no crime de desobediência, além de multa diária no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), em caso do descumprimento de determinação judicial, ou de seu cumprimento parcial, nos termos do art. 537 do NCPC, forneça e disponibilize à Autoridade Policial e ao Ministério Público, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar do recebimento desta ordem, e usando-se de *parâmetro os polígonos e conjuntos formados e relacionados a seguir* [...]

na busca do levantamento destes usuários através das contas vinculadas aos dispositivos identificados e operando na área delimitada de cada conjunto de polígonos com sistemas operacionais IOS, WINDOWS MOBILE, sistema de gerenciamento GOOGLE/ANDROID, pelo aplicativo GOOGLE MAPS ou pelo aplicativo WAZE [...].

Como se nota, tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa para a utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram devidamente expostos pelo Magistrado de primeiro grau. Realço que a natureza da medida não se coaduna com a imposição de prévia indicação dos autores da infração penal objeto de investigação, porquanto é precisamente esse o objetivo da medida, ou seja, descobrir, por meio da requisição de registros e dados, eventual autor ou partícipe do delito.

V. PROPORCIONALIDADE

É de uso recorrente a doutrina que propõe a *técnica da ponderação* de interesses, ante o *princípio da proporcionalidade*, como mecanismo de solução para a colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios. Muito simplificativamente,

a técnica, desenvolvida por Roberto Alexy, consiste em realizar o sopesamento entre os princípios incidentes no caso concreto, de modo a indicar qual terá maior peso e, portanto, precedência no deslinde da questão.

E nessa aferição da proporcionalidade da medida que, de algum modo, esteja a afetar um direito fundamental, há de se observar que o princípio em exame se apresenta sob três perspectivas, derivações ou subprincípios: a) *adequação ou idoneidade* (dos meios empregados para se atingir o resultado); b) *necessidade ou proibição de excesso* (para avaliar a existência ou não de outra solução menos gravosa ao direito fundamental em foco); c) *proporcionalidade em sentido estrito* (para aferir a proporcionalidade dos meios empregados para o atingimento dos fins almejados).

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a técnica da ponderação como instrumento de solução de conflitos de interesses embasados em proteção de nível constitucional. Ilustrativamente,

[e]m síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. (*Intervenção Federal nº 2.257-6/SP*, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, Pleno).

Dito isso, a colisão entre o direito coletivo à segurança (e, conseqüentemente, direito à apuração e à punição de quem tenha violado a lei penal), e outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados deve partir da percepção de que:

A segurança é um bem protegido pela Constituição Federal de 1988 e constitui, também, um direito fundamental da pessoa. Situada no mesmo nível dos demais direitos fundamentais, se em conflito com outros direitos fundamentais, *a segurança é um direito que pode ser levado à balança da ponderação*. O seu “peso”, avaliado no caso concreto, poderá, dependendo das circunstâncias, *fazê-la preponderar sobre outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos*. (PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 196-197).

Trazendo essa doutrina para o exame do caso concreto – em que o direito à segurança pública e à preservação e restauração da ordem pública tem algum resvala no direito ao sigilo de dados –, nota-se a realização da proporcionalidade em suas três diretrizes essenciais. Ela é *adequada*, na medida em que serve como meio auxiliar

na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por dois anos, sem que haja uma conclusão definitiva. É *necessária*, diante da gravidade e complexidade do caso e da inexistência de outros meios menos gravosos para se alcançar os legítimos fins investigativos. E, por fim, é *proporcional em sentido estrito*, porque a restrição aos direitos fundamentais que dela redundam não ensejam gravame as pessoas afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrares publicizados, certo, ainda, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão descartados.

Importa enfatizar que se pretende, com a medida contestada pela recorrente, a apuração de gravíssimos crimes contra a vida de quem morreu por sua defesa de direitos humanos, rotineiramente violados por terceiros e por agentes do Estado. Sem embargo, como assinalei em voto proferido nos autos do IDC nº 24, esse assassinato, ao que se pode inferir da narrativa sobre o fato, *foi cometido em razão não apenas da atividade da parlamentar Marielle Franco, em defesa dos direitos humanos. Tudo indica tenha sido também motivado porque essa pauta era conduzida por uma mulher, vinda da periferia, negra e lésbica, ingredientes que, em uma cultura patriarcal, misógina, racista e preconceituosa, potencializaram a reação de quem se sentia incomodado, quer pelas denúncias feitas no exercício do mandato parlamentar da vereadora Marielle Franco, quer pela postura de uma mulher intemorata, que, representando as citadas minorias, arrostando milicianos e policiais envolvidos na reiterada e permanente violação dos direitos das pessoas que habitam as comunidades do Rio de Janeiro.*

Aliás, nos autos do referido Incidente de Deslocamento de Competência, relatado pela em. Ministra Laurita Vaz, consta manifestação do Ministério Público Federal, em que aponta o quadro de elevada violência urbana no Estado do Rio de Janeiro, que motivou, inclusive, a intervenção federal na segurança pública. E, em alusão ao Inquérito da Polícia Federal que investigou a atuação da Polícia Civil no caso Marielle, afirmou o *Parquet* Federal que:

[...]

Em 15 de março de 2019, dez relatores e especialistas da Organização das Nações Unidas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) manifestaram-se, em comunicado, que o “Brasil deve garantir que os assassinos da defensora de direitos humanos e vereadora Marielle Franco sejam levados à justiça”.

Em 08 de outubro de 2019, documento de pesquisa da Anistia Internacional, lançado no relatório “Lutando pelo fim da violência contra mulheres na política”, em Nova York, cobrou providências das autoridades brasileiras no caso Marielle Franco.

E o tempo corre a favor da impunidade e contra a eficiência na investigação. Com efeito, de acordo Conselho Nacional do Ministério Público, as taxas de elucidação de homicídios no Brasil não ultrapassam 8%. Em países como o Reino Unido e a França,

esses índices chegam a 90% e 80%, respectivamente. E mais: 78% dos inquéritos de homicídio são arquivados principalmente pelo longo tempo entre a data e os trabalhos de investigação.

Tal realidade, no caso concreto, agrava-se. O tempo está passando, não se sabe dos mandantes e é possível que a investigação esteja, ainda que parcialmente, sob a influência de fato, ainda que remota, de envolvidos com o “ESCRITÓRIO DO CRIME”.

[...]

Preenchido este requisito, também se encontra presente a grave violação de direitos humanos. Como narrado na inicial, o assassinato de Marielle Franco consistiu em feminicídio de importante e *ascendente defensora de direitos humanos*, que havia sido, ademais, eleita vereadora (quinta maior votação) na cidade do Rio de Janeiro, por partido de oposição (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL), *adotando pautas de promoção de direitos de afrodescendentes, em prol das mulheres e no combate à violência policial e aos grupos paramilitares de atuação notória no Rio de Janeiro, denominados de “milicianos”, que são compostos por policiais ou ex-policiais, contando, para seu agir desvolto, com laços com o aparato oficial.*

Essas características da vítima geram importante efeito inibidor para o exercício dos direitos humanos na sociedade, *pois os assassinos demonstram sua força e certeza de impunidade ao atingir um defensor ou defensora de direitos humanos, intimidando e deixando inseguros os demais membros do grupo vulnerável envolvido.*

Efetivamente, quando do julgamento do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, (sentença de 4 de julho de 2006), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como já asseriu em diversos outros casos, pontuou que “a obrigação do Estado de ‘garantir’ o direito humano à vida implica prevenir violações a tal direito, *investigar as violações ao direito à vida, punir os responsáveis*, e reparar aos familiares da vítima, quando os responsáveis tenham sido agentes do Estado”.

Nesse contexto, concluiu: “O Estado não somente incorre em responsabilidade internacional por violação ao direito à vida quando seus agentes privam alguém de tal direito, mas também *quando, apesar de não ter violado diretamente tal direito, não adota as medidas de prevenção necessária e/ou não efetua uma investigação séria*, por um órgão independente, autônomo e imparcial, de privações do direito à vida cometida seja por seus agentes ou por particulares”.

Assim, a ordem judicial para quebra do sigilo dos registros, delimitada por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, não se mostra medida desproporcional, *porquanto, tendo como norte a apuração de gravíssimos crimes*

cometidos por agentes públicos contra as vidas de três pessoas – mormente a de quem era alvo da emboscada, pessoa dedicada, em sua atividade parlamentar, à defesa dos direitos de minorias que sofrem com a ação desse segmento podre da estrutura estatal fluminense –, não impõe risco desmedido à privacidade e à intimidade dos usuários possivelmente atingidos pela diligência questionada. A existência dessa delimitação por parâmetros e por lapso de tempo serve inclusive como limitador do alcance da medida.

A finalidade de elucidação dos crimes, de alta complexidade investigativa, justifica a requisição de dados, cuja ciência pelas autoridades que atuam no caso, não causará reflexos significativos nos direitos fundamentais das pessoas abrangidas pela determinação, como exposto alhures.

VI. DISPOSITIVO

À vista do exposto, *nego provimento ao recurso em mandado de segurança.*

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.302 / RIO DE JANEIRO (2019/0199132-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. Presidente, serei breve, considerando que a maioria já se encontra formada.

Peço vênia para divergir do eminente Relator e da maioria já firmada por entender que não vejo como prevalecer a decisão que determinou à recorrente a identificação dos IPs ou Device IDs que tenham se utilizado do Google Maps e/ou plataformas Waze no período compreendido entre 10/3/2018 a 14/3/2018, para realizar consulta do seguinte endereço de destino: Rua dos Inválidos, 122, ou Rua dos Inválidos, bem como os mesmos dados referentes a quem tenha se utilizado do Google Busca no período compreendido entre os mesmos dias, para realizar consultas dos seguintes parâmetros de pesquisa: Mariele Franco; Vereadora Mariele Franco; Agenda Vereadora Mariele; Casa das Pretas; Rua dos Inválidos, 122; ou Rua dos Inválidos.

Primeiro, esclareço que, no meu entender, em que pese em um primeiro momento não haver a identificação pessoal do usuário, é evidente que tal determinação busca, ao final, essa identificação, senão não teria razão de ser. E assim há, senão em um primeiro momento, invasão à privacidade dos usuários porque tais dados vão permitir não só saber onde eventualmente o usuário esteve em um período de 4 dias, bem como quais foram as buscas que fez na internet no mesmo período.

Segundo, esclareço que vejo possível sim a solicitação por parte da Justiça de informações como estas que estão em debate neste momento, desde que devidamente justificadas e especificadas.

Porém, levando em consideração o princípio constitucional que protege, em regra, a privacidade, bem como o disposto no art. 11, § 3º, do Decreto nº 8.771/16, que

expressamente veda pedidos genéricos, entendendo que a amplitude do que foi determinado torna a decisão questionada ilegal. E isso porque a decisão não apresenta, em qualquer momento, justificativa suficiente quanto à extensão das informações solicitadas.

A determinação judicial cuida de um período de quatro dias (por que não três ou cinco, ou seis, ou dez?) e atinge um número não identificado de pessoas sem qualquer justificativa para tanto.

Assim, seguindo, inclusive, o que foi exposto pelo duto voto vencido na origem, bem como na manifestação do próprio Ministério Público nestes autos, entendo que a segurança há de ser concedida como requerida.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2019/0199132-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 61.302 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 0016639-30.2019.8.19.0000 00166393020198190000
00720266120188190001 00729689620188190000 166393020198190000
3062439177732**

PAUTA: 26/08/2020

JULGADO: 26/08/2020

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

RECORRENTE: GOOGLE LLC

ADVOGADOS: EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA - RJ130532

FELIPE MENDONÇA TERRA - RJ179757

NAIANA DO AMARAL PORTO - RJ167818

JACQUELINE DE SOUZA ABREU - SP356941

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS: CARLOS ANTÔNIO PENA - SP105802

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO - SP124516

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE - SP130665

CLAUDIO MAURO HENRIQUE DAÓLIO - SP172723

FLÁVIA MORTARI LOTFI - SP246694

IZABEL DE ARAÚJO CORTEZ - SP235560

BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO - SP285552

JULIA THOMAZ SANDRONI - RJ144384

LARA MAYARA DA CRUZ - SP305340

RAFAEL SILVEIRA GARCIA - DF048029

BIANCA DIAS SARDILLI - SP299813

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça sustentou oralmente pelas partes recorrentes: Google Brasil Internet Ltda. e Google LLC.

O Dr. Orlando Carlos Neves Belém, Procurador de Justiça, sustentou oralmente pela parte interessada: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior que dava provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.623 / RIO DE JANEIRO (2020/0128968-8)

RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

RECORRENTE: JOÃO EMÍDIO NOGUEIRA

ADVOGADO: MAURO ALBANO PIMENTA - RJ075005

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: ALEX CORDEIRO BERTOLUCCI E OUTRO(S) - RJ060118

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 489 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. ENSINO A DISTÂNCIA. ENCERRAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. SUSPEITA DE FRAUDE NA ANTERIOR EMISSÃO DE HISTÓRICO ESCOLAR E DE DECLARAÇÃO DE CONCLUSÃO DE CURSO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.

I. Recurso em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por João Emídio Nogueira contra ato do Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, no qual objetiva o fornecimento do certificado de conclusão de ensino médio do impetrante junto ao Instituto Educacional Luminis. Alega o impetrante que concluiu o ensino médio na mencionada instituição, na modalidade de curso a distância (projeto intitulado “PBase”), em 2016, e que requereu a expedição do diploma/certificado de conclusão do ensino médio, não obtendo sucesso em seu pleito, devido à inatividade da instituição de ensino. Defende que tem direito líquido e certo de receber o documento indispensável à prova da sua escolaridade, cuja responsabilidade de expedição é da autoridade impetrada, por se tratar de instituição de ensino autorizada e extinta. O Tribunal de origem denegou a ordem, ante a ausência da prova pré-constituída dos fatos, o que ensejou a interposição do presente recurso.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 489, § 1º, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, “o Mandado de Segurança visa resguardar direito líquido e certo de lesão ou ameaça de lesão, assim considerado o que pode ser demonstrado de plano, por meio de prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória” (STJ, RMS 61.744/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020).

V. No caso, concluiu o Tribunal de origem pela ausência de prova pré-constituída dos fatos alegados pela parte impetrante, ressaltando que “a documentação apresentada pelo impetrante não se revela suficiente para comprovar seu alegado direito líquido e certo. O histórico escolar e a declaração, firmados por funcionárias denunciadas pelo Ministério Público, acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância não pode conferir certeza aos fatos narrados”. Nesse contexto, concluiu pela “necessidade de dilação probatória para averiguar se o impetrante efetivamente concluiu regularmente o ensino médio”, já que “não se pode assegurar a fidedignidade do documento adunado”.

VI. Trata-se, pois, de matéria que demanda, indubitavelmente, dilação probatória, que é insuscetível de ser feita na via estreita do Mandado de Segurança, que exige prova pré-constituída das alegações do impetrante. Esta Corte, em casos análogos – envolvendo instituições de ensino suspeitas de fraude na emissão de documentos escolares, no Estado do Rio de Janeiro e que foram objeto de Operação policial e de posterior denúncia ao Juízo Criminal –, já se pronunciou, negando provimento aos recursos ordinários, confirmando o acórdão do Tribunal de origem, que entendera pela inadequação da via eleita, por depender a solução da controvérsia de dilação probatória. Precedentes: STJ, RMS 62.117/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 18/11/2019; RMS 63.504/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 12/06/2020; RMS 62.693/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 01/06/2020; RMS 62.877/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 26/03/2020; RMS 63.073/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

MARQUES, DJe de 14/04/2020; e RMS 58.037/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 17/09/2019, envolvendo as quatro primeiras decisões a mesma instituição de ensino dos presentes autos.

VII. Recurso em Mandado de Segurança improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2020 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

Relatora

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.623 / RIO DE JANEIRO
(2020/0128968-8)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por JOÃO EMÍDIO NOGUEIRA, com fundamento no art. 105, II, b, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicado em 06/12/2019, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. ENSINO A DISTÂNCIA. IRREGULARIDADES QUE LEVARAM AO DESCRENCIAMENTO DO INSTITUTO EDUCACIONAL LUMINIS. SUSPEITA DE FRAUDE NA EMISSÃO DE DOCUMENTOS ESCOLARES QUE É OBJETO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL, ONDE UMA DAS INVESTIGADAS É A SUBSCRITORA DO DOCUMENTO ADUNADO PELO IMPETRANTE.

A documentação não se revela suficiente para comprovar o alegado direito líquido e certo. O histórico escolar e a declaração, firmados por funcionárias denunciadas pelo Ministério Público, acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino

Médio não pode conferir certeza aos fatos narrados. Inexistindo provas pré-constituídas e sendo necessária maior dilação probatória para sanar as dúvidas a respeito da efetiva participação e aprovação do impetrante no ensino médio, a ordem não pode ser concedida. Ordem denegada, nos termos do voto do Desembargador Relator (fl. 106e).

Opostos Embargos Declaratórios, restaram eles rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NA DECISÃO EMBARGADA.

A contradição que autoriza o manejo dos embargos é somente a interna ao acórdão, verificada entre os fundamentos que o alicerçam e a conclusão. A contradição externa não satisfaz a exigência do art. 1.022 do NCPC para efeito de acolhimento dos aclaratórios. Acórdão que enfrentou todas as questões. Inexistência de violação do art. 489, § 1º, IV, do NCPC, eis que incabível de afastar a conclusão do julgado. Embargos Declaratórios somente são cabíveis nas hipóteses do artigo 1.022 do NCPC. Embargos conhecido, porém desprovido (fl. 142e).

Sustenta a parte recorrente que:

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Secretário de Estado de Educação do Rio de Janeiro, em razão do ilegal ato consubstanciado na falta de expedição do Diploma/Certificado de conclusão do ensino médio. O documento é condição para que a parte impetrante continue a receber gratificação de incentivo à qualificação, visto que o implementou, provisoriamente, por meio da apresentação de declaração de aprovação nas avaliações e conclusão do ensino médio.

Pugna para que se determine à autoridade coatora a expedição do Certificado de conclusão de ensino médio, bem como a publicação do ato em Diário Oficial, haja vista a notificação da UFRJ para que a parte impetrante apresente imediatamente o Certificado, sob pena de corte remuneratório.

Contudo, sobreveio acórdão que julgou o mérito, denegando a segurança pretendida, diante da suposta inadequação da via eleita, uma vez que a matéria em questão demandaria dilação probatória.

Entretanto, o *decisum* não merece subsistir, conforme será demonstrado neste recurso ordinário.

4. DA NULIDADE DO ACÓRDÃO: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

O Tribunal a quo denegou a segurança ao invocar a inadequação da via eleita, uma vez que a matéria em questão demandaria dilação probatória. Ocorre que não esclareceu qual o documento que a parte impetrante não apresentou.

Em verdade, sequer trouxe na sua fundamentação quais são os requisitos para que haja a expedição do Certificado de conclusão, embora a parte impetrante os tenha amplamente destacado em sua exordial. Além disso, no acórdão, não há consideração do entendimento prolatado pelo próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre idêntico tema, em que pese à parte impetrante o tenha invocado.

Isso porque, nos autos do processo judicial 0025986-24.2018.8.19.0000, a Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu pelo imediato fornecimento de Certificado de ensino médio e Histórico Escolar pelo Secretário de Estado de Educação do Estado do Rio de Janeiro, ante a ausência da expedição do documento após o encerramento de atividades da instituição privada. Assim restou ementado a decisão:

(...)

Veja-se que, na decisão recorrida, não há o enfrentamento dos argumentos trazidos pela parte impetrante, bem como a demonstração de distinção ou superação do entendimento no que diz respeito à jurisprudência invocada. Diante disso, a decisão não pode ser considerada fundamentada de acordo com o que dispõe o artigo 489, §1º, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (grifou-se)

A imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais tem amparo na Constituição da República, expressamente do inciso IX do artigo 93:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

É porque a necessidade de motivação das decisões é imprescindível tendo em vista que só podem ser impugnadas se as razões que as justificaram forem devidamente apresentadas. Nesse contexto, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que anulou decisão judicial ao fundamento de violação ao art. 489, 5 1º, do CPC:

(...)

Nesse contexto, há possibilidade de apreciação da questão desse *mandamus* diretamente por esta Corte Superior, por meio da aplicação analógica do art. 1.013, §3º, IV, do CPC, que assim dispõe:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Consoante dispõem os dispositivos supratranscritos, quando o Tribunal decretar a nulidade de sentença em razão da falta de fundamentação, bem como reformar aquela fundada no artigo 485, caso a causa esteja em condições de imediato julgamento, deverá decidir o mérito. Dessa forma, conforme se passa a demonstrar, *todos os requisitos para que haja a expedição do Certificado foram demonstrados, portanto, não há necessidade de dilação probatória para o atendimento do pedido.*

5. DA DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA E ADEQUADA VIA ELEITA

Como visto, o acórdão recorrido entendeu por bem denegar a segurança, sob o fundamento de que é inamissível apreciar a regular conclusão do ensino médio por parte da impetrante, com o adequado aproveitamento nas matérias necessárias, a fim de que haja a expedição da Certidão requerida.

Diante desse fundamento, concluiu-se pela necessidade de dilação probatória e, conseqüentemente, a inadequação da via eleita. Nesse contexto, destaca-se o equívoco do acórdão ora recorrido, a justificar o provimento do presente recurso, uma vez que o mandamus fora impetrado justamente porque a parte impetrante possui todos os documentos que demonstram a sua regular submissão às aulas necessárias e a sua aprovação.

Sobre o tema, a Deliberação nº 350, de 2015, do Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro é a que prevê o que deve ser comprovado para que seja emitido o Certificado de Escolaridade. Assim, é necessário o preenchimento de apenas um dos dois requisitos previsto. Senão, vejamos:

(...)

No processo administrativo já anexado, há o Histórico Escolar da parte impetrante, que demonstra a sua regular submissão às aulas necessárias e a sua aprovação.

Além disso, há a Declaração de Conclusão pela Instituição de Ensino, documento que também comprova a sua aprovação.

Destaca-se que a Instituição de Ensino na qual a parte impetrante realizou o ensino médio estava devidamente credenciada ao MEC. Dessa forma, a fiscalização das instituições de ensino é dever da autoridade coatora, a qual, inclusive, credenciou o Instituto Educacional Luminis Ltda., por meio do Parecer CEE nº 119/2014 (anexado aos autos), oportunidade que autorizou o funcionamento do curso de Educação de Jovens e Adultos, conforme se verifica de parte do Parecer:

Credencia o Instituto Educacional Luminis Ltda., mantenedor do Instituto Educacional Luminis, localizado na Rua Monsenhor Jerônimo nº 744/101, Engenho de Dentro, Município do Rio de Janeiro/RJ e Autoriza o funcionamento do curso de Educação de Jovens e Adultos - Ensino Fundamental (anos iniciais) e Ensino Médio, na modalidade de Educação a Distância, exclusivamente para sua sede, por 02 (dois) anos, a partir da data de publicação deste Parecer no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, em conformidade com as normas previstas nas Deliberações CEE/RJ de nºs 285/03, 297/06, 318/10, 332/12, e dá outras providências.

Não somente o credenciamento é seu dever, mas também a permanente fiscalização das instituições de ensino, consoante dispõe o artigo 209 da Constituição da República, não restando dúvidas de que, na hipótese do estabelecimento educacional encerrar suas atividades, compete ao impetrado a expedição do certificado. Assim prevê o artigo 209:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. (grifou-se)

No que se refere à competência para a emissão do certificado, não se faz necessária dilação probatória, pois se trata de estabelecimento extinto, por isso, é de competência exclusiva da Secretaria de Estado de Educação, nos termos da sua Resolução nº 2.349, de 2000:

Art. 4º - para os alunos oriundos de estabelecimento extinto serão expedidos documentos escolares pelo setor próprio da SEE, em conformidade com as normas vigentes. (grifou-se)
O pedido também possui amparo na regra constitucional prevista na alínea “b” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição, vez que dispõe que a todos é permitido a “obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

Com isso, preenchidos os requisitos da Deliberação nº 350, de 2015, do Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro, não restam dúvidas de que a parte impetrante possui direito à emissão do Certificado. Dessa forma, o direito líquido e certo debatido também tem suporte no artigo 6º da Constituição da República, que lhe institui como direito social, bem como o artigo 205 veicula que é dever do Estado o direito à educação, o qual deve ser desenvolvido por meio de ações que promovam a qualificação para o trabalho, nos seguintes termos:

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da atividade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Em consonância com os dispositivos constitucionais expostos, que demonstram o dever do Estado do Rio de Janeiro na garantia de que a parte impetrante obtenha a documentação imprescindível à prova de sua escolaridade e, conseqüentemente, a sua capacitação profissional, a legislação infraconstitucional, ao regulamentar o exercício do direito à educação, expressamente determinada que *compete aos Estados fiscalizar e credenciar os estabelecimentos de ensino médio localizados em seu território:*

Lei nº 9394, de 1996,

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;

(...)

IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

Todos os dispositivos deixam nítido que *é de responsabilidade do Poder Público autorizar instituições de ensino privado que atendam aos requisitos necessários para o exercício das suas atividades, pois o cidadão não pode ser tolhido do seu direito à educação por negligência do Estado em realizar as suas atribuições.*

Nessa linha, uma vez encerradas as atividades de estabelecimentos privados de ensino médio, é dever da autoridade coatora gerenciar, guardar e ter todos os documentos que comprovem a situação dos estudantes egressos, conseqüentemente, responsabiliza-se pela expedição de Certificado de conclusão. Para melhor compreensão, o artigo 17 da Lei nº 9394, de 1996, dispõe que as instituições de ensino mantidas pela iniciativa privada também estão compreendidas nos sistemas de ensino dos Estados:

Art. 17. Os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem:

III - as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada. (grifou-se)

Assim, a expedição do Certificado de conclusão de ensino médio possui respaldo nos dispositivos constitucionais e a legislação infraconstitucional que disciplinam o tema. Mais do que isso, é que *a parte impetrante trouxe aos autos todos os documentos que demonstram a sua conclusão e aprovação no curso.*

Repise-se que, na decisão recorrida, sequer esclareceu-se quais os documentos que faltam para comprovar os requisitos de expedição de Certificado de conclusão do ensino médio. Com efeito, nem se considerou quais são os requisitos previstos na Deliberação nº 350, de 2015, do Conselho Estadual de Educação do Rio de Janeiro. A análise dos documentos apresentados pela parte impetrante, em cotejo com os requisitos que a legislação veicula, comprovam o direito pleiteado, conseqüentemente, não haveria a inadequada extinção do processo (fls. 167/176e).

