

# 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

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia  
Diretor

Adolfo Borges Filho  
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton  
Diretor Honorário

## Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

*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](http://www.mprj.mp.br) | e-mail: [rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@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

1995-2022 (1 - 86)  
2023 (87, 88)  
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**

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Procurador-Geral de Justiça

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

**Marlon Oberst Cordovil**  
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

**Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario**  
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

**Roberto Moura Costa Soares**  
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

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

**David Francisco de Faria**  
Chefe de Gabinete

**Emerson Garcia**  
Consultor Jurídico

**Roberto Góes Vieira**  
Secretário-Geral do Ministério Público

**Leandro Silva Navega**  
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

## **Corregedoria-Geral do Ministério Público**

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral do Ministério Público

**Galdino Augusto Coelho Bordallo**  
Subcorregedor-Geral

**Viviane Tavares Henriques**  
Subcorregedora-Geral

# Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Presidente

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral

## **Membros natos**

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea  
Márcio Klang  
Marfan Martins Vieira  
José Maria Leoni Lopes de Oliveira  
José Antonio Leal Pereira  
Alexandre Araripe Marinho  
Augusto Dourado  
Heloisa Maria Alcofra Miguel  
Anderson Albuquerque de Souza Lima  
José Roberto Paredes

## **Membros eleitos**

Nelma Gloria Trindade de Lima  
Antonio Carlos da Graça de Mesquita  
Elizabeth Carneiro de Lima  
Carlos Roberto de Castro Jatahy  
Marcelo Daltro Leite  
Angela Maria Silveira dos Santos  
Márcia Maria Tamburini Porto  
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
Márcio José Nobre de Almeida  
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

## **Conselho Superior do Ministério Público**

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Presidente

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral

## **Titulares Eleitos**

### **Primeira Turma**

Sumaya Therezinha Helayel  
Luiz Fabião Guasque  
Flávia de Araujo Ferrer  
Claudio Varela

### **Segunda Turma**

Antonio José Campos Moreira  
Katia Aguiar Marques Selles Porto  
Márcio Mothé Fernandes  
Conceição Maria Tavares de Oliveira

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

Cláudio Henrique da Cruz Viana  
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**

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
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 se apresenta, no segundo trimestre de 2023, em um momento histórico no qual a sociedade, praticamente livre da pandemia, procura consolidar novas formas de trabalho, como o denominado sistema híbrido, em que a *web* assume o papel de personagem principal, não apenas como ferramenta extremamente importante para a expansão da cultura, mas como motivo de preocupação no tocante à sua exploração negativa, aparentemente sem limites, no terreno das denominadas *fake news*.

O pensamento jurídico diversificado, aproveitando-se dos aspectos positivos dessa imensa rede, produz e divulga, com maior celeridade, trabalhos de indiscutível relevância. É o que podemos constatar na seção de doutrina desta Revista. O artigo inaugural trata justamente da “herança digital e a morte do usuário”, como “violação ao direito à privacidade dos bens”. Em seguida, vamos encontrar o texto que discorre sobre o “processo de *impeachment* no presidencialismo de coalizão”, analisando a repercussão da “revisão judicial da decisão do Senado Federal” no cenário político brasileiro. A “proteção animal” é trazida a lume em artigo que discorre sobre “o fim da tração animal na Ilha de Paquetá”. Somos, também, brindados por quatro artigos que ingressam, direta ou indiretamente, na seara do direito econômico-empresarial: o primeiro deles, tratando do novo ICMS dos combustíveis; o segundo, sobre “*Compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica”, na perspectiva do direito lusitano; o terceiro, abordando a “responsabilidade dos dirigentes de uma empresa pelas mortes causadas no rompimento de uma barragem” e, finalmente, o quarto artigo, examinando os “aspectos penais da Lei Brasileira dos Criptoativos”. No campo da forma como o Direito se projeta na realidade, são publicados dois artigos que incursionam nas temáticas “sistema brasileiro de justiça multiportas” e “ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça”. Finalmente, um tema de grande interesse contemporâneo é tratado no artigo “Agências Reguladoras no Brasil: fundamento constitucional e base legal”.

No Observatório Jurídico, o tema “O Ministério Público e o cidadão” é tratado de forma objetiva, ressaltando que a atuação ministerial não pode se limitar aos “relatos individuais”. Já no Observatório Filosófico, a obra de Victor E. Frankl, “Em busca de sentido”, é posta em realce como paradigma ético perene da humanidade.