Por fim, “requer seja conhecido e provido este recurso ordinário, para anular o acórdão recorrido, e, aplicando-se o disposto no art. 1.013, §3º, do Código de Processo

Civil, julgar desde logo a lide, concedendo a segurança pleiteada na inicial, nos termos ali postos. Sucessivamente, para reformar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para que aprecie o mérito mandado de segurança, com a consequente concessão da ordem pleiteada” (fl. 176e).

Contrarrazões do Estado do Rio de Janeiro, a fls. 183/190e, pugnano pelo desprovimento do recurso, ressaltando que “não se verificou ato concreto da autoridade coatora, no que tange a determinação ou negativa de providências destinadas a atender ao direito do Impetrante, qual seja, a expedição de diploma de conclusão do ensino médio. Além disso, conforme bem destacou o Secretário de Estado de Educação, não constam elementos fáticos no nome do Impetrante no acervo recolhido que comprovem seu itinerário acadêmico, de modo que ele não faz jus à expedição do certificado. Ademais, não tendo o impetrante trazido aos autos prova robusta para refutar a alegação de uma autoridade administrativa, impõe-se dilação probatória que, conforme visto, é incompatível com a ação constitucional”.

O Ministério Público Federal opina, a fls. 234/238e, pelo desprovimento do recurso, em razão da ausência de prova pré-constituída do direito alegado, em parecer assim ementado:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGULARIZAÇÃO DE DIPLOMA DE ENSINO MÉDIO. FUNDADO RECEIO DE FRAUDE NA CONCESSÃO DE HISTÓRICOS ESCOLARES E DE CERTIFICADOS DE ESCOLARIDADE, O QUE É OBJETO, ATÉ MESMO, DE PROCESSO EM TRÂMITE NA 26ª VARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA DO DIREITO. PARECER NO SENTIDO DO DESPROVIMENTO DO RECURSO, FACULTANDO-SE À RECORRENTE A COMPROVAÇÃO DO DIREITO PELA VIA ORDINÁRIA.

É o relatório.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.623 / RIO DE JANEIRO
(2020/0128968-8)**

RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

RECORRENTE: JOÃO EMÍDIO NOGUEIRA

ADVOGADO: MAURO ALBANO PIMENTA - RJ075005

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: ALEX CORDEIRO BERTOLUCCI E OUTRO(S) - RJ060118

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 489 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. ENSINO A DISTÂNCIA. ENCERRAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. SUSPEITA DE FRAUDE NA ANTERIOR EMISSÃO DE HISTÓRICO ESCOLAR E DE DECLARAÇÃO DE CONCLUSÃO DE CURSO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.

I. Recurso em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por João Emidio Nogueira contra ato do Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, no qual objetiva o fornecimento do certificado de conclusão de ensino médio do impetrante junto ao Instituto Educacional Luminis. Alega o impetrante que concluiu o ensino médio na mencionada instituição, na modalidade de curso a distância (projeto intitulado “PBase”), em 2016, e que requereu a expedição do diploma/certificado de conclusão do ensino médio, não obtendo sucesso em seu pleito, devido à inatividade da instituição de ensino. Defende que tem direito líquido e certo de receber o documento indispensável à prova da sua escolaridade, cuja responsabilidade de expedição é da autoridade impetrada, por se tratar de instituição de ensino autorizada e extinta. O Tribunal de origem denegou a ordem, ante a ausência da prova pré-constituída dos fatos, o que ensejou a interposição do presente recurso.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 489, § 1º, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, “o Mandado de Segurança visa resguardar direito líquido e certo de lesão ou ameaça de lesão, assim considerado o que pode ser demonstrado de plano,

por meio de prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória” (STJ, RMS 61.744/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020).

V. No caso, concluiu o Tribunal de origem pela ausência de prova pré-constituída dos fatos alegados pela parte impetrante, ressaltando que “a documentação apresentada pelo impetrante não se revela suficiente para comprovar seu alegado direito líquido e certo. O histórico escolar e a declaração, firmados por funcionárias denunciadas pelo Ministério Público, acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância não pode conferir certeza aos fatos narrados”. Nesse contexto, concluiu pela “necessidade de dilação probatória para averiguar se o impetrante efetivamente concluiu regularmente o ensino médio”, já que “não se pode assegurar a fidedignidade do documento adunado”.

VI. Trata-se, pois, de matéria que demanda, indubitavelmente, dilação probatória, que é insuscetível de ser feita na via estreita do Mandado de Segurança, que exige prova pré-constituída das alegações do impetrante. Esta Corte, em casos análogos – envolvendo instituições de ensino suspeitas de fraude na emissão de documentos escolares, no Estado do Rio de Janeiro e que foram objeto de Operação policial e de posterior denúncia ao Juízo Criminal –, já se pronunciou, negando provimento aos recursos ordinários, confirmando o acórdão do Tribunal de origem, que entendera pela inadequação da via eleita, por depender a solução da controvérsia de dilação probatória. Precedentes: STJ, RMS 62.117/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 18/11/2019; RMS 63.504/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 12/06/2020; RMS 62.693/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 01/06/2020; RMS 62.877/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 26/03/2020; RMS 63.073/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 14/04/2020; e RMS 58.037/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 17/09/2019, envolvendo as quatro primeiras decisões a mesma instituição de ensino dos presentes autos.

VII. Recurso em Mandado de Segurança improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por João Emidio Nogueira contra ato do Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, no qual objetiva o fornecimento do certificado

de conclusão de ensino médio do impetrante junto ao Instituto Educacional Luminis. Alega o impetrante que concluiu o ensino médio na mencionada instituição, na modalidade de curso a distância (projeto intitulado “PBase”), em 2016, e que requereu a expedição do certificado de conclusão do ensino médio, não obtendo sucesso em seu pleito, devido à inatividade da instituição de ensino. Defende que tem direito líquido e certo de receber o documento indispensável à prova da sua escolaridade, cuja responsabilidade de expedição é da autoridade impetrada, por se tratar de instituição de ensino autorizada e extinta.

O Tribunal de origem denegou a ordem, ante a ausência da prova pré-constituída, *in verbis*:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Erenildo Euzebio contra ato do Exmo. Sr. Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, pelo qual se pretende a concessão de ordem que determine o fornecimento do certificado de conclusão de ensino médio do impetrante junto ao Instituto Educacional Luminis. De acordo com o impetrante, a entidade está inativa e a falta do documento em questão pode ocasionar a suspensão do percentual referente à rubrica “incentivo à qualificação” em seu contracheque.

O mandado de segurança é ação de natureza constitucional, eis que previsto no artigo 5º, LXIX, CRFB/88 e regulamentado pela Lei nº 12.016/2009, sendo certo que para a concessão da segurança é necessária a comprovação do direito líquido e certo, exigindo-se, portanto, no momento da impetração a prova pré-constituída, já que não há que se falar em dilação probatória.

No presente caso, a Instituição de ensino Luminis é uma das escolas particulares investigadas na “Operação Nota Zero” da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro pela emissão de documentos irregulares de conclusão do ensino médio, sobretudo porque as pessoas que atestam o histórico escolar do impetrante são acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino médio, consoante informações e documentos constantes às fls. 57/60 (indexador 51).

Diante dessa circunstância, verifica-se a necessidade de dilação probatória para averiguar se o impetrante efetivamente concluiu regularmente o ensino médio, o que não é possível pela via do mandado de segurança.

De fato, a documentação apresentada pelo impetrante não se revela suficiente para comprovar seu alegado direito líquido e certo. O histórico escolar e a declaração, firmados por funcionárias denunciadas pelo Ministério Público, acusadas de fraudar a emissão de certificados,

históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância não pode conferir certeza aos fatos narrados.

Vale destacar o apontado pela autoridade apontada como coatora, às fls. 57 (indexador 51), a respeito da citada operação deflagrada pela Delegacia de Defraudações da Polícia Civil (“Operação Nota Zero”), de que a “26ª Vara Criminal do Rio de Janeiro aceitou a denúncia do Ministério Público Estadual contra 24 pessoas, dentre as quais a Sra. Sueli Bragança dos Santos e Fabiana Bandeira de Mello Albuquerque, que atestam o histórico escolar apresentado pela Impetrante, acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância”, histórico escolar esse que foi anexado pelo impetrante às fls. 12 do Anexo 1.

Deste modo, inexistindo provas pré-constituídas e sendo necessária maior dilação probatória para sanar as dúvidas levantadas, notadamente a fim de comprovar a efetiva participação e aprovação do impetrante no ensino médio, tenho que a ordem não pode ser concedida.

No mesmo sentido, confira-se:

(...)

Neste contexto, não se pode assegurar a fidedignidade do documento adunado, o que exigiria uma dilação probatória não compatível com o presente via mandamental.

Portanto, tenho que a impetrante não logrou êxito em demonstrar os requisitos essenciais para que lhe seja concedida a ordem pleiteada.

Diante do exposto, VOTO em denegar a ordem, ante a ausência da prova pré-constituída. Sem honorários ou custas, ante a gratuidade de justiça ora deferida (fls. 109/114e).

De início, não há falar em nulidade do acórdão recorrido, por ausência de fundamentação. Com efeito, conforme transcrição supra, concluiu o Tribunal de origem pela ausência de prova pré-constituída do direito pleiteado pela parte impetrante, citando precedentes denegando a segurança, em casos análogos, e ressaltando que “a documentação apresentada pelo impetrante não se revela suficiente para comprovar seu alegado direito líquido e certo. O histórico escolar e a declaração, firmados por funcionárias denunciadas pelo Ministério Público, acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância não pode conferir certeza aos fatos narrados”. Nesse contexto, concluiu pela “necessidade de dilação

probatória para averiguar se o impetrante efetivamente concluiu regularmente o ensino médio”, já que “não se pode assegurar a fidedignidade do documento adunado”.

Assim, ao contrário do que ora se sustenta, a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida, não havendo, portanto, falar em ausência de fundamentação.

Por oportuno, cumpre destacar que “não se deve confundir decisão contrária aos interesses da parte com ausência de prestação jurisdicional” (STJ, REsp 1.644.682/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2017). Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 489 DO CPC/2015 NÃO CARACTERIZADA. CONTRATO TEMPORÁRIO DECLARADO NULO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FGTS. OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO.

1. *Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 489 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie.*

2. O STJ possui entendimento de que o servidor público, cujo contrato temporário de natureza jurídico-administrativa foi declarado nulo por inobservância do caráter transitório e excepcional da contratação, possui direito aos depósitos do FGTS correspondentes ao período de serviço prestado, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990.

3. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.658.414/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/05/2017).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ENGANOSA. DANO MORAL COLETIVO. 1. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. REVISÃO. RAZOABILIDADE DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 2. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MONTANTE INDENIZATÓRIO. COMPROVAÇÃO INVIÁVEL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 3. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489 DO CPC/2015. AUSÊNCIA. 4. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo” (AgRg no AREsp nº 453.912/MS, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 25/8/2014), caso contrário, incide o óbice previsto no enunciado nº 7 da Súmula desta Casa. No caso, o montante indenizatório de danos morais foi arbitrado pela instância ordinária em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão do caráter punitivo-compensatório atribuído à publicidade enganosa efetuada pela parte recorrida.

2. Outrossim, “tratando-se de valor da indenização por danos morais, inviável a análise do recurso com base em dissídio pretoriano, pois, ainda que aparentemente possa haver similitude nas características objetivas das lides cotejadas, na dimensão subjetiva, os acórdãos serão sempre distintos, em face das peculiaridades de cada ato ilícito” (AgRg no REsp nº 918.829/ES, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 16/12/2010).

3. *“Se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 não configurada”* (AgInt no REsp 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 21/6/2016).

4. Em relação à alegação de ofensa aos arts. 371, 374, III, e 375 do CPC/2015, não se vislumbra a pretendida violação, em razão de os argumentos estarem dissociados dos fundamentos da decisão agravada, fazendo incidir, no ponto, a Súmula 284 do STF.

5. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 1.067.993/RO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 17/11/2017).

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Com efeito, “o Mandado de Segurança visa resguardar direito líquido e certo de lesão ou ameaça de lesão, assim considerado o que pode ser demonstrado de plano, por meio de prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória” (STJ, RMS 61.744/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020).

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança objetivando que sejam suspensos os efeitos do decreto que cassou a aposentadoria da impetrante. Na sentença, denegou-se a segurança. No STJ, negou-se provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

II - Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 3/STJ: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.”

III - *O mandado de segurança possui, como requisito inarredável, a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço, nessa via, para a dilação probatória.*

IV - *Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que seja prontamente exercido.*

V - Verifica-se que, na hipótese dos autos, não foi possível verificar qualquer vício na tramitação do processo administrativo disciplinar ora atacado, sendo aplicado, portanto, o entendimento desta Corte Superior, alhures colacionado.

VI - Também não logrou a recorrente demonstrar o prejuízo que teria advindo das alegadas irregularidades que aponta, sendo certo que não há nulidade sem prejuízo, consoante a máxima *pas des nullité sans grief*. Nesse sentido, em casos similares: RMS nº 60.303/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 29/5/2019; AgRg no RMS nº 24.145/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/10/2012, DJe 16/10/2012.

VII - Assim, quando o conjunto probatório não é suficiente para comprovar o direito pleiteado e houver a necessidade de incursão em situações fáticas específicas, não é possível a utilização do *mandamus*, por impossibilidade de dilação probatória. Nesse sentido: MS nº 11.011/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 12/3/2014, DJe 25/3/2014; RMS n. 9.053/PR, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 2/6/1998, DJ 8/9/1998, p. 25.

VIII - No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal, do qual se colacionam os excertos, por oportuno e relevante, adota-se em complemento, como razões de decidir, que, diante da ausência de direito líquido e certo da recorrente, e firmada a jurisprudência do STJ de que somente se anula atos administrativos de natureza disciplinar quando houver prova de efetivo prejuízo à parte que alega a nulidade, o acórdão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná merece ser mantido na sua íntegra.

IX - Desse modo, não há que se falar em direito líquido e certo a ser amparado por esta via mandamental.

X - Agravo interno improvido (STJ, AgInt nos EDcl no RMS 52.834/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/05/2020).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FINALIDADE E ABUSO DE PODER. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O cerne da controvérsia reside no pretendido reconhecimento da nulidade do ato administrativo que, mediante alegada ausência de motivação válida, abuso de poder e desvio de finalidade, colocou servidora do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul à disposição da administração superior.

2. Não há falar, *in casu*, em ausência de motivação do ato administrativo, visto que a colocação da servidora à disposição da administração superior do Ministério Público Estadual para adoção das medidas cabíveis, como demonstrado nos autos, deveu-se às ausências da mesma ao trabalho em período para o qual não dispunha da necessária autorização administrativa.

3. Em face da presunção de legitimidade do ato administrativo, caberia ao impetrante demonstrar, mediante prova pré-constituída, que a motivação aduzida pela Administração não confere com a realidade, todavia, não logrou fazê-lo, eis que se limitou a contrargumentar os motivos do referido ato, sob a alegação de que este decorreria de interesse pessoal da chefia imediata, Promotoria de Justiça de Igrejinha/RS, em evidente caráter punitivo, sem colacionar, contudo, qualquer prova de suas afirmações.

4. *“a via mandamental exige a comprovação cabal de violação ao direito líquido e certo por meio de acervo documental pré-constituído, sobre o qual não pode haver controvérsia fática, já que, em mandado de segurança, não é cabível a dilação probatória” (AgInt nos EDcl no RMS 47.433/GO, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 29/3/2017).*

5. Recurso em mandado de segurança não provido (STJ, RMS 49.947/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/02/2020).

No caso, infere-se, da leitura dos autos, que a instituição de ensino na qual o recorrente alega ter concluído o ensino médio – instituição que hoje se encontra inativa – está sendo investigada pela Polícia Civil, na Operação Nota Zero, com suspeita de fraudas na emissão de certificados e históricos escolares, situação que demanda cautela na comprovação do alegado pelo impetrante (fls. 57/58e).

Vale destacar o apontado pela autoridade coatora, a fls. 55/56e, no sentido de que “a Delegacia de Defraudações da Polícia Civil está investigando a atuação dessas escolas particulares que emitem documentos irregulares de conclusão de Ensino Médio, por meio da Operação Nota Zero, amplamente divulgada pelos meios de comunicação, conforme matéria acostada. Nessa toada, a 26ª Vara Criminal do Rio de Janeiro aceitou a denúncia do Ministério Público Estadual contra 24 pessoas, *dentre as quais a Sra. Sueli Bragança dos Santos e Fabiana Bandeira de Mello Albuquerque, que atestam o histórico escolar apresentado pela Impetrante. acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância* (notícia anexa)”.

Com efeito, como destacou o acórdão recorrido, *“o histórico escolar e a declaração, firmados por funcionárias denunciadas pelo Ministério Público, acusadas de fraudar a emissão de certificados, históricos e diplomas do Ensino Médio, de cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA) e de cursos técnicos, na modalidade a distância não pode conferir certeza aos fatos narrados”* (fl. 110e).

Esse também é o entendimento do *Parquet* federal, que, em seu parecer, destaca que *“o fato de o Recorrente ter, aparentemente, concluído o curso não gera, in casu, a automática presunção de regularidade, mas, ao contrário, coloca em suspeita as atividades docentes realizadas, devendo-se exigir maior rigor probatório na emissão do certificado, minimizando os efeitos advindos desta fraude. À luz dos indícios de fraude noticiados, não se mostram suficientes para a concessão da segurança a mera juntada de certificado escolar e/ou de histórico escolar do Recorrente, por estarem assinados justamente pelas pessoas que respondem criminalmente por acusações de falsificação praticadas pela referida instituição de ensino. Assim, para que se seja reconhecida a liquidez e a certeza do direito alegado devem ser empreendidos maiores esforços comprobatórios a fim de demonstrar a regularidade do curso realizado, o que certamente poderá ser verificado pela via ordinária, por admitir ampla produção probatória”* (fl. 238e).

O histórico escolar de fl. 203e foi emitido em 11/07/2016 pelo Instituto Educacional Luminis e subscrito por Sueli Bragança dos Santos e Fabiana B. de M. Albuquerque. A declaração de conclusão de ensino médio de fl. 204e foi emitida pelo Instituto Educacional Luminis em 27/09/2016 – após expirada a autorização de funcionamento do curso (fl. 55e) – e subscrita por Fabiana B. de M. Albuquerque (fl. 204e), o mesmo ocorrendo no documento de fl. 205e, ambas as subscritoras dos documentos denunciadas criminalmente por fraude na emissão de históricos escolares e certificados de conclusão de curso, circunstância que não pode conferir certeza aos fatos que ensejaram a presente controvérsia.

Trata-se de matéria que demanda, indubitavelmente, dilação probatória, que é insuscetível de ser feita na via estreita do Mandado de Segurança, que exige prova pré-constituída das alegações do impetrante.

Cabe destacar que esta Corte, em casos análogos – envolvendo instituições de ensino suspeitas de fraude na emissão de documentos escolares, no Estado do Rio de Janeiro e que foram objeto de Operação policial e de posterior denúncia ao Juízo Criminal –, já se pronunciou, negando provimento aos recursos ordinários, confirmando o acórdão do Tribunal de origem, que entendera pela inadequação da via eleita, por depender a solução da controvérsia de dilação probatória. Nesse sentido: STJ, RMS 62.117/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 18/11/2019; RMS 63.504/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 12/06/2020; RMS 62.693/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 01/06/2020; RMS 62.877/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 26/03/2020; RMS 63.073/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 14/04/2020; e RMS 58.037/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 17/09/2019, versando as quatro primeiras decisões sobre a mesma instituição de ensino dos presentes autos.

Por fim, conforme observado pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, fica ressalvada, à parte recorrente, o acesso às vias ordinárias, para que possa buscar o pretendido reconhecimento do direito à expedição do certificado de conclusão do ensino médio.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso em Mandado de Segurança.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2020/0128968-8

PROCESSO ELETRÔNICO RMS 63.623 / RJ

**Números Origem: 0042684-71.2019.8.19.0000 00426847120198190000
202014000079 426847120198190000**

PAUTA: 01/09/2020

JULGADO: 01/09/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: JOÃO EMIDIO NOGUEIRA

ADVOGADO: MAURO ALBANO PIMENTA - RJ075005

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: ALEX CORDEIRO BERTOLUCCI E OUTRO(S) - RJ060118

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- Serviços - Ensino Fundamental e Médio**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional



Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

CASO FERNÁNDEZ PRIETO Y TUMBEIRO VS. ARGENTINA

SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2020
(Fondo y Reparaciones)

En el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*,
la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “este Tribunal”), integrada por los siguientes jueces¹:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;
L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente;
Eduardo Vio Grossi, Juez
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez, y
Ricardo Pérez Manrique, Juez,

presente además,
Pablo Saavedra Alessandri, Secretario²,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento” o “Reglamento de la Corte”), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

TABLA DE CONTENIDO

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

III COMPETENCIA

¹ El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en la deliberación y firma de la presente Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

² La Secretaria Adjunta, Romina I. Sijniensky, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.

IV RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

- A. Observaciones de las partes y de la Comisión
- B. Consideraciones de la Corte

V PRUEBA

- A. Admisibilidad de la prueba documental
- B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial

VI HECHOS

- A. Contexto sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina
- B. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alberto Fernández Prieto
 - B.1. Interceptación e inspección en 1992
 - B.2. Proceso Penal
- C. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alejandro Tumbeiro
 - C.1. Detención con fines de identificación y requisita corporal en 1998
 - C.2. Proceso Penal
- D. Normativa aplicable

VII FONDO

VII-1 DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, IGUALDAD ANTE LA LEY Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, Y PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

- A. Alegatos de la Comisión y de las partes
 - A.1. Respeto de la libertad personal
 - A.2. Respeto de la protección de la honra y de la dignidad
- B. Consideraciones de la Corte
 - B.1. Derecho a la libertad personal
 - B.2. Protección de la honra y de la dignidad

VIII REPARACIONES

- A. Parte Lesionada
- B. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

- B.1. Medida de satisfacción
- B.2. Garantías de no repetición
- B.3. Otras medidas solicitadas
- C. Indemnizaciones compensatorias
 - C.1. Daño material
 - C.2. Daño inmaterial
- D. Gastos y costas
- E. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana
- F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

IX. PUNTOS RESOLUTIVOS

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* - El 14 de noviembre de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte el caso *Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro respecto a la República Argentina* (en adelante “el Estado”, “el Estado de Argentina”, “el Estado argentino” o “Argentina”). La Comisión señaló que el caso se relaciona con las detenciones ilegales y arbitrarias en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto (en adelante también “señor Fernández Prieto”) en mayo de 1992 por parte de agentes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y de Carlos Alejandro Tumbeiro (en adelante también “señor Tumbeiro”) en enero de 1998 por agentes de la Policía Federal Argentina, respectivamente. La Comisión consideró que ambas detenciones se realizaron sin una orden judicial y sin estado de flagrancia e indicó que en ninguno de los casos se estableció de manera detallada, en la documentación oficial respectiva, cuáles fueron los elementos objetivos que dieron lugar a un grado de sospecha razonable en la comisión de un delito. Asimismo, en el caso del señor Tumbeiro, indicó que la explicación relacionada con el “estado de nerviosismo” e “inconsistencia” entre su vestimenta y la zona en la cual se encontraba, puede revelar cierto contenido discriminatorio con base en la apariencia y los prejuicios sobre dicha apariencia en relación con la zona respectiva. En ese sentido, señaló que las detenciones y requisas realizadas en el presente caso incumplieron con el estándar de legalidad y no arbitrariedad. Además, la Comisión destacó que las autoridades judiciales no ofrecieron recursos efectivos frente a esta situación, pues no sólo continuaron con la omisión estatal de exigir razones objetivas para el ejercicio de la facultad legal de detener a personas con base en sospecha, sino que validaron como legítimas las razones dadas por los agentes de la policía.

2. *Trámite ante la Comisión.* – El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

a) *Petición.* – El 30 de julio de 1999 y el 31 de marzo de 2003, la Defensoría General de la Nación presentó las respectivas peticiones iniciales, las cuales se acumularon por versar sobre hechos similares.

b) *Informe de Admisibilidad.* – El 19 de marzo de 2012, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad, en el que concluyó que las peticiones eran admisibles³.

c) *Informe de Fondo.* – El 25 de octubre de 2017, la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 129/17, en el cual llegó a una serie de conclusiones⁴ y formuló varias recomendaciones al Estado.

3. *Notificación al Estado.* – El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 13 de diciembre de 2017, con un plazo de dos meses para que informara sobre el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión otorgó tres prórrogas al Estado a fin de que informara al respecto. Argentina informó que tuvo una reunión con la parte peticionaria en abril de 2018 a efectos de acordar la forma de implementar las recomendaciones. Sin embargo, la parte peticionaria informó que, en junio de 2018, presentó una propuesta de cumplimiento de recomendaciones, pero no recibió ninguna comunicación por parte del Estado y no se había adoptado ninguna medida para cumplirlas.

4. *Sometimiento a la Corte.* – El 14 de noviembre de 2018, la Comisión sometió el presente caso a la Corte debido a “la necesidad de obtención de justicia para las víctimas en el caso particular, ante el incumplimiento de las recomendaciones”⁵.

5. *Solicitudes de la Comisión.* – Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal que concluyera y declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y se ordenara al Estado, como medidas de reparación, aquellas incluidas en dicho informe. Este Tribunal nota con preocupación que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido dieciocho años en el caso del señor Fernández Prieto y catorce años en el caso del señor Tumbeiro.

II

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

6. *Notificación al Estado y a los representantes.* – El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a los representantes de las presuntas víctimas el 4 de febrero de 2019.

³ La Comisión declaró admisible el caso respecto a los derechos establecidos en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, y lo declaró inadmisibile respecto al derecho contemplado en el artículo 11, en relación con el artículo 1.1 del referido instrumento.

⁴ La Comisión concluyó que el Estado es responsable por: la violación de los derechos establecidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro.

⁵ La Comisión designó como sus delegados al Comisionado Luis Ernesto Vargas Silva y al Secretario Ejecutivo Paulo Abrão. Asimismo, Silvia Serrano Guzmán y Erick Acuña Pereda, entonces abogada y abogado de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, actuaron como asesora y asesor legal.

7. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 1 de abril de 2019, la Defensoría General de la Nación (en adelante “los representantes”) presentó su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme a los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte. Los representantes alegaron que el Estado es responsable por “la violación de los derechos a la libertad personal, a la protección de la vida privada, la honra y la dignidad, y al control judicial, revisión integral y tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.1, 8.2.h, 11.1, 11.3 y 25 de la Convención, junto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Carlos Alberto Fernández Prieto y del señor Carlos Alejandro Tumbeiro”, así como por la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención en perjuicio del señor Carlos Alejandro Tumbeiro. Asimismo, solicitaron que se ordenara al Estado adoptar diversas medidas de reparación.

8. *Escrito de contestación.* – El 3 de julio de 2019, el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso por parte de la Comisión, así como sus observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación”). En dicho escrito, el Estado se opuso a las violaciones alegadas y a las solicitudes de medidas de reparación de la Comisión y los representantes.

9. *Audiencia Pública.* – El 12 de febrero de 2020, la Presidenta emitió una Resolución mediante la cual convocó a las partes y a la Comisión a la celebración de una audiencia pública sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas⁶. Asimismo, mediante dicha Resolución, se convocó a declarar en la audiencia pública a una perita y un perito propuestos por los representantes y se ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario público (afidávit) de dos testigos propuestos por los representantes y un perito propuesto por la Comisión, las cuales fueron presentadas el 5 marzo de 2020. La audiencia pública se celebró el 11 de marzo de 2020, durante el 134 Período Ordinario de Sesiones que la Corte llevó a cabo en su sede en San José⁷.

10. *Reconocimiento de responsabilidad.* – El 4 de marzo de 2020, el Estado remitió un escrito reconociendo su responsabilidad internacional respecto de la violación a los artículos 7, 8, 11 y 25 de la Convención en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. Asimismo, aceptó su responsabilidad internacional respecto del señor Tumbeiro por la violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.

⁶ Cfr. *Caso Fernández Prieto y otro Vs. Argentina. Convocatoria a audiencia.* Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de febrero de 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/fernandez_prieto_12_02_2020.pdf

⁷ A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Paulo Abrão, Secretario Ejecutivo y Jorge H. Meza Flores, Asesor; b) por los representantes de las presuntas víctimas: Silvia Edith Martínez, Defensora Pública de la Defensoría General de la Nación, y c) por el Estado de Argentina: Alberto Javier Salgado, Director de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación; Andrea Viviana Pochak, Subsecretaría de Protección y Enlace Internacional en Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, y Gonzalo Bueno, Asesor Legal de la Dirección de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

11. *Amici Curiae*. – El Tribunal recibió cuatro escritos de *amicus curiae* presentados por: a) el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)⁸; b) ELEMENTA DDHH, Consultoría en Derechos Humanos⁹; c) Instituto de Defensa del Derecho de Defensa – Márcio Thomaz Bastos¹⁰, y d) la Asociación Pensamiento Penal¹¹.

12. *Alegatos y observaciones finales escritas*. – El 23 de abril de 2020, el 21 de mayo de 2020, y el 18 de junio de 2020, la Comisión, los representantes y el Estado remitieron, respectivamente, sus alegatos finales y observaciones finales escritas, junto con sus anexos¹².

13. *Erogaciones en aplicación del Fondo de Asistencia*. – El 5 de febrero de 2020, se declaró procedente la solicitud de los representantes para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 16 de junio de 2020 se transmitió al Estado el Informe sobre las erogaciones realizadas con cargo al Fondo de Asistencia Legal en el presente caso y sus anexos. El 24 de junio de 2020 el Estado informó que no tenía observaciones sobre el respectivo informe.

14. *Deliberación del presente caso*. – La Corte deliberó la presente Sentencia, a través de una sesión virtual, los días 31 de agosto y 1 de septiembre de 2020¹³.

III COMPETENCIA

15. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que Argentina es Estado Parte de dicho instrumento desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

⁸ El escrito fue firmado por Agustina Lloret y Paula Litvachky. El escrito se refiere a la problemática de detenciones y requisas sin orden judicial y arbitrarias.

⁹ El escrito fue firmado por Adriana Muro Polo, Paula Aguirre Ospina y Renata Demichelis Ávila. El escrito se refiere a la práctica de detenciones arbitrarias por delitos relacionados con drogas en Argentina.

¹⁰ El escrito fue firmado por Flávia Rahal, Hugo Leonardo, Guilherme Ziliani Cernelos, Marina Dias Werneck DeSouza, Domitila Köhler, Gustavo de Castro Turbiani, Johaina Matida, Clarissa Tatiana de Assunção Borges y Thiago De Souza Amparo. El escrito se refiere a un análisis de similitudes entre Brasil y Argentina en relación con los excesos policiales, así como la interceptación y registro policial en la sociedad y en el Poder Judicial brasileño.

¹¹ El escrito fue firmado por Indiana Guereño y Mario Alberto Juliano. El escrito se refiere al contexto en el que ocurrieron los hechos del caso, el contenido del derecho a la libertad personal y la exclusión de la prueba obtenida en un procedimiento de detención ilegal.

¹² El Tribunal recuerda que de conformidad con los acuerdos de Corte 1/20 y 2/20 se suspendió el cómputo de los plazos en razón de la emergencia de salud causada por el COVID-19 desde el 17 de marzo de 2020, y hasta el 20 de mayo de 2020.

¹³ Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia COVID-19, esta Sentencia fue deliberada y aprobada durante el 136 Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo de forma no presencial utilizando medios tecnológicos de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte.

IV RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

A. Observaciones de las partes y de la Comisión

16. El *Estado* manifestó, mediante el escrito de 4 de marzo de 2020 (*supra* párr. 10), que corresponde aceptar las conclusiones a las que arribó la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo No. 129/17 y solicitó a la Corte que produzca la prueba ofrecida, y se pronuncie tanto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, como sobre las reparaciones. Durante la audiencia pública, el Estado manifestó que “las partes en este caso han suscrito un documento de entendimiento construido sobre la base de la asunción por parte del Estado argentino de su responsabilidad internacional por los hechos denunciados, que incluye peticiones concretas [...] tendientes no solo a reparar a la víctima del caso en especie, sino también a que a partir de la sentencia que dicte este Tribunal, se construyan las condiciones necesarias para que hechos como los ventilados en este caso no vuelvan a suceder”¹⁴. En sus alegatos finales escritos, el Estado reiteró dichas solicitudes. En particular, en su escrito de 4 de marzo de 2020, el Estado manifestó lo siguiente:

Habiendo examinado el Informe N° 129/17 de la CIDH que fuera sometido a la jurisdicción contenciosa de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas presentado por los representantes de las víctimas, a la luz de las restantes constancias del caso en trámite, y tomando en cuenta su tradicional política de cooperación con los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el Estado argentino entiende que corresponde aceptar las conclusiones a las arribó la Ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que constató la violación de los artículos 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Asimismo, con relación al señor Carlos Alejandro Tumbeiro, y de conformidad con lo resuelto por la Ilustre Comisión en el informe antes citado, el Estado argentino también acepta su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana.

A los efectos de especificar los alcances de la asunción de responsabilidad internacional, el Estado argentino comparte con la Comisión y con los representantes que, conforme surge

¹⁴ Declaración de la representación del Estado durante la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

del Informe No. 129/17 de la CIDH y del Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, las detenciones policiales y requisas de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en el marco de sus respectivos casos, no respetaron los estándares interamericanos exigibles, afectando de tal modo los artículos 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. A los mismos fines, el Estado argentino acepta los señalamientos de la Comisión y de los representantes en términos de que esas detenciones policiales y requisas, con posterioridad, no fueron objeto de un control de convencionalidad adecuado, afectando de tal modo los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 7 1.1 y 2 del mismo instrumento, incluyendo en el caso particular del señor Carlos Alejandro Tumbeiro la transgresión de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, en tanto la Comisión constató que las razones alegadas para su requisa y detención fueron discriminatorias". [...]

Sin perjuicio de lo expuesto, las partes solicitan a la Honorable Corte Interamericana que produzca la prueba ofrecida, reciba los alegatos de las partes y dicte una sentencia en la que se pronuncie sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, afianzando los estándares internacionales vinculados con la materia que es objeto del presente proceso y permitiendo la adecuada supervisión de lo resuelto.

Asimismo, en los términos del artículo 63 de la Convención Americana, las partes solicitan a la Honorable Corte que se pronuncie sobre el alcance de las reparaciones incluidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de Fondo N°. 129/17, y sobre las alegaciones que a ese respecto han realizado los representantes de las víctimas en el punto VIII de su Escrito sobre Solicitudes, Argumentos y Pruebas, que incluyen la indemnización en equidad por daños materiales e inmateriales de las víctimas, medidas de satisfacción, y garantías de no repetición con vocación transformadora. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones que pudieren realizar oportunamente las partes sobre este punto¹⁵.

17. Los *representantes* expresaron, durante la audiencia pública, que "celebra[ban] muy positivamente esta actitud que ha tomado el Estado y entend[ían]

¹⁵ Escrito de 4 de marzo de 2020 (expediente de fondo, folios 400 a 402).

que es una contribución muy importante al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiraron la Convención Americana". Sin perjuicio de ello, los representantes solicitaron a la Corte "el dictado de una sentencia que fije estándares muy claros y muy precisos en materia de detenciones y requisas sin orden judicial, y esto más allá de la responsabilidad reconocida por el Estado argentino"¹⁶. Esta solicitud fue reiterada en sus alegatos finales escritos¹⁷.

18. La *Comisión* señaló, durante la audiencia pública, respecto del reconocimiento efectuado por el Estado, que "desea saludar y reconocer positivamente la voluntad del Estado argentino para reconocer tales violaciones y para reparar a las víctimas del presente caso"¹⁸. Asimismo, en su escrito de observaciones de 23 de marzo de 2020, la Comisión consideró que "el reconocimiento formulado por el Estado abarca los elementos de hecho, derecho y medidas de reparación establecidas en el Informe No. 129/17. Ello sin perjuicio de que el Estado también haya decidido reconocer su responsabilidad internacional por la violación del principio de igualdad, alegado por los representantes". De esta forma, la Comisión consideró que el reconocimiento de responsabilidad "constituye una contribución positiva al proceso, así como la vigencia de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana". Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que "i) acepte el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado y establezca que el mismo incorpora la totalidad de los hechos y violaciones cometidas en el presente caso; y ii) efectúe una determinación pormenorizada de los hechos, el derecho aplicable y de las reparaciones correspondientes"¹⁹.

B. Consideraciones de la Corte

19. La Corte recuerda que, de conformidad con los artículos 62 y 64 del Reglamento, y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial de derechos humanos, cuestión de orden público internacional, incumbe a este Tribunal velar por que los actos de reconocimiento de responsabilidad resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano²⁰. En el presente caso, la Corte considera que, de las afirmaciones del Estado y los representantes en el acuerdo de 4 de marzo de 2020, durante la audiencia pública de 11 de marzo de 2020, y en sus alegatos finales escritos, así como de las observaciones de la Comisión de 23 de marzo de 2020, se desprende con claridad que el Estado ha realizado un reconocimiento total de responsabilidad respecto de los hechos y las alegadas violaciones a los derechos

¹⁶ Declaración de una representante de las presuntas víctimas durante la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

¹⁷ Cfr. Escrito de alegatos finales escritos de los representantes de 21 de mayo de 2020 (expediente de fondo, folios 758 a 761).

¹⁸ Declaración de la representación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

¹⁹ Escrito de observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del escrito del Estado argentino de 4 de marzo de 2020 (expediente de fondo, folio 543).

²⁰ Cfr. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 17, y *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 21.

humanos en los términos planteados por la Comisión en su Informe de Fondo, y ha reconocido la necesidad de adoptar medidas de reparación. En consecuencia, la Corte considera que ha cesado la controversia respecto de lo siguiente:

a) Los hechos relacionados con: i) la normativa relevante; ii) el contexto sobre detenciones sin orden judicial o en situación de flagrancia en Argentina en la época de los hechos, y iii) las detenciones y procesos penales seguidos contra los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro.

b) La violación a los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, y protección judicial, reconocidos en los artículos 7, 8, 11, y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Estas violaciones se habrían producido como consecuencia de las detenciones ilegales y arbitrarias de las que fueron víctima, así como por las violaciones al debido proceso y la falta de un recurso judicial efectivo en los procesos seguidos en su contra.

c) La violación al derecho a la igualdad y no discriminación, reconocidos en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, en perjuicio del señor Carlos Alejandro Tumbeiro.

d) La necesidad de otorgar medidas de reparación conforme a las solicitudes presentadas por la Comisión y los representantes por: i) daños materiales e inmateriales de las víctimas, ii) medidas de satisfacción, y iii) garantías de no repetición con vocación transformadora.

20. La Corte estima que el reconocimiento total de responsabilidad internacional constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención, así como a las necesidades de reparación de las víctimas²¹. El reconocimiento efectuado por el Estado produce plenos efectos jurídicos de acuerdo a los artículos 62 y 64 del Reglamento de la Corte ya mencionados, y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares. En virtud del amplio reconocimiento realizado por el Estado, el Tribunal considera que ha cesado la controversia jurídica del caso respecto a los hechos, el derecho y la necesidad de adoptar medidas de reparación.

21. En el presente caso, en consideración de las violaciones reconocidas por el Estado, y de la solicitud de las partes y la Comisión, la Corte estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos de acuerdo a la prueba recabada en el proceso ante este Tribunal. Ello contribuye a la reparación de las víctimas, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos²². En particular, la Corte estima necesario entrar a analizar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la actuación de

²¹ Cfr. *Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38, párr. 57; y *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay, supra*, párr. 27.

²² Cfr. *Caso Tu Tojin Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 26 y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 41.

la policía en el marco de las detenciones ilegales y arbitrarias de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, así como la responsabilidad respecto de los derechos a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación del señor Tumbeiro. Asimismo, el Tribunal se pronunciará sobre las reparaciones correspondientes.

22. Por otro lado, el Tribunal no considera necesario, en esta oportunidad, abrir la discusión sobre todos los puntos que fueron objeto de litigio, toda vez que algunas pretensiones de derecho alegadas en este caso, tales como las violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, fueron expresamente aceptadas por el Estado en su reconocimiento de responsabilidad internacional, y ya han sido ampliamente desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

V PRUEBA

A. Admisibilidad de la prueba documental

23. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión, los representantes y el Estado, así como también aquellos solicitados por la Corte o su Presidencia como prueba para mejor resolver, los cuales, como en otros casos, admite en el entendido que fueron presentados en la debida oportunidad procesal (artículo 57 del Reglamento)²³ y su admisibilidad no fue controvertida ni objetada.

B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial

24. Este Tribunal estima pertinente admitir las declaraciones rendidas ante fedatario público²⁴ y en audiencia pública²⁵ en la medida en que se ajusten al objeto que fue definido por la Presidencia en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos y al objeto del presente caso.

²³ La prueba documental puede ser presentada, en general y de conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda, y no es admisible la prueba remitida fuera de esas oportunidades procesales, salvo en las excepciones establecidas en el referido artículo 57.2 del Reglamento (a saber, fuerza mayor, impedimento grave) o salvo si se tratara de un hecho superviniente, es decir, ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.

²⁴ Cfr. Dictamen pericial de Juan Pablo Gomara y declaraciones de Fátima Adriana Castro y Carlos Alejandro Tumbeiro.

²⁵ Cfr. Declaraciones de la perita Sofía Tiscornia y del perito Hernán Víctor Gullco, respectivamente rendidas en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

VI HECHOS

25. El presente caso versa sobre la detención ilegal y arbitraria de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en 1992 y 1998, respectivamente. La Corte expondrá los hechos reconocidos por el Estado en el orden siguiente: a) contexto sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina; b) detención y proceso penal contra el señor Carlos Alberto Fernández Prieto; c) detención y proceso penal contra el señor Carlos Alejandro Tumbeiro, y d) normativa aplicable.

A. Contexto sobre las detenciones sin orden judicial ni situación de flagrancia en Argentina

26. En su reconocimiento de responsabilidad internacional, suscrito el 4 de marzo de 2020, el Estado aceptó la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión en su Informe de Fondo, lo cual incluye las concernientes a que las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. En el mismo orden, en su escrito de alegatos finales de 18 de junio de 2020, el Estado reconoció que este “caso constituye un emblema de lo que se conoció en nuestro país, durante la década del 90, como el ‘olfato policial’, que implicaba actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa, y por ello, profundamente ineficientes”. Asimismo, el Estado puntualizó que “este tipo de prácticas policiales fueron promovidas por políticas de seguridad que se definían bajo el paradigma de la llamada ‘guerra contra las drogas’ y que, además, resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial”²⁶.

27. En tal sentido, en el *Caso Bulacio Vs. Argentina*, la Corte advirtió que para 1991, en Argentina “se llevaban a cabo prácticas policiales de detención indiscriminada”²⁷. Con ocasión de dicho caso, la Corte observó que, durante el período de 1991 a 2003, la política de control del delito en la ciudad de Buenos Aires “desarrolló técnicas de intervención” con la finalidad de prevenir el delito que “comprenden la presencia y vigilancia policial en el espacio público y la detención policial de personas sin orden judicial”²⁸. En el mismo caso, la Corte advirtió lo siguiente:

En el caso de las detenciones por averiguación de identidad, la policía generalmente eleva al juez, tardíamente, un listado de las personas detenidas, en el cual figuran como causas de la detención:

²⁶ Alegatos Finales Escritos de Argentina de 18 de junio de 2020 (expediente de fondo, folio 832).

²⁷ *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 69.

²⁸ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina, supra*, párr. 53.

“merodear”, “deambular”, “mirar las vidrieras” [...]. Los jueces efectúan un control “casi administrativo” de las detenciones policiales, [...] por lo que es materialmente imposible realizar un control efectivo de aproximadamente 100.000 a 150.000 detenciones mensuales que se producen en la ciudad de Buenos Aires. [...] La policía detiene a una gran cantidad de personas en conjunto o individualmente, y no es sino hasta que las lleva a la comisaría cuando se les “clasifica” como adultos, jóvenes, mujeres, varones. Dichas detenciones masivas se llevan a cabo bajo la definición a priori de que hay determinadas personas que, según el programa de la defensa social, *per se* pueden cometer delitos²⁹.

28. Concatenado a lo anterior, desde el año 1995, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante también, “Comité de la ONU”) instó a Argentina a tomar todas las medidas necesarias para impedir casos de detenciones arbitrarias³⁰. Asimismo, en un informe sobre una visita a Argentina en el 2003, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas (en adelante también, “Grupo de Trabajo”) se refirió a la situación general del Estado de derecho en dicho país desde el retorno a la democracia en 1983³¹ e indicó que en varias provincias, incluyendo la de Buenos Aires, “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen la facultad de arrestar o aprehender personas que consideran intentan cometer un delito”, pudiendo proceder a arrestos por “razones de orden o de seguridad públicas, y para controles de identidad y averiguación de antecedentes”. El Grupo de Trabajo indicó haber sido advertido por organizaciones no gubernamentales sobre el abuso del poder de detención por parte de los funcionarios policiales y señaló que en “la práctica muchas personas son arrestadas simplemente porque merodeaban por el lugar, porque no justificaban su permanencia en un lugar determinado o porque carecían de dinero para comprar”. Con base en lo expresado por los representantes de diferentes grupos sociales, el Grupo de Trabajo advirtió que “estas acciones policiales tienen un efecto intimidatorio sobre el ciudadano común y corriente”³².

29. Asimismo, el Grupo de Trabajo se refirió a los procedimientos policiales fraguados y al respecto indicó que el Ministerio Público “se ha encontrado con numerosos casos en los que, incentivados los agentes policiales por la necesidad de mostrar efectividad ante la ola de delincuencia, han inventado y fabricado casos a través de la detención de personas inocentes, tras haber informado de resultados exitosos en la persecución de un delito”. El Grupo de Trabajo señaló que el “patrón de los casos es trasladar a estas personas a un determinado lugar, “plantar” evidencias,

²⁹ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

³⁰ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 5 de abril de 1995, párr. 161.

³¹ ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párr. 11.

³² ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párrs. 42 y 43.

atribuir sustracciones, etc. [...]” y que, ante esta situación, la “capacidad de respuesta de las personas que son víctimas de estas situaciones es casi nula por tratarse en la gran mayoría de los casos de la franja más vulnerable de la población: desocupados, mendigos, inmigrantes ilegales, personas con antecedentes”³³. En tal sentido, recomendó a Argentina “[...] supervisar estrictamente la actuación de los oficiales y agentes de policía, particularmente en lo relativo a sus facultades de ordenar arrestos y detenciones”, y sancionar “cualquier desviación hacia comportamientos racistas, xenófobos, homofóbicos u otros incompatibles con la plena vigencia de los derechos humanos que la policía está llamada a asegurar”³⁴.

30. En el mismo orden, en el año 2010, el Comité de la ONU expresó su inquietud “por la subsistencia de normas que otorgan facultades a la policía para detener personas [...] sin orden judicial anterior ni control judicial posterior y fuera de los supuestos de flagrancia, por el único motivo formal de averiguar su identidad, en contravención, entre otros, del principio de presunción de inocencia [...]”³⁵. En 2016, el Comité reiteró “su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de averiguar su identidad sin orden judicial anterior y por un largo periodo de tiempo [...]”, y recomendó al Estado “tomar todas las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, con el fin de combatir eficazmente las detenciones no vinculadas a la comisión de un delito”³⁶.

31. De igual modo, en un informe sobre una visita a Argentina en el año 2017, el Grupo de Trabajo se refirió a las “amplias facultades de la policía para privar a las personas de libertad sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito o para verificar la identidad” y observó “lo mismo en relación con las facultades inherentes de la policía para ‘retener’ a personas a fin realizar controles de identidad”. El Grupo de Trabajo puntualizó lo siguiente:

La posibilidad de detener a una persona sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito se utiliza ampliamente de manera discriminatoria y subjetiva, es decir, orientándose a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como los niños de la calle, los miembros y los dirigentes de comunidades indígenas, los migrantes, las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y otras personas³⁷.

³³ ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párrs. 47 y 48.

³⁴ ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 23 de diciembre de 2003, párr. 71.

³⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 31 de marzo de 2010, párr. 15.

³⁶ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 10 de agosto de 2016, párrs. 17-18.

³⁷ ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 19 de julio de 2018, párrs. 26 y 27.

32. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires señaló en 2012 que el uso de la figura de la “detención por averiguación de identidad” es, en la mayoría de los casos, automática, y que las “personas identificadas no se encontraban cometiendo, ni se entiende que pudieran cometer, un acto delictivo o contravencional por lo que no habría razón por la que se requiera su identificación, solo eran pobres en situación de calle y parecería ser esa la condición que en los hechos habilitaba a los efectivos policiales a actuar”³⁸.

33. La Corte advierte que, tal como lo reconoció el Estado, las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, en 1992 y 1998, respectivamente, se circunscribieron en un contexto general de detenciones y requisas arbitrarias en Argentina. En relación con lo anterior, en sus alegatos finales, el Estado expresó que “las facultades policiales de detención de personas y de requisas sin orden judicial, y sin mediar supuestos evidentes de flagrancia, merecen en nuestro país una revisión profunda”³⁹, lo que, sumado a los informes antes citados, permite a la Corte concluir que dicho contexto se mantiene incluso en la actualidad.

B. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alberto Fernández Prieto

B.1. Interceptación e inspección en 1992

34. En el acta de detención correspondiente se hace constar que, el 26 de mayo de 1992, un inspector y dos sargentos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires estaban “recorriendo la jurisdicción” cuando avistaron, cerca de las 7:00 pm, en una zona casi despoblada de la ciudad de Mar de Plata, un vehículo verde con “tres sujetos en su interior en actitud sospechosa”, entre los cuales se encontraba el señor Fernández Prieto, comerciante de 45 años. Los agentes policiales interceptaron el vehículo, hicieron descender a los pasajeros y, en presencia de dos testigos llamados al efecto, procedieron a realizar una requisa. En el baúl del vehículo, se encontraron un ladrillo envuelto en un papel plateado con cinta marrón cuyo aroma y características indicaban que “podría tratarse de [...] marihuana”, y un revólver calibre 32 con diez proyectiles y 30 vainas. En el interior del vehículo, en el asiento que ocupaba el señor Fernández Prieto, se hallaron cinco ladrillos iguales al anterior y una pistola calibre 22 con 8 proyectiles, un cargador y dos pistolas⁴⁰.

35. De acuerdo a lo consignado en el acta de detención, los agentes policiales procedieron al secuestro de dichos objetos, detuvieron al señor Fernández Prieto y los demás pasajeros, y los llevaron a la dependencia policial⁴¹. El mismo día, uno de

³⁸ Resolución de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires de 27 de abril de 2012 (expediente de prueba, folios del 68 al 128).

³⁹ Alegatos Finales Escritos de Argentina de 18 de junio de 2020 (expediente de fondo, folio 833).

⁴⁰ Cfr. Acta de detención de Carlos Alberto Fernández Prieto de 26 de mayo de 1992 (expediente de prueba, folios del 129 al 131).

⁴¹ Cfr. Acta de detención de Carlos Alberto Fernández Prieto de 26 de mayo de 1992 (expediente de prueba, folios del 129 al 131).

los agentes suscribió una declaración en la que afirmó que, al momento de realizar la requisa del vehículo, el señor Fernández Prieto reconoció que “se dirigían a entregar la droga” a “un tal Guillermo o Toti”, quien les pagaría al momento de la entrega⁴². El 16 de junio de 1992, otro de los agentes declaró que el señor Fernández Prieto expresó a sus acompañantes, “quienes se mostraron bastante enojados”, que él asumiría la responsabilidad de todo⁴³.