Para compor as peças processuais, são trazidos a lume pareceres que pontuam temas jurídicos relevantes de nossa atualidade, como a “improbidade administrativa” e a impossibilidade, no plano judicial, de “modificação do número de vereadores em função do aumento populacional” de um município.

A seção “Memória Institucional” é dividida em dois tópicos: o “Projeto Personalidade” versa sobre o Júri como provável vitrine do Ministério Público e a “História em Destaque”, aponta para Amélia Duarte como “exemplo de mulher feminista”.

Finalmente, a jurisprudência internacional põe em destaque o “Caso Sales Pimenta vs. Brasil”, que “se relaciona às alegadas falências nos processos judiciais iniciados em função da morte violenta de Gabriel Sales Pimenta, advogado e defensor de trabalhadores rurais no Pará”.

Reiteramos a informação de que a Revista é disponibilizada em duas versões: uma eletrônica e outra impressa, proporcionando ao leitor maior acessibilidade e incrementando a democratização do saber. Desejamos a todos um momento de reflexão agradável e produtivo e agradecemos aos autores pelo empenho e excelência de suas publicações.

**EMERSON GARCIA**

Diretor da Revista

**ADOLFO BORGES FILHO**

Vice-Diretor da Revista

# Sumário

## Doutrina

Herança digital e a morte do usuário: a violação ao direito à privacidade dos bens <i>Ana Carolina Alves de Paiva</i> .....	19
O processo de <i>impeachment</i> no presidencialismo de coalizão: como a revisão judicial da decisão do Senado Federal pode aprofundar a crise política no Brasil <i>Ana Luiza Baccin Carvalho</i> .....	53
O fim da tração animal na Ilha de Paquetá: breves notas sobre a experiência na seara de proteção animal <i>Christiane Monnerat</i> .....	79
O novo ICMS dos combustíveis em análise federativa <i>Fabricio Dantas Leite</i> .....	103
<i>Compliance</i> e responsabilidade penal da pessoa jurídica: aplicabilidade e função no direito português, à luz do direito comparado <i>Fabício Pinto Weiblen</i> .....	121
O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Leandro Fernandez</i> .....	165
Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo <i>Guilherme Sandoval Góes</i> .....	193
A responsabilidade dos dirigentes de uma empresa pelas mortes causadas no rompimento de uma barragem <i>Jeane Rodrigues Trancoso</i> .....	207
Agências Reguladoras no Brasil: fundamento constitucional e base legal <i>José Marinho Paulo Junior</i> <i>Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas</i> .....	239

Os aspectos penais da Lei Brasileira dos Criptoativos <i>Vladimir Aras</i> .....	267
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

## **Observatório Jurídico**

O Ministério Público e o cidadão: a atuação não pode se pautar apenas em relatos individuais

<i>Cláudio Henrique da Cruz Viana</i> <i>Felipe Ribeiro</i> .....	305
----------------------------------------------------------------------	-----

## **Observatório Filosófico**

A permanente atualidade do livro “*Em Busca de Sentido*” de Viktor E. Frankl

<i>Adolfo Borges Filho</i> .....	311
----------------------------------	-----

## **Peças Processuais**

### **Peças**

Peça Processual. Ação de improbidade administrativa em fase de cumprimento de sentença. Processo nº 5006876-21.2016.8.13.0701. 15º Promotor de Justiça de Uberaba. Medida cautelar com pedido de liminar, visando a antecipação parcial da tutela no Recurso de Apelação interposto nos autos da ação de improbidade administrativa já em fase de cumprimento de sentença. Objetivo: determinar o imediato restabelecimento das medidas de sequestro e indisponibilidade de bens que recaiam sobre os bens dos réus.

<i>José Carlos Fernandes Junior</i> .....	321
-------------------------------------------	-----

Peça Processual. Apelação Cível. Processo nº 0004094-25.2021.8.19.0042. Promotoria de Justiça Cível de Petrópolis. Recurso de Apelação Cível interposto contra sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis. Objetivo: Modificação do número de vereadores em função do aumento populacional via Mandado de Injunção. Impossibilidade de majoração pelo Judiciário. Violação da autonomia federativa. Ausência de número mínimo de vereadores no novo texto do art. 29 da Constituição Federal.