36. Al día siguiente de la detención, uno de los acompañantes del señor Fernández Prieto declaró que las armas incautadas eran de su propiedad y que tenía el correspondiente permiso para portarlas. Asimismo, manifestó que “en ningún momento supo lo que Fernández Prieto estaba transportando en su equipaje”⁴⁴. El mismo día, el señor Fernández Prieto declaró que, aproximadamente un mes antes, una persona llamada Julio le había contactado porque alguien de alías Pantera le había dado su teléfono y le ofreció la posibilidad de ganar USD\$500 (quinientos dólares estadounidenses) por llevar una “mercadería” a Mar de Plata. Sostuvo que se había reunido con Julio en una esquina de Buenos Aires, quien le adelantó USD\$200 (doscientos dólares estadounidenses), y que respecto a este último solo sabía la dirección que le había provisto para la entrega de los paquetes al tal Guillermo. Aclaró que sus dos acompañantes, quienes lo habían invitado a viajar con ellos, desconocían la situación. De igual modo, al mostrarle el acta de detención, manifestó que la había firmado de buena fe porque “no se veía nada esa noche” y que su relación fáctica no era correcta pues los paquetes incautados no estaban en el baúl, sino debajo del asiento del conductor, del lado trasero⁴⁵.

B.2. Proceso Penal

37. El 16 de junio de 1992, el Juez Federal de la Ciudad de Mar de Plata (en adelante “el Juez Federal”) dictó orden de prisión preventiva contra el señor Fernández Prieto pues, en atención a la naturaleza del ilícito imputado, es decir el transporte de estupefacientes, la competencia para conocer del mismo recaía en la justicia federal. El Juez argumentó que, tomando en consideración el lugar y modo en que fueron incautados los paquetes, existían elementos para calificar el hecho como delito de transporte de estupefacientes, contemplado en el artículo 5, inciso c, de la Ley 23.737⁴⁶. El 8 de noviembre de 1995, el Procurador Fiscal Federal Subrogante (en adelante “el Procurador Fiscal”) presentó acusación contra el señor Fernández Prieto por el delito de transporte de 2.370 gramos de picadura de marihuana distribuidos en

⁴² Declaración de sustracción de automotores suscrita el 26 de mayo de 1992 por Fabián Raúl Casanova (expediente de prueba, folios 132-133).

⁴³ Cfr. Declaración suscrita el 16 de mayo de 1992 por Juan Carlos Norberto (expediente de prueba, folios 134-135).

⁴⁴ Declaración indagatoria suscrita el 27 de mayo de 1992 por Alberto José Julián Argente (expediente de prueba, folios del 136 al 140).

⁴⁵ Cfr. Declaración indagatoria suscrita el 27 de mayo de 1992 por Carlos Alberto Fernández Prieto (expediente de prueba, folios del 141 al 145).

⁴⁶ Cfr. Resolución No. 93/95 de 16 de junio de 1992, contentiva de orden de prisión preventiva contra Carlos Alberto Fernández Prieto.

seis ladrillos, solicitando que fuera condenado a cinco años de prisión. En cuanto a la incongruencia sobre el lugar donde se habían encontrado los paquetes, el Procurador Fiscal señaló que era “irrelevante” pues el señor Fernández Prieto “había asumido la plena responsabilidad por la custodia de los elementos secuestrados”⁴⁷.

38. El 23 de febrero de 1996, el Juez Federal rechazó una excepción de cosa juzgada interpuesta por la defensa del señor Fernández Prieto, decisión que fue confirmada por la Cámara Federal de Mar de Plata el 29 de abril de 1996⁴⁸. El 26 de mayo de 1996, la defensa del señor Fernández Prieto solicitó su absolución y que fuera declarada la nulidad del proceso. En su escrito, la defensa sostuvo que no hubo “indicios vehemente[s] [...] que autorizaran al personal policial a [realizar] la intercepción, aprehensión y requisita [...]”, por lo que constituyeron “una medida arbitraria”. Asimismo, la defensa alegó que “no puede coartarse la libertad” del señor Fernández Prieto ni proceder a “la requisita de sus pertenencias por la sola circunstancia de que resulta sospechosa su actitud”, señalando que “la mera sospecha [...] de ningún modo autorizaba tal diligencia”⁴⁹.

39. El 19 de julio de 1996, el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión y multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes. En su sentencia, el Juez sostuvo que estaba “plena y legalmente comprobado [...] que el día 26 de mayo de 1992, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar señaladas [...] el acusado [...] se encontraba transportando una cantidad cierta de [...] marihuana [...]”. Con respecto al alegato de la defensa sobre la falta de motivos suficientes para proceder a la detención, el Juez indicó que los agentes policiales “actuaron dentro de las atribuciones que les otorga la ley”, pues el vehículo en el que viajaba el señor Fernández Prieto “se conducía en actitud sospechosa”. En cuanto a la calificación legal, el Juez indicó que se configuraba el dolo porque, por la cantidad incautada, era claro que “Fernández Prieto llevaba la droga con un fin que excedía la mera tenencia”. Sobre la divergencia respecto al lugar donde había sido encontrada la sustancia incautada, el Juez indicó que no alteraba “la confesión” rendida por el señor Fernández Prieto. Para fallar como lo hizo, el Juez señaló haber tomado en cuenta las declaraciones de los agentes policiales y el peritaje sobre la naturaleza de la sustancia incautada, “asignando especial importancia al expreso reconocimiento que el [señor Fernández Prieto] brinda en su declaración indagatoria”⁵⁰.

40. El 16 de septiembre de 1996, el señor Fernández Prieto presentó un recurso de apelación contra la referida sentencia. En el recurso, se alegó que el Juez Federal realizó una “inadecuada calificación jurídica de la conducta” al haber considerado

⁴⁷ Escrito de acusación contra Carlos Alberto Fernández Prieto de 14 de diciembre de 1995 (expediente de prueba, folios del 146 al 150).

⁴⁸ Cfr. Sentencia de la Cámara Federal de Mar de Plata de 29 de abril de 1996 (expediente de prueba, folios del 1478 al 1471).

⁴⁹ Escrito de defensa de Carlos Alberto Fernández Prieto de 26 de mayo de 1996 (expediente de prueba, folios del 151 al 168).

⁵⁰ Sentencia condenatoria del Juzgado Federal de Mar de Plata de 19 de julio de 1996 (expediente de prueba, folios del 169 al 196).

que no era “nula la requisita sin orden judicial efectuada sobre el vehículo en que se trasladaba [el señor Fernández Prieto]”. Los agravios alegados se concentraron en dos argumentos: a) la arbitrariedad de la requisita sin orden judicial y b) la errónea calificación jurídica⁵¹.

41. El 26 de noviembre de 1996, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata (en lo adelante también, “la Cámara Federal”) desestimó el recurso de agravio, confirmando la sentencia condenatoria. La Cámara consideró que “la lectura de las actuaciones conduce a concluir, necesariamente, que la requisita efectuada [...] tuvo su origen en un estado de sospecha previo que animaba a los funcionarios policiales, en circunstancias en que resultaba imposible requerir una orden judicial previa”, lo cual “se llevó a cabo sin conculcar garantía o derecho individual alguno”. De igual modo, la Cámara Federal indicó que, de acogerse el razonamiento de la defensa, se impediría “la labor de prevención” por parte de la “autoridad policial” al coartarse la posibilidad de “revisar un automotor en circunstancias en que este resulta ser sospechoso”, y agregó que el caso concreto se circunscribe a una “actuación prudente de la policía en ejercicio de sus funciones específicas y sin violación alguna de normas constitucionales o procesales”⁵².

42. El 12 de diciembre de 1996, el señor Fernández Prieto interpuso un recurso extraordinario federal contra dicha sentencia⁵³. El 14 de febrero de 1997, la Cámara Federal rechazó el recurso por considerarlo improcedente. En sus motivaciones, la Cámara Federal explicó que en este caso “no advierte la existencia de una cuestión de gravedad institucional que [...] permita dar cabida al recurso” ni que la sentencia impugnada no haya resultado de una “derivación razonada del derecho vigente”⁵⁴ o haya implicado una violación de las garantías constitucionales.

43. El 28 de febrero de 1997, el señor Fernández Prieto presentó un recurso de queja contra la referida resolución. En el recurso, se argumentó la afectación al debido proceso como consecuencia de la “pérdida de imparcialidad observable en el caso” y se sostuvo su procedencia por estimar que la materia debatida sí “reúne los requisitos de gravedad institucional” porque afecta “principios fundamentales de orden social”, máxime si se toma en consideración “la cantidad de casos similares” al del señor Fernández Prieto. La defensa concluyó que “[l]a omisión de marcar límites claros al accionar de las fuerzas policiales y se seguridad no sólo afecta a la libertad y seguridad de los habitantes”⁵⁵, sino que también amenazaba las instituciones involucradas que requieren el establecimiento de “un marco de actuación”. De manera paralela, la defensa presentó un incidente de excarcelación, el cual fue acogido por el Juez Federal

⁵¹ Recurso de agravio presentado por Carlos Alberto Fernández Prieto contra la sentencia condenatoria (expediente de prueba, folios del 198 al 204).

⁵² Cfr. Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata de 26 de noviembre de 1996 (expediente de prueba, folios del 206 al 214).

⁵³ Recurso extraordinario federal presentado por Carlos Alberto Fernández Prieto el 12 de diciembre de 1996 (expediente de prueba, folios del 215 al 229).

⁵⁴ Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata de 14 de febrero de 1997 (expediente de prueba, folios del 230 al 232).

⁵⁵ Recurso extraordinario de queja de 28 de febrero de 1997 (expediente de prueba, folios del 233 al 248).

mediante resolución de 17 de octubre de 1997 en virtud de que el señor Fernández Prieto había cumplido en detención, sin sentencia en firme, dos tercios de la pena⁵⁶.

44. El 12 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en lo adelante también, “Corte Suprema” o la “CSJN”) rechazó el recurso de queja y confirmó la sentencia condenatoria. Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema se refirió a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos e indicó que “como regla general en lo referente a las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial”, dicha corte “ha dado especial relevancia al momento y lugar en que [se efectuó] el procedimiento y a la existencia de razones urgentes para corroborarlo, habiendo convalidado arrestos sin mandamiento judicial practicados a la luz del día y en lugares públicos”. Del mismo modo, la sentencia sostuvo que la referida corte también ha validado la requisas de vehículos y las subsecuentes pruebas obtenidas “con fundamento en que los oficiales de policía tenían causa probable para sospechar que había contrabando o evidencia de una actividad ilícita”⁵⁷. Al considerar que dichos criterios jurisprudenciales se aplicaban al caso del señor Fernández Prieto, la Corte Suprema estimó improcedentes los argumentos de la defensa, concluyendo lo siguiente:

[...] [E]l examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto impugnado resulta decisivo para considerar legítima la requisas del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en ‘actitud sospechosa’ de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez⁵⁸.

45. En virtud del fallo condenatorio, el señor Fernández Prieto estuvo privado de libertad por un periodo de dos años, ocho meses y cinco días⁵⁹. El señor Fernández Prieto falleció en el año 2020.

⁵⁶ Cfr. Resolución del Juzgado Federal de Mar de Plata de 17 de octubre de 1997 (expediente de prueba, folios del 1347 1349).

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

⁵⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

⁵⁹ Cfr. Resolución del Juzgado Federal de Mar de Plata de 17 de octubre de 1997 (expediente de prueba, folios del 1347 1349).

C. Detención y proceso penal contra el señor Carlos Alejandro Tumbeiro

C.1. Detención con fines de identificación y requisita corporal en 1998

46. De conformidad con lo que se hace constar en el acta de detención correspondiente, el 15 de enero de 1998, alrededor del mediodía, el señor Tumbeiro, electricista de 44 años⁶⁰, fue interceptado por agentes de la Policía Federal Argentina “con fines de identificación”⁶¹, mientras transitaba por una calle de la Ciudad de Buenos Aires. Los agentes policiales preguntaron al señor Tumbeiro qué hacía en la zona, quien contestó que buscaba equipo electrónico de repuesto y “procedió a entregar su documento de identidad”⁶². Al notarlo “sumamente nervioso”⁶³, “previo palpado de sus prendas” en la vía pública⁶⁴, uno de los agentes “lo invitó a subir” a la patrulla “hasta tanto comprobar su identidad”⁶⁵. Mientras esperaban la comprobación sobre la existencia o no de antecedentes penales, los agentes se percataron de que el señor Tumbeiro “en medio de un diario [...] portaba consigo una sustancia [...] blanca similar al clorhidrato de cocaína”, a raíz de lo cual requirieron la presencia de testigos y procedieron con la detención⁶⁶.

47. Según la versión policial, la actitud del señor Tumbeiro “resultaba sospechosa” porque “su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero”⁶⁷. Por su lado, el señor Tumbeiro declaró que ese día iba vestido con pantalones jean y camisa, que los agentes policiales lo “metieron en el patrullero” y le “encajaron la droga”, y que hasta entonces nunca había tenido un “antecedente”. El señor Tumbeiro también fue obligado a bajarse los pantalones y la ropa interior en el interior de la patrulla⁶⁸.

C.2. Proceso Penal

48. El 26 de agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal condenó al señor Tumbeiro a un año y seis meses de prisión “de cumplimiento en suspenso”⁶⁹ y multa de ciento cincuenta pesos por el delito de tenencia de estupefacientes, contenido en el artículo 14 de la Ley 23.737. El señor

⁶⁰ Cfr. Acta de detención de Carlos Alejandro Tumbeiro de 15 de enero de 1998 (expediente de prueba, folio 1485).

⁶¹ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁶² Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

⁶³ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁶⁴ Cfr. Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

⁶⁵ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁶⁶ Cfr. Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁶⁷ Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

⁶⁸ Petición No. 1181-03 de Carlos Alejandro Tumbeiro, presentada el 31 de marzo de 2003 ante la Comisión Interamericana (expediente de prueba, folios del 285 al 303).

⁶⁹ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

Tumbeiro recurrió en casación la sentencia condenatoria y solicitó la nulidad del acta de secuestro por estimar que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la requisa sin orden judicial⁷⁰.

49. Con motivo de este recurso, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (en adelante la “Cámara de Casación Penal”) absolvió al señor Tumbeiro, mediante sentencia de 15 de marzo de 1999⁷¹. En su sentencia, la Cámara de Casación Penal sostuvo que “la interceptación en la vía pública de una persona con fines [de identificación] y su ulterior alojamiento en un vehículo policial a la espera de la recepción de los antecedentes [...], constituye una verdadera detención que solo con [...] eufemismos habría de considerarse bajo el título de mera demora”. Asimismo, la Cámara de Casación Penal indicó que “el estado de nerviosismo” es una “circunstancia equívoca y, como tal, insusceptible por sí para habilitar la aludida interceptación”, y agregó que en el caso concreto no se justificaba la detención por averiguación de antecedentes pues “no mediaron circunstancias debidamente fundadas que hicieren presumir que alguien hubiere cometido algún hecho delictivo [...] y no acreditase su identidad”⁷².

50. El 30 de marzo de 1999, el Fiscal General interpuso un recurso extraordinario de apelación contra la referida decisión. El Fiscal General alegó que, la interpretación del tribunal de alzada sobre las causales para la procedencia de la detención sin contar con una orden judicial, conllevó un “rigorismo formal innecesario que menoscabó el derecho [...] al debido proceso adjetivo” al haber recurrido a “fundamentos solo aparentes para descartar prueba válidamente ingresada al proceso”. En tal sentido, argumentó que la razón que justificó la detención del señor Tumbeiro “no era solo el estado de nerviosismo, sino que también existía un comportamiento extraño de su parte y su vestimenta era extraña a la luz de la zona en la cual se encontraba”⁷³.

51. El 3 de octubre de 2002, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. Refiriéndose a la jurisprudencia estadounidense sobre “causa probable”, “sospecha razonable” y “situaciones de urgencia”, la Corte Suprema señaló que en el caso concreto estos resultaban aplicables puesto que la “actitud sospechosa” atribuida al señor Tumbeiro fue “ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes”. La Corte Suprema juzgó que en el procedimiento “no se advierte ninguna irregularidad” y que la sentencia recurrida ignoró “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y omitió valorar el “nerviosismo” del señor Tumbeiro conjuntamente a “las demás circunstancias por las cuales el personal judicial decidió identificarlo”⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁷¹ Cfr. Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁷² Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁷³ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).

52. El señor Tumbeiro interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia, el cual fue rechazado el 24 de octubre de 2002 por la Cámara Nacional de Casación Penal, con lo cual la condena quedó en firme⁷⁵. Al haberse declarado firme la sentencia antes mencionada, se le solicitó al señor Tumbeiro que presentara un plan de trabajo comunitario para dar cumplimiento a la sentencia condenatoria⁷⁶. El señor Tumbeiro presentó dicho plan, el cual realizaría en una fundación⁷⁷. Sin embargo, debido a problemas sobre la designación del centro receptor de los servicios, atribuibles a las autoridades de supervisión de ejecución de la pena, el señor Tumbeiro nunca realizó los indicados servicios. El 2 de mayo de 2006, el Juez Nacional de Ejecución Penal resolvió dar por cumplida la condena⁷⁸. El señor Tumbeiro falleció el 30 de julio de 2014⁷⁹.

D. Normativa aplicable

53. El artículo 18 de la Constitución de Argentina establece las garantías del debido proceso y la libertad personal en los términos siguientes:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice⁸⁰.

54. Para la época de la detención del señor Fernández Prieto en 1992, el Código de Procedimientos en lo Criminal (en adelante también “Código de Procedimientos”) disponía lo siguiente:

⁷⁵ Cfr. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de 24 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 1709 al 1711).

⁷⁶ Cfr. Declaración de firmeza de 6 de noviembre de 2002 (expediente de prueba, folio 1733).

⁷⁷ Cfr. Propuesta de trabajo comunitario de 17 de diciembre de 2002 (expediente de prueba, folio 1715).

⁷⁸ Cfr. Resolución del Juez Nacional de Ejecución Penal de 2 de mayo de 2006 (expediente de prueba, folios del 1820 al 1822).

⁷⁹ Acta de defunción de Carlos Alejandro Tumbeiro de 1 de agosto de 2014 (expediente de prueba, folio 357).

⁸⁰ Constitución de la Nación Argentina de 1853, con las reformas ordenadas en 1860, 1866, 1898, 1957 y 22 de agosto de 1994.

Artículo 2. Nadie puede ser constituido en prisión preventiva sin orden escrita de Juez competente, expedida contra persona determinada, y a mérito de existir contra ella semiplena prueba de delito o indicios vehementes de culpabilidad.

Artículo 3. En caso de infraganti delito cualquier individuo del pueblo puede detener al delincuente, al solo objeto de presentarlo inmediatamente al Juez competente o al agente de la autoridad pública más inmediato, jurando que lo ha visto perpetrar el delito.

Artículo 4. El Jefe de Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan en infraganti delito, y aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del Juez competente.

[...]

Artículo 6. Detenido el presunto culpable y entregado al Juez competente, éste procederá en las primeras horas hábiles de su despacho a interrogarlo y a practicar las diligencias necesarias para decretar su prisión preventiva o su libertad.

[...]

Artículo 184. En los delitos públicos los funcionarios de Policía tendrán las siguientes obligaciones y facultades: 1. Averiguar los delitos que se cometan en el distrito de su jurisdicción. [...] Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4 [...] ⁸¹.

55. En 1991, se aprobó la Ley 23.950, que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958 en lo concerniente a los casos en los que procede la detención sin orden judicial, disponiendo lo siguiente:

Inciso 1º. Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, no podrá detener a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con

⁸¹ Ley 2372 de 4 de octubre de 1888, por la cual se expide el “Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y Tribunales Ordinarios de la Capital y de los Territorios Nacionales”.

competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones⁸².

56. A partir de septiembre de 1992, y por lo tanto aplicable en la época de la detención del señor Tumbeiro, entró en vigencia la Ley 23.984 que sancionó el Código Procesal Penal, cuyos artículos 284, 230 y 184, inciso 5, señalan lo siguiente:

Artículo 284. Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial: 1) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2) Al que fugare, estando legalmente detenido. 3) Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención, y 4) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...].

Artículo 230. El juez ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invítarsela a exhibir el objeto de que se trate. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisa no obstará a ésta, salvo que mediaren causas justificadas”.

Artículo 184. Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: [...] 5º) Disponer los

⁸² Ley 23.950 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se sustituye “el inciso 1º del artículo 5º del Decreto ley 333/58, ratificado por Ley No. 14.467”. Boletín Oficial de 11 de septiembre de 1991.

allanamientos del artículo 227 y las requisas urgentes con arreglo al artículo 230, dando inmediato aviso al órgano judicial competente⁸³.

VII FONDO

57. El Tribunal recuerda que el Estado realizó un reconocimiento total de responsabilidad internacional, y que esta Corte ha decidido dictar una sentencia sobre el fondo en el presente asunto (*supra* párrs. 16 a 22). En razón de ello, la Corte se pronunciará sobre los alegatos de la Comisión y los representantes en relación con la interceptación y el registro del automóvil en que se transportaba el señor Fernández Prieto, así como la detención con fines de identificación y posterior requisas corporal del señor Tumbeiro. En particular, el Tribunal analizará los hechos del presente caso en relación con los derechos a la libertad personal, igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, así como en relación con el derecho a la protección de la honra y de la dignidad.

VII-1 DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL⁸⁴, IGUALDAD ANTE LA LEY Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN⁸⁵, Y PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD⁸⁶ EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS⁸⁷ Y EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO⁸⁸

A. Alegatos de la Comisión y de las partes

A.1. Respeto de la libertad personal

58. La *Comisión* alegó que la reserva de ley que se requiere para afectar el derecho a la libertad personal, de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención, debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano” las “causas” y “condiciones” de la privación a la libertad física, por lo que cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido para privar a una persona de la libertad, generará que tal privación de la libertad sea ilegal. En relación con el artículo

⁸³ Ley 23.984 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se expide “el Código Procesal Penal”. Boletín Oficial de 29 de septiembre de 1991.

⁸⁴ Artículos 7 de la Convención Americana.

⁸⁵ Artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana.

⁸⁶ Artículo 11 de la Convención Americana.

⁸⁷ Artículo 1.1 de la Convención Americana.

⁸⁸ Artículo 2 de la Convención Americana.

7.3, señaló que cualquier detención no solo debe llevarse a cabo de acuerdo a las disposiciones del derecho interno, sino que es necesario que esta sea proporcional. En el caso concreto, consideró que la regulación que otorga la facultad aplicada en las detenciones por parte de la policía no incluye referencias específicas o razones o parámetros objetivos que potencialmente pudieran justificar la sospecha que derivó en la detención de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, ni se exigió que las autoridades policiales rindieran cuentas por escrito a sus superiores sobre la razón de la detención. Esto derivó en que el señor Fernández Prieto fuera detenido únicamente porque se encontraba en “actitud sospechosa” y el señor Tumbeiro por su “estado de nerviosismo”, su vestimenta, y el hecho de haber indicado que se encontraba en la zona para comprar artefactos electrónicos cuando en dicho lugar no se vendían dichos productos. La falta de elementos objetivos para llevar a cabo la detención -los cuales no fueron mencionados en el acta de detención- interrogatorio y requisas, y el hecho de que la legislación no ofrezca salvaguardas frente a este tipo de actos, no cumplieron con el estándar de legalidad y no arbitrariedad.

59. Los *representantes* alegaron que, de conformidad con la normativa de la época, la policía carecía de facultades para detener al señor Fernández Prieto. Expresaron que, en caso de que se acepte que dichas facultades existían, la normativa era entonces contraria a la Convención Americana dado que tenía un carácter “sumamente indeterminado e imprevisible, y dejaba un amplio margen de discrecionalidad a sus operadores, que se agravaba en contextos de arbitrariedad policial y uso desproporcionado de la fuerza”. Argumentaron que la “actitud sospechosa” invocada por la policía no se ciñe a ninguna de las causales de detención regulada normativamente, ni a las causales de excepción que permiten realizar una detención sin orden judicial (no se encuadra en la noción de delito flagrante, indicios vehementes ni semiplena prueba de culpabilidad). Agregaron que no existe en ese sentido elemento alguno que permita evaluar la existencia y razonabilidad de una “actitud sospechosa”. En relación con la detención del señor Tumbeiro, señalaron que las razones por las que fue detenido no se encontraban contenidas en la normativa vigente. Sin perjuicio de ello, sostuvieron que ninguna de las circunstancias por las cuales fue detenido (el hecho de que la presunta víctima estuviera nerviosa al momento de ser interrogado, la forma en que estaba vestido, o que se encontrara en un barrio de emergencia) es asimilable a los “indicios vehementes de culpabilidad” que señala el Código Procesal Penal.

A.2. Respeto de la protección de la honra y de la dignidad

60. La *Comisión* alegó que el derecho a la vida privada es uno de los derechos que se encuentra en juego tratándose de requisas. La Comisión se refirió al estándar desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que una intervención a este derecho debe cumplir un *test* de proporcionalidad. En el caso, la Comisión consideró que hubo una injerencia desproporcionada por parte de los agentes policiales en contra de la vida privada de las presuntas víctimas. En primer

lugar, en el caso del señor Fernández Prieto, no existía una norma que habilitara la requisa de automóviles o personas en situaciones como las de la presunta víctima, pues el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales permitía la detención por razones que ofrecían gran discrecionalidad en su interpretación. En el caso del señor Tumbeiro, la norma que autorizaba la requisa, es decir el artículo 230 del Código Procesal Penal de la Nación, ofrecía amplia discrecionalidad a la policía y no establecía límites claros en cuanto a su aplicación. Asimismo, la Comisión alegó que el Estado no acreditó que la medida fuera idónea, necesaria y proporcional. Lo anterior, considerando que no hubo indicación de un hecho criminal en ninguno de los casos, por lo que no es posible afirmar que la policía actuó por razones objetivas que implicaran un hecho criminal en ambos casos, y tampoco hay una relación o conexidad entre la requisa y el fin perseguido de buscar la prevención del delito. Tampoco fue una requisa que fuera necesaria y proporcional, teniendo en cuenta la severidad que implicó que, en el caso de una de las víctimas, el señor Tumbeiro, procedieran a desnudarle bajándole los pantalones y la ropa interior. En suma, la Comisión consideró que la actuación de la policía constituyó una injerencia arbitraria a su vida privada en violación al artículo 11 de la Convención.

61. Los *representantes* alegaron que el hecho de que la detención y requisa del señor Fernández Prieto fuera efectuada al amparo de “la dudosa aplicación analógica de una norma” con problemas de “ambigüedad e imprecisión” constituye una violación a sus derechos a la honra y dignidad, así como una “injerencia arbitraria y abusiva a su vida privada”. En cuanto al señor Tumbeiro, los representantes señalaron que fue sometido a dos requisas personales, en la última de las cuales fue obligado a desnudarse en el interior de una patrulla, por lo que fue “especialmente vejatoria de la honra y dignidad del detenido”. Adicionalmente, manifestaron que la invalidez de las requisas exigía que las evidencias halladas fueran “consideradas ilegales”, pero en cambio fueron “valoradas como prueba conducente e imprescindible para condenarlo”. Durante la audiencia pública, los representantes alegaron que las violaciones se produjeron pues las requisas practicadas no tenían en el caso del señor Fernández Prieto base legal, y en el caso del señor Tumbeiro las razones alegadas no se adecuaban a las razones legales que habilitaban la intervención policial, y más allá de eso, en ambos casos las formulaciones legales eran imprecisas, generales, amplias, y de ese modo habilitaban una intervención arbitraria en la vida privada de las personas. En consecuencia, los representantes sostuvieron que el Estado es responsable por la violación de los artículos 11.1, 11.2 y 11.3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro.

B. Consideraciones de la Corte

62. La Corte advierte que el presente caso se relaciona con dos supuestos específicos de restricciones a los derechos por acciones de la policía: la interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba el señor Fernández Prieto

por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y requisa corporal del señor Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina. Estos actos implicaron tanto una restricción a la libertad de movimiento, como una revisión de las pertenencias que llevaban consigo, ya fuera en virtud del registro del automóvil en el caso del señor Fernández Prieto, o por la requisa corporal del señor Tumbeiro. Asimismo, el Tribunal recuerda que ambas retenciones llevadas a cabo por la policía –en su labor de prevención del delito y no como parte de una investigación penal- se transformaron en detenciones en virtud de las pruebas obtenidas durante el registro y la requisa, respectivamente. Por esta razón, ambos supuestos pueden ser analizados a partir de los derechos a la libertad personal y a la protección a la honra y la dignidad, reconocidos en los artículos 7 y 11 de la Convención.

63. En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el Estado reconoció su responsabilidad internacional porque en ambos supuestos las actuaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y la Policía Federal Argentina no cumplieron con el estándar de legalidad, fueron arbitrarias y, además, constituyeron una injerencia en la vida privada de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, por lo que resultan violatorias de los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 11 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Tomando en consideración lo antes referido, y en aras de analizar el alcance de la responsabilidad internacional del Estado, la Corte realizará un análisis jurídico de estas violaciones en el orden siguiente: a) el derecho a la libertad personal en relación con la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro, y b) la protección a la honra y dignidad en relación con el registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto y la requisa corporal del señor Tumbeiro.

B.1. Derecho a la libertad personal

64. La Corte ha sostenido que la libertad y la seguridad personal constituyen garantías para la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario. De esta forma, si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber de aplicar en todo momento procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción⁸⁹. La finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos requiere que el Estado legisle y adopte diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales, en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual,

⁸⁹ *Cfr. Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 86.

cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida⁹⁰.

65. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado⁹¹. Este artículo tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7). Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma⁹².

66. La Corte ha expresado que la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal)⁹³. Esto así, en mérito de que es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado en cuestión, motivo por el que tal remisión no supone que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención⁹⁴, sino precisamente que debe hacerlo conforme a ella y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad⁹⁵.

67. Así, en cuanto al requisito de legalidad de la detención, el Tribunal ha señalado que, al remitir a la Constitución y leyes establecidas “conforme a ellas”, el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y “de antemano” en dicho ordenamiento en cuanto a las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. Si la normativa interna, tanto en el aspecto material

⁹⁰ Cfr. *Servellón García y otros Vs. Honduras*, *supra*, párr. 87.

⁹¹ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 84, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 100.

⁹² Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 54, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 100.

⁹³ Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 110.

⁹⁴ Artículo 62.3 de la Convención.

⁹⁵ Cfr. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 110.

como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2⁹⁶.

B.1.1 Análisis de la legalidad de la detención del señor Fernández Prieto

68. La Constitución de Argentina establece en su artículo 18 que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”⁹⁷. Por su parte, el artículo 4 del Código de Procedimientos, vigente en la época en que el señor Fernández Prieto fue detenido, disponía que “[e]l Jefe de la Policía de la Capital y sus agentes tienen el deber de detener a las personas que sorprendan *in fraganti* delito y a aquellas contra quienes hayan indicios vehementes o semivehementes o semiplena prueba de culpabilidad, debiendo ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente”. El artículo 184.4 de la misma norma establecía que “[...] en los delitos públicos, los funcionarios tendrán las siguientes obligaciones y facultades: Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4⁹⁸”.

69. La Corte recuerda que el automóvil en que el señor Fernández Prieto viajaba fue interceptado y, posteriormente, sujeto a registro en la ciudad de Mar de Plata el 26 de mayo de 1992, debido a que un inspector y dos sargentos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires manifestaron ver el vehículo en que viajaba con “tres sujetos en actitud sospechosa”. Posteriormente, los agentes hicieron descender del vehículo a los pasajeros y realizaron un registro del mismo. En el vehículo los policías encontraron unos paquetes de lo que parecía ser marihuana y un revólver. Posteriormente, el 19 de julio de 1996 el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes.

70. El Tribunal nota que el Código de Procedimientos preveía tres hipótesis para la detención de una persona sin orden judicial, a saber: a) que sea sorprendida *in fraganti* delito, b) que existan indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad, o c) que existiera algún tipo de prueba o semiplena de culpabilidad. Sin embargo, el Tribunal advierte que, en momento alguno durante el procedimiento seguido en contra del señor Fernández Prieto, los agentes policiales manifestaron –ni justificaron– que la interceptación del automóvil tenía como base alguna de las tres hipótesis previstas por el artículo 4 de dicho código, o en cualquier otra norma, para realizar una detención sin orden judicial. Los agentes de la policía se limitaron a señalar que los sujetos que estaban en el vehículo tenían una “actitud sospechosa”. Resulta claro que la presunta “actitud sospechosa” no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible “indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad”, como exigía la citada norma.

⁹⁶ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 57, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, *supra*, párr. 111.

⁹⁷ Constitución de la Nación Argentina, *supra*, artículo 18.

⁹⁸ Ley 2372 de 4 de octubre de 1888, por la cual se expide el “Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y Tribunales Ordinarios de la Capital y de los Territorios Nacionales”. Artículos 4 y 184.4.

71. El Tribunal considera que esta omisión de justificar la detención del señor Fernández Prieto en alguna de causales legales es claramente un incumplimiento del requisito de legalidad, pues los policías realizaron un acto que constituyó una restricción a la libertad personal del señor Fernández Prieto –en tanto obligaron a detener el vehículo en el que viajaba, posteriormente lo obligaron a descender de él, procedieron a realizar un registro y, finalmente, lo privaron de su libertad- actuando más allá de las facultades habilitantes que establecía el Código de Procedimientos para realizar dichos actos sin orden judicial. Asimismo, la Corte advierte que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad de la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, el registro del mismo y su posterior detención tampoco se pronunciaron sobre cómo esta se encuadraba en alguna las hipótesis previstas por el Código de Procedimientos en Materia Penal, sino que la validaron considerando que los policías actuaron en cumplimiento de su tarea de prevención del delito y por las pruebas obtenidas en virtud de dicha actuación.

72. Al respecto, la Corte recuerda que el 19 de julio de 1996 el Juez Federal dictó una sentencia condenatoria contra el señor Fernández Prieto por el delito de transporte de estupefacientes, contemplado en el artículo 5, inciso c, de la Ley 23.737. El Juez Federal encontró debidamente probado que en las circunstancias de modo, tiempo y lugar el acusado estaba transportando una cantidad cierta de marihuana. En lo que respecta a los argumentos que la defensa planteó sobre la ilegalidad de la detención y la invalidez de las pruebas obtenidas, el Juez Federal expresó que “los funcionarios judiciales actuaron dentro de las atribuciones que les otorga la ley de forma, pues como bien anotan en el acta atacada, el vehículo en el que viajaban Fernández Prieto entre otros se conducía en actitud sospechosa y ello fue lo que los motivó a interceptarlos; cumpliendo luego con el rito correspondiente y obteniendo el resultado conocido. No se está desde luego justificando el antes con el producido de la inspección, sino que a modo de relato se apunta la consecuencia”. Asimismo, sostuvo que “[s]e me deberá decir si ante una situación como la planteada los custodios del orden no estaban en la real facultad de proceder como lo hicieron so riesgo no solo de cumplir con una tarea primaria que les es asignada, sino de evitar males de los cuales la sociedad y el derecho tienen derecho a cobijarse [...]”⁹⁹.

73. La Corte Suprema, como órgano de cierre del debate judicial, también se pronunció sobre la validez de la interceptación del auto en que viajaba el señor Fernández Prieto al considerar “que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito”, manifestando que “a los efectos de determinar si resulta legítima la medida cautelar que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito, ha de examinarse aquel concepto a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la detención”¹⁰⁰. En

⁹⁹ Sentencia condenatoria del Juzgado Federal de Mar de Plata de 19 de julio de 1996 (expediente de prueba, folios del 169 al 196).

¹⁰⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

particular, respecto de la validez de la legitimidad de la interceptación y registro, manifestó lo siguiente:

15) Que las pautas señaladas en los considerandos anteriores resultan aplicables al caso, porque el examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto resulta decisivo para considerar legítima la requisita del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en “actitud sospechosa” de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez.¹⁰¹

74. El Tribunal advierte que las diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial. La Corte considera que, con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del señor Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente.

75. En ese sentido, la interceptación del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, la cual derivó en su posterior registro y su detención y procesamiento penal, constituyó una violación a los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. En virtud de lo anterior, la Corte no considera necesario analizar si los actos del Estado constituyeron violaciones a los artículos 7.3 y 7.5 de la Convención. Ello, sin perjuicio de que el Estado admitió su responsabilidad por la violación de dichos preceptos convencionales.

¹⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 12 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folios del 249 al 262).

B.1.2. Análisis de la ilegalidad y arbitrariedad de la detención del señor Tumbeiro

76. La Corte recuerda que la Constitución argentina dispone que nadie puede ser “arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”¹⁰². Por su lado, el Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992, y por lo tanto vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro en 1998, establece en su artículo 284 que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial”, a: a) quien “intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo”; b) quien se “fugare, estando legalmente detenido”; c) de manera excepcional, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”, y d) quien “sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...]”¹⁰³.

77. Asimismo, la Ley 23.950, que modificó la Ley Orgánica Para la Policía Federal de 1958, dispone que, fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, no se podrá detener a las personas sin orden de juez competente, salvo si:

“[...] existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones”¹⁰⁴.

78. La Corte recuerda que, en su declaración de 15 de enero de 1998, uno de los agentes intervinientes en la detención del señor Tumbeiro narró las circunstancias que llevaron a la misma expresando que ese día, cuando se encontraba recorriendo el “radio jurisdiccional”, pudo “observar a una persona del sexo masculino el cual se hallaba vestido con zapatos negros, pantalón jean azul y camisa a cuadros, el que al

¹⁰² Constitución de la Nación Argentina, *supra*, artículo 18.

¹⁰³ Ley 23.984 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se expide “el Código Procesal Penal”. Boletín Oficial de 29 de septiembre de 1991. Artículo 284.

¹⁰⁴ Ley 23.950 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se sustituye “el inciso 1º del artículo 5º del Decreto ley 333/58, ratificado por Ley No. 14.467”. Boletín Oficial de 11 de septiembre de 1991.

observar la presencia policial se mostró sumamente nervioso y dubitativo a la vez que intentaba eludir el paso del móvil policial. Atento a ello, se procedió a detener su marcha y con el objeto de verificar si registraba algún impedimento legal, se invitó al mismo a ascender al móvil hasta tanto se determine mediante sistema dígito radial su identidad". El agente expresó que, "debido a que continuaba sumamente nervioso, se solicitó la cooperación de los testigos [...] junto a los cuales se procedió a examinar los efectos personales de dicha persona"¹⁰⁵. Esta declaración, concatenada a la relación fáctica que figura en las sentencias del proceso penal¹⁰⁶, permite a la Corte advertir que el señor Tumbeiro fue detenido para que se identificara en virtud de tres hechos: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir percibido por los agentes como propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material "totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños"¹⁰⁷.

79. La Corte nota que, de conformidad con la Ley 23.950, la retención temporal con fines de identificación debe estar debidamente fundada en circunstancias que "hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional". En ese sentido, en el caso concreto, el Tribunal considera que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitan a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer un hecho delictivo o contravencional. Por el contrario, las razones que motivaron la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar.

80. Este escenario concuerda con lo señalado por la perita Sofía Tiscornia sobre la calificación no objetiva de la actitud o apariencia de una persona como sospechosa con fundamento en ideas preconcebidas por los agentes policiales sobre la presunta peligrosidad de ciertos grupos sociales y los elementos que determinan la pertenencia a estos¹⁰⁸. La Corte recuerda que los estereotipos consisten en preconcepciones

¹⁰⁵ Declaración suscrita el 15 de enero de 1998 por el Subinspector GIG I (expediente de prueba, folios 1486 y 1487).

¹⁰⁶ El Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal sostuvo lo siguiente: "[...] [E]l día 15 de enero de 1998 [...], el suboficial [...] interceptó con fines de identificación a quien luego resultó ser [el señor Tumbeiro], en las inmediaciones de la calle Corea [...]. Es así que se lo invitó a subir al móvil hasta tanto comprobar su identidad, notando que el nombrado se encontraba sumamente nervioso. Que mientras esperaban la respuesta, observaron que en medio de un diario Clarín que el encausado portaba consigo había una bolsa de nylon transparente, conteniendo una sustancia [...] blanca similar al clorhidrato de cocaína. Ante ello, se solicitó la presencia de testigos en presencia de los cuales, se procedió a la lectura de sus derechos en voz alta [...]". Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal de 26 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios del 1537 al 1576).

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).

¹⁰⁸ La perita señaló lo siguiente: "Esto que la policía llama el olfato policial [...] pero sin duda que la policía detiene fundamentalmente por formas de vestir, por actitudes corporales, todos sabemos que los distintos grupos sociales manifestamos actitudes corporales diferentes, entonces un joven de un barrio popular que

de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado¹⁰⁹. El empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias.

81. Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. En concordancia con lo anterior, el perito Juan Pablo Gomara enfatizó lo siguiente:

Atribuir a una persona la sospecha de un comportamiento ilegal por la sola circunstancia de ser joven y usar determinada ropa, ser pobre, estar en situación de calle, ser mujer trans, etc. importa claramente un trato discriminatorio, prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los cuerpos de seguridad ejercen en gran medida la facultad de identificación y registro a través del uso de *perfiles discriminatorios*¹¹⁰.

82. El uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, la Corte ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias¹¹¹. En este caso, el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, su

está caminando por una zona residencial, seguramente, tiene un cien por ciento de posibilidades de ser detenido, y lo es exclusivamente por estereotipo, es más, en nuestros estudios ha aparecido veces de que chicos de clase media usan vestimenta de gente pobre y son detenidos, cuando descubren su identidad son dejados en libertad. O sea, hay una muy fuerte carga de detención por clase social, y por estereotipos. La policía responde sin duda a ésta forma de funcionamiento". Declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

¹⁰⁹ Cfr. *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 223.

¹¹⁰ Declaración pericial rendida el 4 de marzo de 2020 por Juan Pablo Gomara ante fedatario público (expediente de fondo, folios del 413 al 482).

¹¹¹ Cfr. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 368, y *Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú, supra*, párr. 129.

manera de vestir¹¹² y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona “de gente humilde”¹¹³ por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una concepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención.

83. Asimismo, la Corte advierte que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad de la detención del señor Tumbeiro la validaron considerando que los policías actuaron de manera prudente y razonable y en cumplimiento de su deber de prevención del delito. Al respecto, la Corte estima que una actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales. En ese sentido, la Corte recuerda que ante la solicitud de nulidad planteada por la defensa con base en la ilegalidad de la detención y requisas personales del señor Tumbeiro, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 señaló que “la detallada y convergente versión de los hechos que dan preventores y testigos no puede dejar de ser tenida en cuenta para fundar la intervención policial que dio lugar al descubrimiento de un caso de flagrancia delictiva consistente en la tenencia de cocaína por parte de Tumbeiro”¹¹⁴.

84. El Tribunal Oral concluyó que “la intervención policial fue motivada y encuentra sustento en la secuencia fáctica que determinó la misma”, y que “el acto de inspección [...] se ha efectuado dentro del marco de una actuación prudente de la policía en el ejercicio de sus funciones específicas, mediando las circunstancias objetivas [...] que justifican el procedimiento”¹¹⁵. La Corte constata que el Tribunal Criminal no se refirió a cuáles fueron las circunstancias objetivas que justificaron la detención con fines de identificación, ni abordó por qué las mismas se circunscribían a un cuadro de flagrancia, o cómo el presunto estado de nerviosismo del señor Tumbeiro apuntaba objetivamente a que se encontraba cometiendo un delito.

85. La Corte recuerda que el señor Tumbeiro interpuso un recurso de casación contra la sentencia de 26 de agosto de 1998, en el marco del cual solicitó la nulidad del procedimiento policial por entender que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la detención y requisas sin orden judicial¹¹⁶. El Tribunal observa que, si bien la Cámara de Casación Penal realizó un adecuado control de convencionalidad, absolviendo al señor Tumbeiro porque “no mediaron circunstancias

¹¹² Cfr. Declaración suscrita el 15 de enero de 1998 por el Subinspector G I (expediente de prueba, folios 1486 y 1487).

¹¹³ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal de 26 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios del 1537 al 1576).

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal de 26 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios del 1537 al 1576).

¹¹⁶ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

debidamente fundadas que hicieren presumir que alguien hubiere cometido algún hecho delictivo¹¹⁷, con motivo de un recurso extraordinario incoado por el Fiscal General, la Corte Suprema de Justicia revocó en última instancia el fallo absolutorio y confirmó la condena de primer grado, mediante sentencia de 3 de octubre de 2002. En su sentencia, la Corte Suprema ponderó lo siguiente:

[...] Que en estas condiciones resultan inadmisibles las conclusiones a que arriba el *a quo*, puesto, que no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento del que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal. Es más, el pronunciamiento impugnado no sólo ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas, sino que, además, omite valorar juntamente con el nerviosismo que mostraba el imputado, las demás circunstancias por las cuales el personal policial decidió identificarlo [...]118.

86. La Corte considera que ninguna de las circunstancias indicadas por los agentes de la Policía Federal Argentina que motivaron la detención con fines de identificación, y posteriormente analizadas por los tribunales en las diversas etapas del proceso, se podían asimilar con la flagrancia o los “indicios vehementes o semivehementes de culpabilidad” que se señalan en el Código Procesal Penal, ni a las “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditarse fehacientemente su identidad” a las que se refiere la Ley 23.950 para detener a una persona con fines de identificación. Por el contrario, el Tribunal considera que se trató de una detención basada en prejuicios por parte de la policía y, posteriormente, convalidada por los tribunales internos en virtud de los fines que perseguía y las pruebas obtenidas. En este punto, el Tribunal advierte lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en el sentido de que:

[L]os motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones” y que “el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear por las inmediateces’, ‘alejarse del sitio en forma

¹¹⁷ Recurso extraordinario de apelación de 30 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios del 263 al 284).

¹¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 3 de octubre de 2002 (expediente de prueba, folios del 304 al 311).

presurosa' o 'quedarse parado en una esquina', sólo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas¹¹⁹.

87. Lo anterior permite concluir que la detención del señor Tumbeiro no cumplió con el requisito de legalidad y, por lo tanto, constituyó una violación de los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. De igual modo, el hecho de que la detención no obedeciera a criterios objetivos, sino a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del señor Tumbeiro y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba, hacen de la intervención policial una actuación discriminatoria y, por ende, arbitraria que resulta violatoria de los artículos 7.3 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

B.1.3. Insuficiencia normativa y existencia de una práctica inconventional en ambos casos

88. El Tribunal recuerda que la Comisión Interamericana expresó en su Informe de Fondo que la regulación que otorga la facultad aplicada en el caso “es significativamente vaga y no incluye referencias específicas a razones o parámetros objetiv[o]s que potencialmente pudieran justificar la sospecha. Por otra parte, en dicha legislación no se incluye exigencia alguna a fin de que las autoridades policial[es] rindan cuentas, por escrito y ante sus superiores, sobre el detalle de las razones que dio lugar a la detención y requisa. Además, del contexto descrito en la sección de hechos probados, se desprende que lo sucedido en el presente caso no constituyen hechos aislados sino que esta normativa y su aplicación en la práctica, han resultado en actuaciones abusivas por parte de la policía”¹²⁰. Esta conclusión fue aceptada por el Estado mediante su acto de reconocimiento de responsabilidad.

89. En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el artículo 7.2 de la Convención exige no solo la existencia de regulaciones que establezcan las “causas” y “condiciones” que autoricen la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente clara y detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad tal como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia. Al respecto, este Tribunal ha señalado que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en que se expresan el reproche social y las consecuencias de este”¹²¹.

¹¹⁹ Declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

¹²⁰ Informe de Fondo (expediente de fondo, folio 22).

¹²¹ *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile supra*, párr. 106, y *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 219.

90. De esta forma, el Tribunal considera que es necesario que las regulaciones que determinen las facultades de los funcionarios policiales relacionadas con la prevención e investigación de delitos, incluyan referencias específicas y claras a parámetros que eviten que una interceptación de un automóvil o una detención con fines de identificación se realice arbitrariamente. Por lo que en aquellas disposiciones en que exista una condición habilitante que permita una detención sin orden judicial o en flagrancia, además de que esta cumpla con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, debe contemplar la existencia de elementos objetivos, de forma que no sea la mera intuición policíaca ni criterios subjetivos, que no pueden ser verificados, los que motiven una detención. Esto significa que la legislación habilitante para este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones reales, suficientes y concretas que, de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional. Este tipo de regulaciones deben, además, ser acorde al principio de igualdad y no discriminación, de forma tal que evite la hostilidad en contra de grupos sociales en virtud de categorías prohibidas por la propia Convención Americana.

91. En este punto, el Tribunal advierte lo señalado por el perito Juan Pablo Gomara en el sentido de que, ante la necesidad de establecer un estándar probatorio como presupuesto para la actuación policial en breves detenciones y en registros temporales, en aras de preservar el principio de legalidad y evitar el abuso y la arbitrariedad policial, es conveniente adoptar un estándar probatorio objetivo¹²².

92. Lo anterior encuentra respaldo en la manera en que distintas jurisdicciones han tratado los requisitos que deben cumplir las detenciones que ocurren sin orden judicial o caso de flagrancia, las cuales deben ser excepcionales. De esta forma, la Corte Constitucional de Colombia, al referirse a la detención por autoridad policial, ha señalado que debe basarse en razones objetivas y motivos fundados, es decir en “situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención”. Dicha Corte señaló que, por lo tanto, “[e]l motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora o participe de ella”. Por otro lado, señaló que la detención debe ser necesaria, por lo que debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial. Asimismo, señaló que este tipo de detención tiene como único objetivo verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o identidad de la persona, por lo que tiene una estricta limitación temporal y debe ser proporcionada¹²³.

¹²² Cfr. Declaración pericial rendida el 4 de marzo de 2020 por Juan Pablo Gomara ante fedatario público (expediente de fondo, folios del 413 al 482).

¹²³ Cfr. Sentencia No. C/303/19 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia de 10 de julio de 2019.

93. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que para acreditar la existencia de una sospecha razonable que justifique la práctica de un control preventivo provisional, la autoridad debe precisar cuál era la información (hechos y circunstancias) con la que contaba para suponer que una persona estaba cometiendo una conducta ilícita. Asimismo, ha sostenido que dicha información tendrá que cumplir con criterios de razonabilidad y objetividad; es decir, deberá ser suficiente bajo la perspectiva de que cualquier persona desde un punto de vista objetivo hubiere llegado a la misma determinación que la autoridad, si hubiere contado con tal información. De este modo, la autoridad de policía debe explicar detalladamente en cada caso concreto cuáles fueron las circunstancias de modo, tiempo y lugar que razonablemente le llevaron a estimar que la persona actuó “sospechosa” o “evasivamente” (esto es, que el sujeto probablemente estaba cometiendo un delito o estaba por cometerlo, o bien, cómo es que intentó darse a la fuga)¹²⁴.

94. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana confirmó la sentencia absolutoria de un imputado por no haberse otorgado credibilidad al acta de registro ante la ausencia de una sospecha fundada para la detención, toda vez que “lo único que indica dicho instrumento es que al notar la presencia del agente [...] el imputado intentó emprender la huida, y este motivo no es cónsono con la ley en cuanto la sospecha fundada que se requiere para la detención de una persona, situación que convierte el acta en un medio de prueba ilegal”; y en ese sentido que “al testimonio del agente actuante no se le puede otorgar credibilidad, porque viene a refrendar un registro ilegal, al no haberse podido extraer una sospecha razonablemente fundada mediante la cual se justificara la detención del ciudadano”. Al respecto, la referida corte señaló que para determinar si en el caso concreto existen motivos fundados suficientes o razonables para proceder al registro de una persona, dicha evaluación debe ser susceptible de “ser realizada por cualquier persona razonable ubicada en las mismas circunstancias” y debe estar libre de prejuicios o estereotipos “para evitar la arbitrariedad [a] la requisita de un ciudadano”¹²⁵.

95. Por otro lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ponderó, respecto a los retenes policiales, que no es posible que “se realicen de una forma indiscriminada y mucho menos que se coaccione u obligue a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que exista noticia *criminis* o indicios comprobados de la comisión de un delito”. La Sala juzgó que para “proceder a la revisión del interior de un vehículo en este tipo de controles policiales, se requiere necesariamente del consentimiento libre y expreso del conductor, lo que implica que no puede ser coaccionado de forma alguna”. Respecto a los requisitos que esta debe cumplir, dicha Sala señaló que la policía debe actuar conforme a protocolos específicos, donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse controles. En ese sentido, manifestó que la vigilancia

¹²⁴ Cfr. Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de 22 de marzo de 2018, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014.

¹²⁵ Sentencia No. 416 de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana de 11 de noviembre de 2015.

en carretera no constituye una actuación ilegítima o arbitraria en sí misma, pero debe estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad, lo que implica que se ejecute tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular. Concluyó que “el hecho de detener, registrar u ordenar que una persona se baje del vehículo y proceder a registrarlo sin justificación alguna, como ocurrió en el caso bajo estudio, excede claramente las potestades policiales otorgadas por la Constitución Política”¹²⁶.

96. Este Tribunal considera que la verificación de elementos objetivos antes de realizar una interceptación de un vehículo o una detención con fines de identificación se vuelve particularmente relevante en contextos como el argentino, donde la policía ha normalizado prácticas de detenciones por sospecha de criminalidad, justificando dicha actuación en la prevención del delito, y donde adicionalmente los tribunales internos han convalidado este tipo de prácticas¹²⁷. En ese sentido, la Corte reitera lo mencionado por la perita Sofía Tiscornia en audiencia pública respecto a la “práctica” por parte de las fuerzas de seguridad argentinas de “detener para hacer estadística” a fin de “responder ostensiblemente a demandas de seguridad de grupos acotados de vecinos”, que en el peor de los escenarios comporta “fragar delitos o inculpar personas inocentes y desprotegidas” y cuya persistencia se facilita por un “escaso, cuando no nulo, control judicial de las detenciones policiales”. Lo anterior, argumentó la perita, “ha resultado en la legitimación de controles poblacionales abusivos, hostigamientos a jóvenes y trabajadores pobres, detenciones sin registros, allanamientos y requisas sin controles” contra “un número relevante de personas”¹²⁸.

97. El Tribunal recuerda que la interceptación del automóvil del señor Fernández Prieto y la detención con fines de identificación del señor Tumbeiro incumplieron con el requisito de legalidad al haber sido realizadas incumpliendo con los supuestos habilitantes por la ley para realizar dichos actos y fueron en cambio avaladas en función del deber de prevención del delito y de las pruebas obtenidas (*supra* párrs. 68 a 87). Sin embargo, la Corte considera que, aun en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción de detención sin orden judicial en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de “sospecha” de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. De esta forma, el Tribunal observa que el artículo 4 del Código de Procedimientos, el artículo 284 del Código Procesal Penal de la Nación, y el artículo 1 de la Ley 23.950, son normas significativamente ambiguas en lo que respecta a los parámetros que permiten detener

¹²⁶ Resolución 14821-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 3 de septiembre de 2010.

¹²⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 12 de diciembre de 2002, “Monzón, Rubén Manuel” (expediente de prueba, folios del 917 al 926); sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 6 de febrero de 2003, “Szmilowsky, Tomás Alejandro” (expediente de prueba, folios del 928 al 934), y sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina de 3 de mayo de 2007, “Peralta Cano, Mauricio Esteban” (expediente de prueba, folios del 936 al 942).

¹²⁸ Declaración rendida por Sofía Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

a una persona sin orden judicial ni estado de flagrancia. En definitiva, la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisita con independencia de los resultados obtenidos por la misma, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual además fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales como la prevención del delito o *ex post* por las pruebas obtenidas.

98. En este sentido, tal como fue aceptado por el Estado en su reconocimiento de responsabilidad internacional, la actuación de las autoridades en el caso fue parte de un contexto generalizado de intervenciones arbitrarias por parte de las autoridades policiales en Argentina, que resulta incompatible con la Convención Americana. La manera amplia en que están redactados los supuestos para realizar una la interceptación de un automóvil o la detención con fines de identificación sin orden judicial, y la práctica por parte de las autoridades del Estado al aplicar dichas normas –tanto por la policía como por los jueces–, representó, entre otros, un problema de diseño normativo, pues no evitó la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad contra los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, y por el contrario las pudo incentivar. Con relación a lo anterior, la Corte nota lo expresado por la perita Sofia Tiscornia en el sentido que:

[...] las policías estaban y están habilitadas para detener personas [sin orden judicial ni situación de flagrancia], según las leyes orgánicas y diversos protocolos administrativos, a través de las figuras de detención por averiguación de identidad y en procedimientos tales como racias, requisas y retenes. Asimismo, estándares imprecisos se repiten en los códigos procesales habilitando judicialmente estas prácticas de intervención policial. Así, si bien tales prácticas están normadas, lo están en forma imprecisa, y la mayor parte de la población desconoce los límites y condiciones de éstas, a ellos se suma que un pasado de autoritarismo militar y policial, ha naturalizado el poder del policía en particular sobre los grupos más pobres o para el control de la incidencia política y el activismo social¹²⁹.

99. La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de

¹²⁹ Declaración rendida por Sofia Tiscornia ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 11 de marzo de 2020.

cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹³⁰. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad¹³¹, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos¹³².

100. Respecto al control de convencionalidad, el Tribunal ha señalado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹³³. Por tanto, en la creación e interpretación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial o en flagrancia, las autoridades internas, incluidos los tribunales, están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a la necesidad de que las mismas se realicen en cumplimiento con los estándares en materia de libertad personal, los cuales han sido reiterados en el presente capítulo.

101. En consecuencia, este Tribunal concluye que tanto el Código de Procedimientos, con fundamento en el cual fue interceptado el vehículo en el que se transportaba el señor Fernández Prieto, como el Código Procesal Penal de la Nación y la Ley 23.950, con sustento en los cuales el señor Tumbeiro fue detenido con fines de identificación, adolecían de deficiencias normativas en la regulación de los supuestos que supuestamente autorizaban dicha actuación policial. Pese a ello, las sentencias judiciales emitidas en ambos casos justificaron la actuación policial con base en dicha normativa. Lo anterior constituyó una violación a los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

¹³⁰ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 111.

¹³¹ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia, supra*, párr. 111.

¹³² Cfr. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia, supra*, párr. 103.

¹³³ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra*, párr. 124, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia, supra*, párr. 107.

B.2. Protección de la honra y de la dignidad

102. La Corte ha precisado, respecto al artículo 11 de la Convención Americana, que, si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada¹³⁴. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad personal y familiar protegido por dicho precepto se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública¹³⁵. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades.

103. En el caso del señor Fernández Prieto, la Corte recuerda que el vehículo en el que se transportaba fue interceptado el 26 de mayo de 1992 por agentes de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quienes efectuaron un registro del mismo con base a la presunta “actitud sospechosa” de sus ocupantes. La Corte recuerda que el Código de Procedimientos, vigente al momento de tales hechos, no contemplaba ninguna disposición específica que facultara a los agentes policiales a registrar un automóvil sin una orden judicial previa. En tanto las restricciones al derecho a la vida privada deben, como primer requisito para no ser catalogadas como abusivas o arbitrarias, estar “previstas en la ley”¹³⁶ y, en este caso, la inspección sin orden judicial de un vehículo detenido en un control policial no estaba contemplada expresamente en la normativa procesal vigente, la Corte estima que el registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto constituyó una injerencia ilegal en su vida privada y un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

104. En lo que respecta al señor Tumbeiro, el Tribunal considera que un registro corporal puede tener una incidencia y constituir una afectación a la protección de la honra y la dignidad. Por esta razón, los registros corporales que realicen las autoridades a personas detenidas deben realizarse en debida consideración a los límites impuestos por la Convención Americana. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso similar al presente, ha tratado el ámbito de protección del derecho a la vida privada respecto de los registros de personas en el espacio público. En palabras de dicho Tribunal:

¹³⁴ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, supra, párr. 193, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, supra, párr. 141.

¹³⁵ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194, e *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 86.

¹³⁶ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56.

Con independencia de que en cualquier caso la correspondencia, los diarios u otros documentos privados personales, se hallen o se lean, o se encuentren otros objetos íntimos durante el registro, el Tribunal considera que el uso de los poderes coercitivos conferidos por la legislación, para exigir a una persona a someterse a un registro detallado, de su persona, su ropa y sus objetos personales, equivale a una clara injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Aunque el registro se lleve a cabo en un lugar público, esto no significa que el artículo 8 no sea de aplicación. De hecho, el Tribunal opina que el carácter público del registro, puede en ciertos casos, agravar la gravedad de la lesión, debido a los factores de humillación y vergüenza. Los objetos tales como bolsos, carteras, cuadernos y diarios, pueden incluir además, información personal con la que el propietario pueda sentirse incómodo por haberse expuesto a la vista de sus compañeros o del público en general¹³⁷.

105. Esta Corte también ha señalado en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática¹³⁸. En este caso, el señor Tumbeiro fue interceptado el 15 de enero de 1998 por agentes de la Policía Federal Argentina mientras caminaba por una zona de la ciudad de Buenos Aires, debido a que su actitud “resultaba sospechosa” y su vestimenta era supuestamente inusual para el área. Pese a que fue detenido con “fines de identificación” y, justamente por eso, el señor Tumbeiro mostró a los agentes su documento de identidad y estos pudieron comprobar la autenticidad y regularidad del mismo, verificando incluso que no tenía antecedentes penales¹³⁹. Los agentes procedieron a requisarlo, para lo que lo hicieron entrar a la patrulla y lo obligaron a bajarse la ropa interior.

106. Al respecto, la Corte observa, en primer lugar, que de conformidad con el Código Procesal Penal de la Nación, vigente al momento de la referida intervención, las requisas corporales solo podían ser efectuadas previa orden judicial motivada “siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito”¹⁴⁰. En este caso, no hubo una orden judicial previa y las razones argüidas por los agentes para justificar primero la detención con fines de identificación y posteriormente la requisa, es decir la forma de vestir del señor

¹³⁷ TEDH. *Caso Guillan y Quinton Vs. Reino Unido*, (No. 4158/05), Sentencia de 28 de junio de 2010, párr. 63.

¹³⁸ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra*, párr. 56 y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 74.

¹³⁹ Cfr. Constancia sobre impedimento legal de 15 de enero de 1998 (expediente de prueba, folio 1489).

¹⁴⁰ Ley 23.984 de 4 de septiembre de 1991, por la cual se expide “el Código Procesal Penal”. Boletín Oficial de 29 de septiembre de 1991. Artículo 230.

Tumbeiro, su alegada actitud sospechosa y su presunto nerviosismo, a todas luces no constituyeron “motivos suficientes” en los términos del artículo 230 de la citada norma que permitieran presumir que ocultaba objetos vinculados a la comisión de un delito y, por lo tanto, que permitiera la realización de una requisa corporal.

107. Si bien el artículo 184, inciso 5, del mismo código establecía una excepción a la perentoriedad de procurar una orden judicial en casos de urgencia, la Corte advierte, por un lado, que la propia normativa no contemplaba una definición de urgencia, por lo que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a los agentes policiales para realizar este tipo de intervenciones sin un control judicial previo, lo que evidentemente podía dar lugar a injerencias arbitrarias, y por otro, que en el caso del señor Tumbeiro no se acreditó que hubiera mediado ningún supuesto de urgencia pues: a) se identificó debidamente ante los agentes policiales, facilitándoles su documento de identidad, y b) estos pudieron comprobar dicha información vía radial y verificaron que “no pose[ía] impedimento legal alguno hasta el momento”¹⁴¹. La Corte observa que, a pesar de haber podido comprobar la identidad del señor Tumbeiro, los agentes policiales procedieron con la requisa corporal con base en conjeturas o apreciaciones meramente subjetivas que, ante la ausencia de elementos objetivos, resultaban insuficientes para presumir el ocultamiento de objetos relacionados con la comisión o participación en un delito.

108. Así las cosas, la Corte advierte que la requisa personal del señor Tumbeiro constituyó una injerencia ilegal a su vida privada que además resultó arbitraria y desproporcionada en la medida que: a) la norma invocada para su justificación resultaba imprecisa y contraria al principio de tipicidad porque no definía los supuestos de urgencia para proceder a una requisa sin orden judicial; b) incluso si se omitiera dicha indefinición normativa, los agentes policiales nunca acreditaron una situación de urgencia, máxime porque la finalidad inicial de la detención era la comprobación de su identidad, cuya información fue facilitada por el propio señor Tumbeiro y comprobada vía radial por los agentes policiales; c) la “sospecha” basada en el estado emocional o la idoneidad o no de la reacción o forma de vestir del señor Tumbeiro constituye una apreciación subjetiva que, ante la ausencia de elementos objetivos, de ningún modo demuestra la necesidad de la medida; d) aun si se admitiera que lo anterior constituye un motivo suficiente o “urgente” para proceder con la requisa, el hecho de que la misma excediera el palpamiento superficial sobre la ropa del señor Tumbeiro y este fuera obligado a desnudarse resulta desproporcionado, pues supuso una grave afectación de la intimidad del señor Tumbeiro sin que la medida persiguiera satisfacción de bienes jurídicos relevantes. En consecuencia, la Corte advierte que la requisa corporal del señor Tumbeiro resultó violatoria del artículo 11 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

109. En tal sentido, la Corte recuerda que las requisas corporales solo pueden ser efectuadas previa orden judicial debidamente motivada. Sin perjuicio de ello, si

¹⁴¹ Constancia sobre impedimento legal de 15 de enero de 1998 (expediente de prueba, folio 1489).

bien pueden existir situaciones excepcionales en las que la prevención del delito como un fin legítimo cuya consecución es atribuida a los cuerpos de seguridad estatales, y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, pueda justificar la práctica de una requisa, la Corte estima que esta en ningún caso puede resultar desproporcionada y tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad.

110. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado es responsable por la violación del artículo 11 en perjuicio del señor Fernández Prieto, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, toda vez que la policía procedió a realizar una requisa del vehículo en que viajaba aun cuando no estaba legalmente facultada para ello, así como por la violación de dicho artículo en perjuicio del señor Tumbeiro, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues los agentes policiales no acreditaron con base en criterios objetivos la necesidad de realizar la requisa corporal y la misma resultó desproporcionada, además de que la normativa aplicable no precisaba cuáles eran los casos cuya urgencia justificara la práctica de dicha medida sin orden judicial.

VIII REPARACIONES

111. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹⁴².

112. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron¹⁴³. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 24, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 55.

¹⁴³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 24, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

¹⁴⁴ Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 56.

113. Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho¹⁴⁵.

114. Tomando en cuenta las violaciones a la Convención Americana declaradas en el capítulo anterior, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia del Tribunal en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar¹⁴⁶, la Corte analizará las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como los argumentos del Estado al respecto, con el objeto de disponer a continuación las medidas tendientes a reparar dichas violaciones.

A. Parte Lesionada

115. Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, quienes en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en capítulo VII serán considerados beneficiarios de las reparaciones que la Corte ordene. El Tribunal recuerda que, como se indicó anteriormente (*supra* párrs. 45 y 52), los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, fallecieron previo a la adopción de la presente Sentencia.

B. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

B.1. Medida de satisfacción

B.1.1. Publicación de la Sentencia

116. Los *representantes* solicitaron que el Estado publique: i) la Sentencia íntegra en la página oficial del Poder Judicial de la Nación, en la página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la página del Ministerio de Seguridad de la Nación por el plazo mínimo de un año, y ii) el resumen oficial de la Sentencia en tres diarios de gran circulación del país. La *Comisión* y el *Estado* no se pronunciaron respecto a dicha solicitud.

117. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos¹⁴⁷, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la

¹⁴⁵ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 57.

¹⁴⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra*, párrs. 25 a 27, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 58.

¹⁴⁷ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 79, y *Caso Valle Ambrosio y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 63.

presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, esté disponible por un período de un año, en el sitio web oficial del Poder Judicial de la Nación. El Estado deberá informar de forma inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto resolutivo 12 de la presente Sentencia.

B.2. Garantías de no repetición

B.2.1. Adecuación normativa en materia de detenciones y requisas

118. La *Comisión* solicitó que el Estado asegure que la legislación que regula la facultad de detener y requisar personas en la vía pública sobre la base de una sospecha de la comisión de un delito, se base en razones objetivas e incluya exigencias de justificación de dichas razones en cada caso. Asimismo, tomó nota de la manifestación del Estado respecto de la promulgación de un Nuevo Código Procesal Penal Federal que “reemplazará paulatinamente al Código Procesal Penal de la Nación”. Al respecto, la Comisión manifestó que a la fecha se encuentra vigente el Código Procesal Penal de la Nación, así como la ley 23.950, las cuales fueron aplicadas en el caso, por lo que solicitó a la Corte que ordene al Estado la adopción de reformas legislativas ajustadas a los estándares de la Corte en el caso.

119. Los *representantes* manifestaron que la legislación vigente al día de hoy sobre detenciones y requisas sin orden judicial es esencialmente equivalente a la que existía al momento de los hechos, ya que las modificaciones que ha experimentado la legislación no satisface estándares internacionales de derechos humanos al mantener criterios laxos y subjetivos, proclives a maximizar la discrecionalidad y arbitrariedad de las fuerzas de seguridad. En tal sentido, solicitaron que la Corte ordene al Estado adecuar la normativa actual, en particular, derogar la Ley No. 23.950, modificar los artículos 184 inciso 5, 230, 230 *bis* y 284 del Código Procesal Penal de la Nación, y considerar que la futura legislación en esta materia deberá indicar las circunstancias objetivas que justifican una detención y/o requisas, que las mismas sean de carácter previo al procedimiento y de interpretación restrictiva, debiendo además ocurrir en una situación de urgencia que impida la solicitud de una orden judicial y colocando una carga sobre las fuerzas de seguridad de dejar constancia escrita exhaustiva en las actas de procedimiento sobre los motivos y circunstancias que dieron origen a la detención y/o requisas. Asimismo, solicitaron que, para dar efectividad a los cambios legislativos, se ordene al Estado la emisión de protocolos reglamentarios sobre la actuación de las fuerzas de seguridad en la vía pública, los cuales deberán ser adoptados mediante decreto presidencial, y no a través de resoluciones ministeriales inestables y de menor jerarquía. Finalmente, solicitaron que se ordene al Estado adoptar medidas para

propender a una uniformidad en las legislaciones procesales penales provinciales, y en el accionar de sus respectivas Fuerzas de Seguridad.

120. El *Estado* solicitó a la Corte que “tenga presente que, a criterio del Estado argentino, ya se adecuó la legislación para regular la facultad de requisar personas en la vía pública sin orden judicial, sobre la base de razones objetivas y exigencias de justificación de dichas razones en cada caso”. Asimismo, expresó que la jurisprudencia de la CSJN avanzó en la limitación de las facultades de las fuerzas de seguridad de requisar sin orden judicial, lo cual además “vino luego a quedar cristalizado con la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, aprobado por la [L]ey [N]o° 27.063 del 9 de diciembre de 2014”. El Estado expresó que la modificación de la norma deja fuera cualquier posibilidad de ampliación de las facultades policiales y que otorga un amplio margen a la justicia para anular cualquier procedimiento que se aparte de los requisitos iniciales previstos en ella. En ese sentido, manifestó que el Estado ha cumplido con su obligación de asegurar que la legislación que regula la facultad de requisar personas en la vía pública se funde en razones objetivas. En consecuencia, solicitó que las medidas de reparación que se dicten se dirijan al proceso de implementación del nuevo Código Procesal.

121. En la presente Sentencia, este Tribunal determinó que los artículos 4 del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente en la época en que el señor Fernández Prieto fue detenido, los artículos 230 y 284 del Código Procesal Penal de la Nación, vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro, y el artículo 1 de la Ley 23.950, constituyeron un incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana (*supra* párrs. 62 a 110). Asimismo, el Tribunal nota que la legislación procesal penal ha sido modificada a través de la adopción de un nuevo Código Procesal Penal Federal de la Nación, y que el artículo 138 de dicho Código regula los supuestos habilitantes para la realización de requisas sin orden judicial. El Tribunal advierte que, de la información presentada ante este Tribunal por el Estado, dichas modificaciones legislativas constituyen un avance en el cumplimiento del deber de adoptar medidas de derecho interno, pero que las mismas no abarcan la totalidad de las violaciones declaradas en la presente sentencia.

122. En razón de ello, la Corte considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales que deben existir para evitar la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisa corporal o registro de un vehículo, abordados en el presente caso, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Por tanto, en la creación y aplicación de las normas que facultan a la policía a realizar detenciones sin orden judicial, las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad tomando en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, y que han sido reiteradas en el presente caso.

123. Respecto a la solicitud de los representantes sobre la modificación de las legislaciones procesales penales provinciales y la emisión de protocolos reglamentarios sobre la actuación de las fuerzas de seguridad, la Corte advierte que dichas legislaciones o su ausencia no fueron aplicadas en los hechos del presente caso por lo que no le corresponde realizar una revisión en abstracto de dichas normas. Por tanto, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dicha solicitud al disponer las reparaciones del presente caso¹⁴⁸.

B.2.2. Capacitación de los integrantes de las Fuerzas de Seguridad, Ministerio Público y Poder Judicial

124. La *Comisión* solicitó que el Estado adopte medidas para capacitar debidamente al personal policial a fin de evitar los abusos en el ejercicio de sus facultades de detención y requisa, incluyendo capacitaciones en la prohibición de ejercerla de manera discriminatoria y con base en perfiles asociados a estereotipos. Por su parte, los *representantes* solicitaron que el Estado capacite a los integrantes de las Fuerzas de Seguridad, del Ministerio Público Fiscal y del Poder Judicial, tanto en el orden federal como en las distintas provincias del país. Al respecto, precisaron que las referidas capacitaciones sean de carácter permanente, se acompañen del financiamiento necesario y se basen en los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El *Estado* no se refirió a dicha medida solicitada.

125. Este Tribunal estima pertinente ordenar al Estado crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación de los cuerpos policiales de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, del Ministerio Público y el Poder Judicial sobre la necesidad de: a) que la policía indique las circunstancias objetivas en que procede una detención, registro y/o requisa sin orden judicial, y siempre con relación concreta a la comisión de un delito; b) que dichas circunstancias deben ser de carácter previo a todo procedimiento y de interpretación restrictiva; c) que deben darse junto a una situación de urgencia que impida solicitar una orden judicial; d) que las fuerzas de seguridad deben dejar constancia exhaustiva en las actas del procedimiento de los motivos que dieron origen al registro o la requisa; y e) omitir la utilización de criterios discriminatorios para llevar a cabo una detención. Las capacitaciones dirigidas a la policía deben incluir información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas. En el caso del Ministerio Público y el Poder Judicial, dicha capacitación deberá estar dirigida a concientizar sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones.

¹⁴⁸ Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 50, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 307.

B.3.3. Producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las Fuerzas de Seguridad

126. Los *representantes* solicitaron que el Estado recolecte, publique y difunda estadísticas oficiales acerca de la actuación de las Fuerzas de Seguridad, en las que se identifiquen los motivos de las detenciones y/o requisas en los supuestos en que no media orden judicial ni tampoco delito flagrante, incluso en los casos en los que no dan lugar a la formación de procesos penales. Al respecto, solicitaron que en la elaboración de las estadísticas se tengan en cuenta criterios de género, edad, procedencia social, nacionalidad, tipo de vestimenta y efectos personales, así como todos aquellos criterios usualmente tenidos en cuenta por las Fuerzas de Seguridad como fundamento de sus sospechas y consecuentes detenciones. La *Comisión* y el *Estado* no se pronunciaron sobre esta medida de reparación.

127. El Tribunal entiende que es necesario recolectar información integral sobre la actuación de las fuerzas de seguridad para dimensionar la magnitud real del fenómeno de detenciones, registros y requisas y, en virtud de ello, diseñar las estrategias para prevenir y erradicar nuevos actos de arbitrariedad y discriminación. Por tanto, la Corte ordena al Estado que diseñe inmediatamente, e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a las detenciones, registros y requisas cuando no media orden judicial, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la actuación de la policía en Argentina. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, así como la reserva de identidad de las personas detenidas o intervenidas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin.

B.3. Otras medidas solicitadas

128. La *Comisión* solicitó que el Estado garantice la existencia e implementación de recursos judiciales efectivos frente a denuncias de abusos policiales en el contexto de las facultades de detención y requisa del personal policial. Los *representantes* solicitaron que el Estado deje sin efecto las sentencias condenatorias en contra de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. En tal sentido, solicitaron que el Estado verifique que las referidas condenas impuestas en los procesos internos no sean informadas como antecedentes en el Registro Nacional de Reincidencia o en otros registros públicos o, de ser el caso, se elimine toda anotación al respecto. Asimismo, solicitaron que el Estado realice una "anotación marginal" en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con ambos casos, en la que se indique que

dichas sentencias y los procesos que les dieron lugar fueron declarados incompatibles con la Convención Americana. El *Estado* no se pronunció respecto de estas medidas.

129. Al respecto, la Corte considera que en el presente caso no se acreditó la falta de recursos judiciales disponibles sino su inadecuada respuesta ante las violaciones a los derechos de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. En ese sentido, el Tribunal considera que no es procedente la orden de creación de nuevos recursos judiciales. En lo que respecta a la medida solicitada por los representantes, la Corte constata que los derechos de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro no continúan siendo afectados por los antecedentes policiales, administrativos, o judiciales a raíz de los procesos seguidos en su contra. En razón de ello, el Tribunal considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma resultan suficientes y adecuadas y, por lo tanto, las referidas medidas no serán acordadas.

C. Indemnizaciones compensatorias

C.1. Daño material

130. La *Comisión* solicitó reparar integralmente las violaciones a derechos humanos tanto en el aspecto material como moral. Añadió que para ello debía tenerse en cuenta tanto la inconventionalidad del procedimiento inicial de detención y requisa, como el proceso judicial posterior, la detención preventiva y la condena penal. Afirmó que todos estos hechos tuvieron lugar con base en las diligencias iniciales efectuadas por los agentes policiales.

131. Los *representantes* solicitaron reparaciones pecuniarias de naturaleza material e inmaterial. Respecto de la indemnización compensatoria por daño material, daño emergente y lucro cesante, señalaron que el tiempo transcurrido desde las detenciones policiales arbitrarias hasta la actualidad, así como la muerte del señor Tumbeiro, dificultaban cuantificar adecuadamente los rubros indemnizatorios. Sin embargo, alegaron que previamente la Corte ha admitido equitativo indemnizar este rubro aun en ausencia de comprobantes que los acrediten. Señalaron que respecto del señor Fernández Prieto debía valorarse: a) el daño derivado de la imposibilidad de procurarse un trabajo durante el tiempo de su reclusión y con posterioridad a esta, y b) los ingresos que se vio privado de obtener como consecuencia de su condena penal. Respecto del señor Tumbeiro, manifestaron debía tenerse en cuenta: a) el monto abonado por multa que hizo parte de su condena equivalente a 150 pesos y, b) los gastos en los que incurrió en el marco de la búsqueda de un lugar donde efectuar labores comunitarias, junto con el tiempo perdido que por tal motivo le impidió la realización de trabajos propios de su actividad. En razón de todo lo anterior, solicitaron el pago de indemnizaciones compensatorias monetarias a favor de las víctimas, las cuales deberían ser determinadas atendiendo a la edad, formación y actividades a las que se dedicaban las víctimas al momento de los hechos. El *Estado* no se refirió a dicha medida solicitada.

132. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso¹⁴⁹. La Corte toma nota de que los daños concretos señalados por los representantes respecto del señor Fernández Prieto fueron la pérdida de ingresos de este mientras se encontraba privado de libertad. Sin embargo, en el expediente no constan elementos probatorios para calcular exactamente a cuánto ascendían sus ingresos mensuales. Por lo anterior, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la suma de US\$10.000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Fernández Prieto, por concepto de indemnización por los ingresos que dejó de percibir por el tiempo que estuvo privado de su libertad, la cual deberá ser pagada a sus derechohabientes conforme al derecho interno aplicable (*infra* párr. 145).

133. Por su parte, en el caso del señor Tumbeiro, la Corte observa que los daños concretos señalados por los representantes radican en la multa que este pagó como parte de su condena y los gastos en que incurrió buscando un lugar donde realizar su trabajo comunitario, lo cual además le impidió realizar trabajos propios de su actividad. No obstante, en el expediente no constan elementos probatorios para calcular dichas pérdidas. Por lo tanto, la Corte estima pertinente fijar en equidad la suma de \$5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Tumbeiro, por concepto de indemnización por la multa pagada por este, así como por los ingresos dejados de percibir mientras buscó donde realizar el trabajo comunitario, la cual deberá ser pagada a sus derechohabientes conforme al derecho interno aplicable (*infra* párr. 145).

C.2. Daño inmaterial

134. La *Comisión* solicitó reparar integralmente las violaciones a derechos humanos tanto en el aspecto material como moral. Añadió que para ello debía tenerse en cuenta tanto la inconventionalidad del procedimiento inicial de detención y requisa, como el proceso judicial posterior, la detención preventiva y la condena penal. Afirmó que todos estos hechos tuvieron lugar con base en las diligencias iniciales efectuadas por los agentes policiales.

135. Los *representantes* alegaron que el daño inmaterial debía responder al padecimiento emocional y psíquico sufrido por sus representados no solo por violaciones a sus derechos humanos, sino en virtud de las afectaciones a sus relaciones familiares, interpersonales y a sus esferas autorreferentes. En el caso del señor Fernández Prieto, puntualizaron que debía tenerse en cuenta: a) que la víctima tuvo que atravesar un proceso judicial viciado e injusto que le condenó a 5 años de prisión y una multa accesoria de 3.000 pesos; b) que cumplió un tiempo efectivo de reclusión equivalente a 2 años, 8 meses y 5 días, habiendo sufrido las consecuencias inherentes de

¹⁴⁹ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia, supra*, párr. 160.

una privación de su libertad, esto es, deficientes condiciones de detención, separación de su conviviente y de sus hijos menores de edad y el padecimiento de dificultades posteriores de reinserción social y laboral, y c) la falta de acceso a tratamientos médicos y de rehabilitación que le permitieran tratar una condición motriz que padecía producto de un accidente automovilístico que sufrió meses antes de la detención.

136. Por otro lado, en el caso del señor Tumbeiro, señalaron que debía valorarse: a) que si bien no padeció las consecuencias derivadas de una privación a su libertad, estuvo sujeto a un proceso penal que le impuso las obligaciones de pagar una multa, realizar tareas comunitarias y adaptarse a estrictas normas de conducta para evitar un encierro definitivo; b) los problemas derivados de haberse abocado a la búsqueda de un lugar donde efectuar sus tareas comunitarias, ya que fue rechazado en numerosos sitios, lo cual incidió en el tiempo de cumplimiento de su condena, y c) las repercusiones que un proceso penal viciado e injusto trajo consigo para su esfera familiar. En razón de todo lo anterior, solicitaron a la Corte que acuerde en equidad el pago de una suma de dinero a favor de las víctimas. El *Estado* no se refirió a dichas solicitudes.

137. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia¹⁵⁰148.

138. La Corte toma en consideración que en el presente caso se declaró la violación del derecho a la libertad personal de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro en virtud de la ilegalidad de la restricción a la libertad personal, lo cual en el caso además conllevó una violación al derecho a su vida privada. Asimismo, el Estado reconoció su responsabilidad por la existencia de una falta de efectividad de los diversos recursos intentados a lo largo del proceso por parte de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro. De acuerdo a lo alegado por los representantes, estas violaciones generaron distintas afectaciones en la esfera inmaterial de ambas víctimas, particularmente en la esfera del daño moral.

139. Como consecuencia de estas violaciones, la Corte estima presente fijar, en equidad, una compensación económica por daño inmaterial que corresponde a la suma de US\$30,000.00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Fernández Prieto y US\$25,000.00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Tumbeiro, la cual deberá ser pagada a sus derechohabientes conforme al derecho interno aplicable (*infra* párr. 145).

¹⁵⁰ Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 84, y *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 238.

D. Gastos y costas

140. La Corte observa que en el presente caso los representantes no realizaron ningún tipo de alegación ni petición específica a este respecto, por lo que el Tribunal considera que no es necesario que se pronuncie sobre este punto.

E. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana

141. En el 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el “objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”¹⁵¹.

142. Mediante nota de Secretaría de la Corte de 12 de junio de 2020, se remitió un informe al Estado sobre las erogaciones efectuadas en aplicación del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas en el presente caso, las cuales ascendieron a la suma de USD\$ 3.251,84 (tres mil doscientos cincuenta y un dólares con ochenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) y, según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del referido Fondo, se otorgó un plazo para que Argentina presentara las observaciones que estimara pertinentes. El Estado presentó un escrito el 24 de junio de 2020, en el cual manifestó no tener observaciones.

143. A la luz del artículo 5 del Reglamento del Fondo, en razón de las violaciones declaradas en la presente Sentencia y que se cumplió con los requisitos para acogerse al Fondo, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad de USD\$ 3.251,84 (tres mil doscientos cincuenta y un dólares con ochenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por concepto de los gastos realizados. Dicha cantidad deberá ser reintegrada en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del presente Fallo.

F. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

144. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial establecidos en la presente Sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor, en los términos de los siguientes párrafos.

¹⁵¹ AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, “Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Punto Resolutivo 2.a), y CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, “Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, artículo 1.1.

145. Como la Corte ha constatado el fallecimiento de los beneficiarios, los pagos ordenados en esta Sentencia serán entregados directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

146. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o, de no ser esto posible, en su equivalente en moneda argentina, utilizando para el cálculo respectivo la tasa más alta y más beneficiosa para las personas beneficiarias que permita su ordenamiento interno, vigente al momento del pago. Durante la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte podrá reajustar prudentemente el equivalente de estas cifras en moneda argentina, con el objeto de evitar que las variaciones cambiarias afecten sustancialmente el valor adquisitivo de esos montos.

147. Si por causas atribuibles al beneficiario de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera argentina solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

148. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daños materiales e inmateriales, deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

149. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República Argentina.

IX PUNTOS RESOLUTIVOS

150. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por unanimidad:

1. Aceptar el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 19 al 22 de la presente Sentencia.

DECLARA,

Por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad personal, contenido en los artículos 7.1, 7.2, y 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto, en los términos de los párrafos 19 a 21, 62 a 75 y 88 a 101 de la presente Sentencia; por la violación del derecho a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación contenido en los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alejandro Tumbeiro, en los términos de los párrafos 19 a 21, 62 a 67 y 76 a 101 de la presente Sentencia; y en virtud del reconocimiento de responsabilidad del Estado, por la violación del derecho a la libertad personal, contenido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto, en los términos de los párrafos 19 a 21 de la presente Sentencia.

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, contenido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en los términos de los párrafos 19 a 21 y 102 a 110 de la presente Sentencia.

4. El Estado es responsable, en virtud del reconocimiento de responsabilidad del Estado, por la violación de los derechos contenidos en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.h) y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, en los términos los párrafos 19 a 21 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

5. Esta Sentencia es *per se* una forma de reparación.

6. El Estado realizará las publicaciones indicadas en el párrafo 117 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

7. El Estado adecuará su ordenamiento jurídico interno respecto a las normas que permiten detener, efectuar registros de vehículos o requisas personales sin orden judicial, en los términos de los párrafos 121 y 122 de la presente Sentencia.

8. El Estado diseñará y pondrá en ejecución un plan de capacitación para la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial, en los términos del párrafo 125 de la presente Sentencia.

9. El Estado diseñará y pondrá en ejecución un sistema de recopilación de datos y cifras vinculado a las detenciones y requisas, en los términos del párrafo 127 de la presente Sentencia.

10. El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 132, 133 y 139 de la presente Sentencia, por concepto de daño material e inmaterial.

11. El Estado reintegrará al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 143 de la presente Sentencia.

12. El Estado rendirá al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 117 de la presente Sentencia.

13. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 1 de septiembre de 2020.

Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Sentencia adoptada en San José, Costa Rica por medio de sesión virtual.

ELIZABETH ODIO BENITO

Presidenta

L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

EDUARDO VIO GROSSI

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretario

COMUNÍQUESE Y EJECÚTESE,

ELIZABETH ODIO BENITO

Presidenta

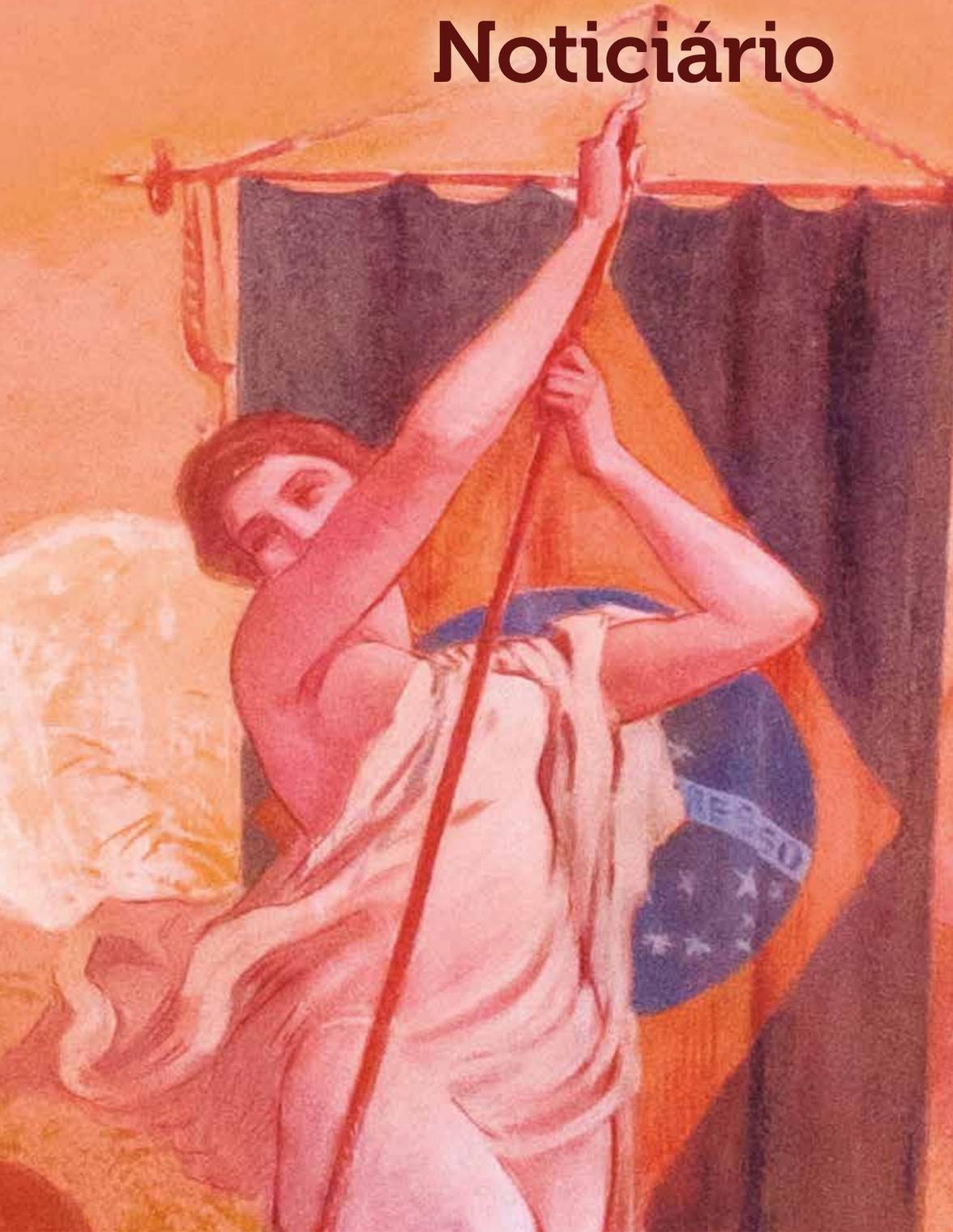
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretari



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Cláudio Henrique da Cruz Viana é eleito Presidente da Amperj

Em pleito realizado no dia 5/10, o Procurador de Justiça Cláudio Henrique da Cruz Viana foi eleito presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), biênio 2021/2022. Com 645 votos de um total de 956 válidos, perfazendo um percentual de 67,46%, Cláudio Henrique assumirá a presidência da Associação no dia 1º de janeiro de 2021, ocupando o lugar do Procurador de Justiça Ertulei Laureano Matos.

A eleição da Amperj foi realizada, pela segunda vez consecutiva, por meio do Sistema Eletrônico de Votação (SEV) do MPRJ. O sistema, fruto de um acordo de cooperação firmado entre a Associação e o MPRJ, permite o voto dos membros por meio da internet, sem que os votantes precisem comparecer presencialmente à Amperj para efetuar seu voto.

Na ocasião, os membros do MPRJ também elegeram os representantes dos Conselhos Consultivo e Fiscal da Amperj, sendo registrados 944 votos para o Conselho Consultivo e 963 votos para o Fiscal. Assim ficou a composição da Diretoria e dos Conselhos Consultivo e Fiscal para o biênio 2021/2022:

Presidente: Cláudio Henrique da Cruz Viana

Vice-Presidente: Dennis Aceti Brasil Ferreira

Secretário-Geral: Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
Diretor Financeiro: Felipe Barbosa Freitas Ribeiro
Diretor Cultural: Rogério Pacheco Alves
Diretor Social: Gláucia Maria da Costa Santana
Diretor de Defesa de Direitos e Prerrogativas Funcionais: Andréa Rodrigues Amin
Diretor Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas:
Déa Araujo de Azeredo
Diretor de Assuntos Legislativos: Alexandre Viana Schott
Diretor de Esportes: Henrique Aragão Carraro Bastos

Conselho Consultivo:

Guilherme Mattos de Schueler
Heloisa Maria Daltro Leite
Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Carlos Gustavo Coelho de Andrade
Luiz Sergio Wigderowitz
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Vinícius Winter de Souza Lima
Allana Alves Costa Poubel
Walberto Fernandes de Lima

Conselho Fiscal:

Roberta Dias Laplace (Presidente)
Rodrigo Belchior Hermanson (Titular)
Carlos Frederico Saturnino de Oliveira (Titular)
Marcello Marcusso Barros (Suplente)
Tatiana Carvalho de Oliveira Cavalcante (Suplente)
Gabriela da Costa Lopes (Suplente)

ELEIÇÃO CONSELHO SUPERIOR DO MPRJ NOVO INTEGRANTES

MPRJ elege oito novos integrantes do Conselho Superior

O MPRJ, por meio do Colégio de Procuradores de Justiça, elegeu, no dia 9/11, oito novos integrantes para o Conselho Superior da Instituição para o biênio 2021/23. Foram eleitos os Procuradores de Justiça Walberto Fernandes de Lima, Luiz Fabião Guasque, Sumaya Therezinha Helayel e Márcio Mothé Fernandes. Para as vagas preenchidas pelos votos dos Promotores de Justiça, foram eleitos os Procuradores de Justiça Conceição Maria Tavares de Oliveira, Antônio José Campos Moreira, Flávia de Araujo Ferrer e Cláudio Varela.

A eleição ocorreu por meio do Sistema Eletrônico de Votação (SEV), o qual permitiu aos membros o voto de forma remota. O pleito teve a supervisão da Mesa Receptora e Apuradora, composta pelos Procuradores de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, presidente da Mesa, Pedro Elias Erthal Sanglard e Maria Luiza de Lamare São Paulo. A apuração dos votos também foi realizada de forma eletrônica, com a divulgação dos resultados pelos integrantes da Mesa Receptora e Apuradora, os quais se encontravam no Auditório Simão Isaac Benjó.

A presidente da Mesa Receptora e Apuradora, Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, comentou a importância institucional do Conselho Superior. "Este é um momento institucional de renovação de um dos órgãos mais expressivos da administração superior. É uma eleição que repercute na vida institucional nos próximos dois anos. Desta vez, ao contrário de outros anos, tivemos vários candidatos,

o que mostra que o momento ensejou uma verdadeira disputa, sobretudo com a presença de colegas que nunca haviam submetido seus nomes para essa eleição”, comentou Tellechea.

Os postulantes que seguiram os eleitos na ordem de número de votos, pela respectiva classe, serão considerados suplentes, para substituir os titulares em seus impedimentos e faltas ou suceder-lhes em caso de vacância. Os suplentes eleitos foram os Procuradores de Justiça Ângela Maria Silveira dos Santos, Marcelo Pereira Marques, Leila de Lima Bran Moreira, Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira, Vera Regina de Almeida, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Sávio Renato Bittencourt Soares Silva e Viviane Tavares Henriques.

Foram apurados 587 votos pelo colégio de Procuradores de Justiça, sendo 585 válidos, um voto nulo e um voto em branco. Entre os Promotores de Justiça, foram 2.453 votos apurados, com 2.448 válidos, dois brancos e três nulos. O processo eleitoral foi acompanhado por uma integrante da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), na qualidade de auditora, que atestou a confiabilidade do pleito, realizado sem qualquer intercorrência.

Os membros eleitos tomarão posse em sessão solene do Conselho Superior do MPRJ, para um mandato de dois anos, a ser exercido entre os dias 6 de fevereiro de 2021 e 5 de fevereiro de 2023.



MPRJ homologa resultado da eleição para formação da lista tríplice para PGJ

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, no dia 18/12, no auditório do edifício-sede, a 12ª sessão extraordinária do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, que homologou o resultado da eleição para a composição da lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça. Seguindo recomendações médicas e sanitárias, os integrantes do Órgão Especial participaram da solenidade de maneira remota, sendo transmitida ao vivo pelo portal do MPRJ na internet.

Em sessão comandada pela Procuradora-Geral de Justiça em exercício, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, o Órgão Especial homologou, por unanimidade, o resultado da eleição para PGJ, realizada no último dia 11/12, e que teve como vencedor o Promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, com 546 votos. Também integrarão a lista tríplice, a qual será enviada ao Governador do Estado, a Procuradora de Justiça Leila Machado Costa, que obteve 501 votos, e o Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stavridis, com 427 votos.



MPRJ inaugura Espaço Cultural em homenagem à Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos

Em cerimônia realizada no dia 18/12, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) inaugurou o Espaço Cultural Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos. Localizado no foyer do auditório do edifício-sede, o novo espaço recebeu uma placa em homenagem à Procuradora de Justiça, falecida este ano.

A solenidade de inauguração ocorreu com a presença da Procuradora-Geral de Justiça em exercício, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, e do tio da Procuradora Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, Gabriel de Araújo Santos. A cerimônia foi transmitida de forma virtual, obedecendo os protocolos de prevenção de contágio pela Covid-19 definidos pela Secretaria-Geral e pelo Núcleo de Saúde Ocupacional (NSO/MPRJ).

A Procuradora-Geral de Justiça em exercício, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, ressaltou o imenso amor que a Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos tinha pela Instituição. “Ela nos deixou no auge de seu protagonismo institucional. Conceição é símbolo de energia, é símbolo de inovação, é símbolo de pensar maior e melhor. Com certeza ela estará sempre conosco e continuará em nossas trincheiras,” afirmou.

O tio da homenageada lembrou que a Procuradora fez a opção de trabalhar no Ministério Público porque queria fazer justiça em uma sociedade tão injusta. Ele destacou a inteligência, capacidade e dedicação ao MPRJ ao longo de sua vida.



MPRJ entrega Colar do Mérito e Medalha Annibal Frederico de Souza e anuncia os vencedores do prêmio MPRJ Ideias Inovadoras

Em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, realizada no dia 18/12 no auditório do edifício-sede, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) procedeu à entrega do Colar do Mérito do MPRJ e da Medalha Annibal Frederico de Souza, em homenagem ao Dia Nacional do Ministério Público, comemorado no último dia 14/12. Acatando recomendações médicas e sanitárias, os integrantes do Órgão Especial participaram da cerimônia de maneira remota, sendo a audiência restrita aos agraciados e transmitida ao vivo pelo portal do MPRJ na internet.

Maior honraria concedida pela instituição, o Colar do Mérito do MPRJ foi entregue a 33 personalidades que prestaram relevantes serviços à instituição e à sociedade. A Medalha Annibal Frederico de Souza, por sua vez, foi concedida a 15 servidores do MPRJ, os quais contribuíram decisivamente para o desenvolvimento do *Parquet*. Todos os nomes foram sugeridos pela Procuradoria-Geral de Justiça e aprovados pelo Órgão Especial.

Um dos agraciados com o Colar do Mérito, o Procurador de Justiça Marcelo Daltro Leite, integrante do Órgão Especial, discursou em nome dos homenageados e destacou o papel desenvolvido por eles. “Todos aqui estão sendo reconhecidos pelos serviços qualificados e pela dedicação com que serviram à instituição e à sociedade brasileira como um todo. O papel do MPRJ é o de preservação da ordem jurídica e da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e, para exercê-lo, é necessário zelo, preparo intelectual e independência funcional”, afirmou.

A Procuradora-Geral de Justiça em exercício, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, destacou a importância do trabalho desenvolvido pelos agraciados. “A

entrega do Colar e da Medalha simboliza a grandeza indissociável à atuação dos que hoje recebem as comendas. A pandemia nos colocou em uma situação antes impensável, tivemos perdas irreparáveis e os mais complexos desafios pela frente durante esse período. E essa situação foi enfrentada com inventividade, aprendizado coletivo e muito diálogo. Adotamos novas formas de trabalho e um olhar mais agudo sobre o papel do MPRJ, de articulação e coordenação entre estado e municípios, além de termos implementado a bem sucedida iniciativa da Força-Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à Covid-19 (FTCOVID-19/MPRJ). Por isso, o MPRJ agradece a atuação dos agraciados com o Colar do Mérito e com a Medalha Annibal Frederico de Souza e renova seu compromisso constitucional e de confiança no futuro”, ressaltou a PGJ em exercício.

O evento também prestou uma homenagem ao 2º sargento da Polícia Militar Carlos Eduardo Vieira Machado, que atuou durante oito anos no Grupo de Apoio aos Promotores de Justiça (GAP) e faleceu no último dia 28/11. O Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo da Silva Lima Neto, e a coordenadora da Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ), Promotora de Justiça Elisa Fraga de Rego Monteiro, entregaram uma placa à esposa de Carlos Eduardo, Lidiane Batista de Castro, em homenagem ao trabalho desenvolvido por ele. “Nossa instituição é feita de pessoas que se dedicam e seguem um caminho de retidão e trabalho pleno. Desta forma, hoje prestamos nosso reconhecimento e gratidão ao trabalho desenvolvido pelo 2º sargento Carlos Eduardo durante o tempo em que esteve no GAP de Volta Redonda”, discursou Lima Neto.

Por fim, foram anunciados os vencedores do prêmio MPRJ Ideias Inovadoras, que objetiva estimular novas práticas administrativas apresentadas por servidores para aprimorar as atividades institucionais. Em primeiro lugar, ficou o Programa de Padronização de Rotinas Administrativas, desenvolvido pelas Secretarias das Promotorias de Justiça do MPRJ em Teletrabalho, representadas pela servidora Ana Paula dos Santos. Em segundo lugar, ficou a proposta do aplicativo MPRJ ComVocê, desenvolvida pelo Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE/MPRJ) e pelo Núcleo de Saúde Ocupacional (NSO/MPRJ) e representada pelo servidor do NSO/MPRJ Sergio Rubens Soares Junior. E em terceiro lugar ficou o projeto Radar/MPRJ, desenvolvido pelo GATE/MPRJ e representado na cerimônia pelo servidor Michel Melli Carvalho.

Ao lado da PGJ em exercício, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, e do Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo da Silva Lima Neto, também estiveram presentes, prestigiando a solenidade, o Presidente da Amperj, Ertulei Laureano Matos, e a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha Silveira.



Agraciados com o Colar do Mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante - Promotora de Justiça e assessora da Secretaria-Geral do MPRJ (SGMPRJ);

Bernardo Moreira Garcez Neto - Desembargador e Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ);

Carlos Henrique Oliveira de Sousa - Diretor Executivo da Polícia Federal;

Cláudio Cardoso da Conceição - Promotor de Justiça e Coordenador do Grupo de Atribuição Originária em Matéria Criminal (GAOCRIM/MPRJ);

Cláudio de Mello Tavares – Desembargador e Presidente do TJRJ;

Daniel Lima Ribeiro - Promotor de Justiça Coordenador do Inova/MPRJ;

Débora da Silva Vicente - Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação (CAO Educação/MPRJ);

Diego Boyd Peçanha Costa - Promotor de Justiça e assistente da Assessoria Executiva da Procuradoria-Geral de Justiça;

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesário - Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais;

Flávio Araújo Willeman - Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro;

Gabriela Serra - Promotora de Justiça e Coordenadora de Comunicação Social do MPRJ (CODCOM/MPRJ);

Gustavo Ramos - médico e Diretor Executivo da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ);

João Alfredo Gentil Gibson Fernandes - Promotor de Justiça e assessor da Corregedoria-Geral do MPRJ;

Karina Rachel Tavares Santos - Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional do Rio de Janeiro (CRAAI-Rio de Janeiro);

Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel - Subprocuradora-Geral de Assuntos Cíveis e Institucionais;

Leandro da Silva Navega - Promotor de Justiça e Vice-Diretor do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ);

Leônidas Filippone Farrula Júnior - Promotor de Justiça e assessor de Planejamento Estratégico e Modernização Organizacional (APMOD/MPRJ);

Lilian Moreira Pinho - Procuradora de Justiça;

Marcelo Daltro Leite - Procurador de Justiça;

Márcia Lustosa - Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Saúde (CAO Saúde/MPRJ);

Marcos do Couto Bezerra Cavalcanti - professor associado do Programa de Engenharia da COPPE/UFRJ;

Marlon Oberst Cordovil - Procurador de Justiça;

Miriam Lahtermaher - Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais (CAO Eleitoral/MPRJ);

Nilton Cesar da Silva Flores – advogado;

Paolo Miraglia Del Giudice - Cônsul-Geral da Itália no Rio de Janeiro;

Rafael Luiz Lemos de Souza - Promotor de Justiça e Coordenador do Grupo de Apoio Técnico Especializada (GATE/MPRJ);

Rinaldo Reis Lima - Corregedor Nacional do Ministério Público;

Rita de Cássia Araújo de Faria - Subcorregedora-Geral do MPRJ;

Rodrigo Melo do Nascimento - Vice-Presidente e Corregedor-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro;

Sérgio Besserman Vianna - Presidente do Instituto de pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro;

Sidney Rosa - Promotor de Justiça e Coordenador de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (CADG/MPRJ);

Somaine Patrícia Cerruti Lisboa – Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais (CAO Criminal/MPRJ);

Vinícius Leal Cavalleiro – Promotor de Justiça e Coordenador do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos Contra a Ordem Tributária (GAESF/MPRJ).



Agraciados com Medalha Annibal Frederico de Souza:

Aline Gomes Gonçalves dos Santos - assessora do MPRJ;

Andrea de Luca Bruno - assessora da Procuradoria-Geral de Justiça;

Carmem Lúcia Alves da Costa - médica Diretora do Núcleo de Saúde Ocupacional (NSO/MPRJ);

Daniel Carvalho Belchior - ex-Coordenador de Análise, Diagnósticos e Geoprocessamento;

Daniel de Lima Haab - analista e secretário de Tecnologia da Informação e Comunicação (STIC/MPRJ);

Danielle Schlossarek Pinto da Costa - técnica do MPRJ;

Fabiana Oliveira Franco Lustosa - técnica do MPRJ;

Francisco Mendes Pimentel Bondion - ex-estagiário do GATE/MPRJ;

Joana da Costa Martins Monteiro - Coordenadora do Centro de Pesquisas do MPRJ (CENPE/MPRJ);

Josélia Mendonça (*in memoriam*) - auxiliar de Serviços do CRAAI Campos dos Goytacazes/MPRJ;

Manoela Lobato Curi de Siqueira - técnica do MPRJ;

Marcelo Filgueira Lima - Diretor de Comunicação e Arquivo do MPRJ;

Paula Alexandra Canas de Paiva Nazareth - assessora do IERRB/MPRJ;

Renato Marques Lisboa Filho - analista do MPRJ;

Sérgio Ribeiro - Coronel da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) e assessor da Coordenadora de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ).



Discurso do Procurador de Justiça Marcelo Daltro Leite na íntegra

Excelentíssima senhora, Procuradora-Geral de Justiça em exercício; Excelentíssima senhora, Corregedora-Geral do Ministério Público; Excelentíssimas Procuradoras de Justiça e excelentíssimos Procuradores de Justiça que compõe o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça; Ilustres agraciados com o Colar do Mérito do Ministério Público e com a Medalha Annibal Frederico de Souza; Ilustres membros do Ministério Público e autoridades presentes nessa solenidade; nobres servidores do Ministério Público; senhoras e senhores.

Comemoramos, nessa semana que se finda, com a presente solenidade, a existência de instituição ímpar no cenário dos países ocidentais, a saber, o Ministério Público brasileiro, em especial o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Destaco a singularidade do Ministério Público brasileiro em razão do seu assento constitucional e do conjunto de atribuições e garantias que a lei fundamental lhe outorgou. Verdadeiro órgão de estado a dizer não sujeito à orientação política que governa o Brasil ou o Estado do Rio de Janeiro”, surge o Ministério Público como instituição autônoma, com a responsabilidade de defender a sociedade. Ora, basicamente esta é a atribuição do Ministério Público: a defesa da sociedade. Defesa esta que se realiza quando há o cumprimento da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das leis. O descumprimento das Constituições Federal, Estadual e das leis legitimam o Ministério Público a atuar para preservação da ordem jurídica, a fim de garantir à sociedade brasileira e fluminense os direitos fundamentais, preservando, inclusive, os direitos das minorias.

Quanta responsabilidade, não é?

Mas o peso deste grave e fundamental encargo, isto é, a responsabilidade de defender a sociedade não foi negligenciada pelos Promotores e Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tem dado prova de que seu assento constitucional e suas atribuições e garantias resultam na defesa intransigente dos interesses da sociedade fluminense e também na sociedade brasileira. E digo isso em homenagem aos colegas dos recursos constitucionais que têm obtido vitórias expressivas nos Tribunais Nacionais, cujos precedentes são aplicados em todos os Estados Membros. Esta defesa intransigente na sociedade e seus grupos minoritários não pode ser feita sem o preparo intelectual, a dedicação, a independência funcional dos Promotores e Procuradores de Justiça.

Não há dúvidas de que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tem membros com preparo intelectual e dedicação adequados aos graves encargos que lhe foram atribuídos, pelas Constituições Federal, Estadual e pelas leis. Não a dúvida também de que os Promotores e Procuradores de Justiça são zelosos de sua independência funcional, tanto para garantir a isenção necessária contra os poderosos de plantão, quanto para evitar os exercícios de suas atribuições em desacordo com os interesses da coletividade. Basta um passeio pelas páginas dos jornais, do chamado Estado do Rio de Janeiro, para constatarmos como tem atuado o Ministério Público, no enfrentamento do crime organizado, tanto aquele instalado nos corredores dos prédios e palácios públicos, quanto aquele que domina territórios e subjugua parcela da população aos seus próprios interesses.

Há ainda muito a ser feito, é evidente que há muito ainda a ser feito, mas os Promotores e Procuradores de Justiça têm dado prova de que atuam sem cessar e sem desânimo para cumprir com suas responsabilidades. Isto é um alento em dias tão difíceis como os que estamos vivendo. Apesar da pandemia e das dificuldades

dela decorrentes, temos visto inúmeras ações deflagradas pelo Ministério Público no combate às milícias, ao tráfico de drogas e ao assalto aos cofres públicos.

Hoje mesmo pela manhã, quando saí para vir para cá, liguei o rádio no carro e havia uma notícia sobre uma atuação do Ministério Público no combate, hoje, com a Polícia Civil, a um grupo de crime organizado, de falsificação de gasolina. Então vejam, o Ministério Público está atuando, é uma instituição que atua com zelo e permanentemente a favor da sociedade fluminense. Digo então aqui, também temos visto que, em razão deste atuar independente, o Ministério Público tem colhido inimigos. Não desanimem valorosos colegas, pois lembro do Dr. Rodolfo dizer, em uma aula sobre tribunal do júri no ano de 1988, no curso que deu aos Promotores substitutos, entre os quais, eu me incluía, que a partir daquele momento seríamos Promotores de Justiça e deveríamos ter a certeza de que apenas uma pessoa nos amaria de verdade: nossas mães. Evidentemente, como um bom tribuno que era o Dr. Rodolfo, utilizava-se de uma figura de linguagem para destacar que teríamos muitos inimigos. Esta, portanto, desde sempre a sina do Ministério Público, a defesa da sociedade através da garantia do cumprimento das Constituições e das leis, e, em consequência, a existência de todos aqueles atingidos por essa atuação e não são poucos.

Felizmente, temos o apreço de muitas pessoas, de todos aqueles que veem na instituição a garantia de uma sociedade mais equilibrada e cumpridora das leis. Em especial, dos agraciados neste dia que, não sendo membros do Ministério Público, atuam de forma a auxiliar a plena atuação da instituição, os quais estão aqui representados por todos estes que, não sendo membros, receberam o Colar do Mérito.

E, como continua aqui curiosa minha situação, pois ao mesmo que tenho como representante dos agraciados de expressar nossa gratidão pela comenda recebida, sinto também a obrigação de, como membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, agradecer a esses senhores pela consideração e respeito com que sempre atuaram em relação a esta instituição. Mas sigo adiante, destacando também a presença dos Promotores e Procuradores de Justiça que foram aqui agraciados, todos membros valorosos desta instituição e que exerceram o cargo público com relevância e com zelo. Tomo a liberdade de incluir aqui o Dr. Rinaldi do nosso *hall* de membros. O Dr. Rinaldi é membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e nós temos muita honra de recebê-lo aqui entre os nossos colegas.

Pois bem, estes são os agraciados que receberam a Medalha do Mérito do Ministério Público, em nome de quem expresso nossa alegria por recebermos o Colar do Mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, honra concedida a poucos, o que aumenta o nosso regozijo. Expresso também, em nome dos agraciados com a medalha Annibal Frederico de Souza, alegria de receberem tão relevante comenda, que representa o reconhecimento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pelos serviços prestados de forma qualificada e com dedicação. Então, em nome dos agraciados e reconhecendo que todos atuaram de forma a defender a instituição, eu agradeço essa oportunidade e digo que me sinto honrado de representar a todos. Muito obrigado senhora presidente, muito obrigado a todos.



Discurso da Procuradora-Geral de Justiça em exercício, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea

Excelentíssima senhora Corregedora-Geral do Ministério Público, na pessoa de quem cumprimento todos os integrantes da mesa, todos os membros do Órgão Especial; caríssimos agraciados, queridos colegas e servidores.

Celebramos hoje solenemente as festividades do Dia Nacional do Ministério Público, ocorrido no último dia 14 de dezembro.

A entrega do Colar do Mérito e da Medalha Annibal Frederico de Souza constituem um momento marcante dessa celebração ao simbolizar, na pessoa dos agraciados com aquelas comendas, que a grandeza desta instituição é indissociável dos esforços e da dedicação de pessoas em prol de princípios e objetos que se amalgamam na ideia de que o Ministério Público serve à sociedade e à democracia. Nessa medida, a celebração festiva deste momento único na vida dos agraciados é também a ocasião de refletir sobre os objetivos que norteiam a instituição e a singularidade dos desafios que estão postos. Todos trazemos, de alguma forma, as marcas e a lembrança de um ano que, tomado pelos flagelos da pandemia da Covid-19, nos colocou diante do impensável. O próprio formato da solenidade este ano, quando colocado em contraste com o tradicional e caloroso conagraçamento no auditório de nosso edifício sede, não nos deixa esquecer disso.

Experimentamos perdas irreparáveis, que se expressam tanto na contagem de centenas de milhares de vítimas no Brasil e no mundo quanto na experiência

próxima e dolorosa da despedida de familiares, amigos e colegas de Ministério Público. Novos e complexos desafios se ergueram diante de nós, exigindo-nos inventividade, aprendizado coletivo e diálogo, a fim de lidar com problemas como, por exemplo, os relacionados às medidas de isolamento social.

No plano administrativo, tivemos de rapidamente nos adaptar com êxito a novas formas de trabalho. No plano da atuação finalística, a necessidade de constante vigilância e adaptação daquelas medidas de isolamento, fácil evolução da pandemia, tornou mais agudo o nosso olhar para o papel do Ministério Público na articulação e coordenação entre Estado e Municípios. Saímos mais fortes, aperfeiçoamos nossa atuação e descobrimos novas formas de integração, como vimos na bem sucedida experiência da força tarefa.

Por outro lado, antigos problemas sociais como a pobreza e o acesso desigual à saúde e educação, a discriminação e a violência se tornaram ainda mais evidentes durante a pandemia, cobrando-nos solidariedade, compromisso e coragem. Tivemos de enfrentar esses desafios em um momento particularmente delicado no Brasil e no mundo, sobre a espreita da banalização da morte e da violência, da disseminação da desinformação e do desprezo ao diálogo democrático. Enumero esses desafios sem a menor intenção de conferir um tom pessimista ou sombrio a essa fala, muito ao contrário, faço com o propósito de enaltecer a capacidade de superação. Valorosas contribuições de membros e servidores aos propósitos maiores do Ministério Público são reconhecidas simbolicamente hoje, exatamente porque na escala de nossas vidas e de nossa inserção social e profissional, podemos dar respostas, como fizeram os agraciados, mesmo sob condições adversas.

Sem a pretensão de enumerar para não cometer injustiças, diversos dos esforços hoje reconhecidos com as maiores comendas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contribuíram para que nossa instituição, em linha com seu compromisso maior com a democracia, seguisse pautando sua atuação pelo direito e pela ciência, com isso perseguindo maiores proximidades da sociedade, efetividade na proteção dos direitos sociais e modernidade do ponto de vista organizacional.

Sob essa ótica, agraciar com as insígnias do reconhecimento institucional não deixa de ser uma forma de renovar e aprofundar aqueles compromissos que atam o destino do Ministério Público à busca de uma sociedade mais justa e solidária, menos desigual e violenta. Fazê-lo em tempos difíceis como o que atravessamos constitui ademais formas de renovar a crença e a aposta na capacidade de superação e na resiliência, com as quais precisamos continuar a contar nos tempos vindouros.

É de Shakespeare a letra de que: “Há quem diga que todas as noites são de sonhos. Mas há também quem garanta que nem todas, só as de verão. No fundo, isto não tem importância. O que interessa mesmo não é a noite em si, são os sonhos, sonhos que o homem sonha sempre em todos os lugares, em todas as épocas do ano, dormindo ou acordado.”

Uma instituição, onde seus membros valorizam as normas, respeitam a dignidade da pessoa humana e cultuam valores éticos, tem muito a dar à sociedade. E este é um sonho que se torna real. Lutemos para viver com a filosofia gostaria que vivêssemos: reverenciando os Deuses e ajudando os homens. A vida é curta e nossa missão infinita.

O Ministério Público agradece aos hoje agraciados por seus esforços e, por meio desse reconhecimento, renova seus compromissos constitucionais e a confiança no futuro.

Em nome do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça e em meu próprio, desejo a todos um Natal iluminado e um novo ano de esperança.

Declaro encerrada a sessão.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

19, 28-30, 192, 199, 247-260;

ACORDOS

21, 23, 24, 28-33, 45-48, 50, 52, 53, 55, 58, 63-69, 252;

AFERIÇÃO DE CONVENCIONALIDADE

263, 264, 266, 268, 269, 271, 274, 276-280, 289, 292, 294;

ARBITRARIEDADE

89, 91, 113, 220, 237;

ARQUIVAMENTO

193, 249, 252, 256, 257, 263, 288-291, 295, 347, 348, 349, 370;

AUTOINTERDIÇÃO

207, 212, 213, 215-218, 220, 228;

CARÁTER DÚPLICE

89, 95, 106, 389;

CLEMÊNCIA ARBITRÁRIA

89, 110, 116, 117;

COLABORAÇÃO PREMIADA

28-30, 40, 45-48, 50, 51, 53-61, 64, 66, 68, 69;

COMMODITY

157-159;

CONFISSÃO

54, 56, 60, 61, 63, 64, 192, 217, 247-260, 391;

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

263-266, 268, 273, 275, 277, 280-286, 288-295;

CORTES INTERAMERICANA E EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

89, 106;

COVID-19

329, 330, 335, 376, 377, 386, 422, 424, 435, 437, 440, 442, 447, 448, 450, 451, 453, 454, 456-463, 467, 470, 480;

CRIMES HEDIONDOS

54, 55, 89, 113, 115-117;

CRIMINALIZAÇÃO

89, 95-97, 100, 101, 104, 109-111, 115-117, 201, 439, 442;

CURADOR

207, 213-224, 228, 229, 231, 237, 240, 241-246, 254;

CURADOR ESPECIAL

207, 213, 217-219, 221-224, 229;

DECISÕES

10, 58, 69, 75, 80, 81, 83-86, 91, 93, 97, 106, 112, 113, 137, 146, 147, 148, 150, 166, 167, 171, 232, 265, 266, 279, 280, 318, 323, 330, 341, 353, 356, 364, 429, 437, 438, 440, 441, 454, 457, 462, 472, 486, 488, 490, 493, 505, 517, 520, 527, 532, 535;

DIGNIDADE

67, 102, 105, 172, 173, 175, 180, 195, 232, 239, 291, 313, 315, 318, 330, 382, 387, 446, 497, 516, 527, 529, 530;

DIREITOS HUMANOS

75-77, 79-84, 86, 89, 95-99, 102, 106-113, 115, 116, 173, 174, 264-268, 270-281, 283-285, 287-296, 437, 484, 491, 495, 497, 498, 508, 509;

ENFRENTAMENTO

159, 192, 193, 196, 386, 450, 452, 453, 456, 460, 504, 519;

ÉTICA

125, 126, 129, 131, 133, 159, 160, 309, 310, 312, 313, 323;

FISCALIZAÇÃO

85, 128, 131, 142, 160, 222, 253, 260, 267, 269, 277, 290, 295, 330, 331, 333, 339, 417, 522;

GOVERNANÇA

81, 157, 159, 160, 162;

IMPOSIÇÃO DE CONTROLE

89, 110;

INFORMAÇÕES

61-63, 77, 85, 129, 130, 135, 165, 167-169, 171, 172, 177, 182, 252, 254, 285, 288, 318, 343, 379, 431, 438, 448, 457, 461, 463, 469, 471, 484, 485, 491, 492, 495, 496, 498-503, 505, 510, 511, 528;

INTERESSE JURÍDICO

136, 137, 139-147, 154, 209, 225-230, 238;

INTERVENÇÃO

31, 101, 135, 136-154, 174, 189, 207-213, 217, 221-226, 228-231, 239, 240, 242, 253, 271-273, 351, 359, 360, 364, 370, 371, 458, 463, 507, 508;

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

136, 137-140, 146, 207, 209, 210, 212, 224-226, 231, 364;

INVESTIGAÇÃO PENAL

108, 503;

JUIZ

22, 26-28, 35, 37, 50, 53, 54, 56, 57, 61, 85, 112, 114, 193, 207-214, 216-218, 220, 223, 225, 226, 231-234, 236-241, 243-246, 249, 250, 294, 352, 353, 356, 365, 366, 369-371, 375, 430, 502;

JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

135-141, 145-148, 150, 151, 153, 154;

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

207-209, 212, 216, 220, 224, 225, 233, 237, 239, 241;

LEGITIMADOS ATIVOS

207, 208, 213;

LEGITIMIDADE PASSIVA

207, 217;

LEVINAS

309-313;

LIBERDADE

22, 38, 49, 51, 54-58, 65-67, 75, 76, 79-86, 93, 96, 104, 108, 109, 114, 129, 167, 170, 172, 175, 198, 199, 233, 241, 248, 253, 279, 291, 317, 318, 321-325, 424, 437, 445, 448, 464, 467, 470, 473, 477, 480, 496-498, 501, 509; 136, 137-140, 146, 207, 209, 210, 212, 224-226, 231, 236;

LIVRE-ARBÍTRIO

321, 324;

MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

89, 95, 97, 100, 101, 110, 116, 117;

MEDIDA PROVISÓRIA

158, 177, 389;

MEMBRAS DE GRUPO

135-137, 139-141, 143, 145-154;

MICROSSISTEMA DA COLABORAÇÃO

45-47, 54, 56-59, 65, 66, 69;

MINISTÉRIO PÚBLICO

29, 33, 45-49, 51-53, 56, 60, 61, 63, 64-67, 69, 75, 85, 89, 93, 94, 103, 112, 114, 123, 135, 139, 141, 153, 157, 165, 169, 171, 176, 185, 186, 189, 190, 191-193, 196, 199, 201, 202, 207, 208, 211, 213-215, 218-224, 230, 231, 237, 239, 240, 242-245, 247, 248, 249-251, 253, 254-260, 263, 264, 266-296, 303, 309, 329-339, 343, 346-349, 351, 352, 355, 359, 360, 365, 367, 369, 370-372, 375, 390, 391, 421, 435, 436, 440, 442, 443, 467, 469, 481, 483, 487, 489, 490, 494, 496, 500, 505, 506, 508, 511, 512, 516, 517, 525, 527, 528, 529, 533, 534, 535;

MORTE

61, 91, 107, 109, 114, 130, 187, 310-312, 315, 316, 318;

NECROPOLÍTICA

315, 316, 318;

OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS

89, 95, 110, 116;

PACTUM DE NON PETENDO

19, 20-29, 33, 34, 35, 40;

PARTES

21, 24-26, 29, 34, 35, 37, 38, 40, 47, 50-52, 59, 81, 83, 103, 112, 124, 137, 138-143, 145, 147-154, 167, 207-212, 215, 226, 227, 231, 232, 234, 235, 237, 240, 242, 245, 253, 270-274, 288, 331, 351, 359, 364, 370, 376, 383-387, 438, 469, 486, 487, 493, 502, 505, 512, 517, 520;

PERITO

207, 208, 211, 213, 232, 234-238;

POLÍTICA(S) PÚBLICA(S)

161, 181, 185, 186, 188-194, 196, 201, 202, 278, 285, 346, 451, 452, 461;

PRIVACIDADE

51, 84, 157-159, 162, 165-168, 170, 172, 174, 177-182, 483, 485, 486, 490, 491, 493, 495, 497, 498, 501, 503, 506, 510;

PROCESSO COLETIVO

136, 212, 378;

PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS

45, 46, 67;

PROMESSA DE NÃO POSTULAR

19, 20, 35, 38, 40;

PROMESSA DE NÃO PROCESSAR

19-30;

PROTEÇÃO DE DADOS

157-162, 165, 168, 172-175, 177-180, 182;

PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

89, 100, 103;

RESPONSABILIDADE

39, 54, 81, 82, 107, 114, 124, 126, 128, 160-162, 171, 174, 176, 231, 243, 245, 246, 248, 259, 267, 270, 309-313, 321, 322, 324, 332, 333, 367, 388, 434, 509, 515, 524, 526, 528;

REVISÃO INTERNA

81;

SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

157, 159-162;

SENTENÇA

26, 34, 49, 56-58, 62-64, 66, 68, 89, 91, 93-95, 107, 112, 142, 143, 207, 216, 225-227, 232, 234, 235, 241-246, 264-266, 271, 273-275, 281, 284, 293, 294, 354, 356, 358-360, 363-365, 467, 470, 476, 509, 519-521, 532;

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

264, 272;

SOCIEDADE

31, 47, 51, 59, 64, 83, 85, 96, 99, 103, 104, 129-132, 141, 157, 162, 165, 166, 168, 172-174, 179, 181, 182, 186, 187, 189, 190, 208, 219, 238, 241, 263, 269, 270, 279, 284, 285, 302, 303, 316-318, 323-325, 333, 357, 377, 383, 384, 386-390, 447, 451, 497, 498, 509;

SUJEITOS PROCESSUAIS

53, 207-209, 211, 213, 230, 236;

TCU

242;

TERCEIROS

61, 77, 79, 80, 108, 129, 136-140, 144, 146, 147, 153, 200, 207-213, 224, 225, 231, 271, 274, 333, 357, 364, 386, 497, 498, 508;

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

342, 343, 426;

TUTELA PENAL

56, 89, 99, 100, 106, 108, 115, 185, 186;

VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

89, 95, 96;

VIDA HUMANA

315, 316, 318, 323, 324;

VIOLAÇÃO

27, 39, 46, 58, 64, 66, 68, 69, 76, 80, 85, 92, 96, 97, 106, 114, 116, 117, 126, 149, 161, 168, 235, 258, 273, 284, 286, 292-294, 341, 370, 372, 388, 431, 435, 438-441, 452, 483, 484, 489-491, 495, 497-499, 508, 509, 515, 516, 518, 520, 526, 530, 531, 534;

VIOLÊNCIA

29, 30, 78, 102, 105, 109, 173, 249, 278, 292, 315-318, 478, 495, 508, 509;

VONTADE

24, 31, 37, 53, 59, 90, 104, 106, 110, 111, 113, 126, 178, 209, 215-218, 230, 238, 239, 243, 245, 251, 253, 254, 321, 322, 324, 325, 385, 386, 388, 472.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Torezani
Coordenação-Geral
Agnaldo Alves
Controle Administrativo
Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção
Anderson da Rocha
Revisão
Patrícia Marques
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico
Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br