<i>Pedro de Oliveira Coutinho</i> .....	335
-----------------------------------------	-----

## **Memória Institucional**

Nota Introdutória .....345

### **Projeto Personalidades**

Tribunal do Júri: a vitrine do Ministério Público?.....347

### **História em Destaque**

Amélia Duarte, um exemplo de mulher feminista.....373

## **Jurisprudência**

### **Supremo Tribunal Federal**

#### **Jurisprudência Criminal**

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 203.546 / PARANÁ. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Penal. Execução Penal. Pretensão de remição de pena por estudo a distância. Existência de certificado de conclusão do curso. Fiscalização deficiente do estudo por parte do estabelecimento prisional. Falha do Poder Público. Ordem Concedida.

*Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 28.06.2022, DJe 30.06.2022* .....383

#### **Jurisprudência Cível**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 918.315 / DISTRITO FEDERAL. Constitucional. Previdenciário. Servidor público aposentado devido à doença mental incapacitante. Lei Complementar do Distrito Federal que determina o pagamento da aposentadoria ao curador. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Relevância social e jurídica. Convenção de Nova York (art. 5º, § 3º, CF/1988). Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios provido. Fixação de tese de repercussão geral.

*Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 17.12.2022, DJe 17.03.2023* .....397

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.149 / RIO DE JANEIRO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 9.385/2021, do Estado do Rio de Janeiro, que inseriu o inciso XII no art. 19 da Lei nº 4.528/2005, para garantir a reserva de vagas em escola para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar. Violação dos arts. 2º; 61, § 1º, II, e; e 84, VI, a, da CF. Não ocorrência. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

*Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, Sessão Virtual de 16.9.2022 a 23.9.2022, DJe 04.10.2022.....* **415**

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Criminal

*HABEAS CORPUS* Nº 657165 / RIO DE JANEIRO (2021/0097651-5). *Habeas Corpus*. Tráfico de Drogas. Acordo de Não Persecução Penal. Poder-dever do Ministério Público. Ausência de confissão no inquérito policial. Não impedimento. Remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça. Inteligência do art. 28-A, § 14, do CPP. Necessidade. Ordem concedida.

*Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09.08.2022, DJe de 18.08.2022.....* **431**

*HABEAS CORPUS* Nº 754789 / RIO GRANDE DO SUL (2022/0210041-8). *Habeas Corpus*. Posse irregular de munição. Nulidade probatória. Invasão de imóvel sem mandado judicial. Estabelecimento comercial. Local aberto ao público. Inviolabilidade de domicílio. Não ocorrência. Princípio da consunção. Receptação e posse ilegal de munição. Crimes de natureza autônoma. Pena-base. Expressiva quantidade de armamento apreendido. Majoração. Fundamentação idônea. Ordem denegada.

*Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 06.12.2022, DJe de 15.12.2022.....* **451**

### Jurisprudência Cível

*HABEAS CORPUS* Nº 742.879 / RIO DE JANEIRO (2022/0148090-2). Constitucional, Processual Civil e Falimentar. *Habeas Corpus*. Falência. Agravo de Instrumento. Tutela de urgência. Apreensão e retenção de passaporte do falido. Medida atípica (CPC/2015, art. 139, IV). Razoabilidade. Ordem denegada.

*Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13.09.2022, DJe de 10.10.2022.....* **469**

## **Jurisprudência Internacional**

Nota Introdutória .....	<b>489</b>
Caso Sales Pimenta vs. Brasil .....	<b>491</b>

## **Noticiário**

PGJ recebe a visita da Consultora Jurídica do Prêmio Innovare .....	<b>565</b>
MPRJ participa de Encontro Internacional de Cibercrimes realizado na Argentina .....	<b>567</b>
MPRJ participa da assinatura do Plano Estadual de Reordenamento do Serviço de Acolhimento Institucional para Jovens e Adultos com Deficiência.....	<b>569</b>
Luciano Mattos é reempossado como vice-presidente do CNPG na Região Sudeste .....	<b>571</b>
MPRJ inaugura Núcleo de Apoio às Vítimas.....	<b>573</b>
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO .....	<b>575</b>



Detalhe da imagem da capa



# Doutrina





# Herança digital e a morte do usuário: a violação ao direito à privacidade dos bens

Ana Carolina Alves de Paiva\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Do Direito das Sucessões. 2.1. Noções gerais. 2.2. Modalidades de sucessão. 2.3. Princípio da saisine. 2.4. Herança. 3. A herança digital e a morte do usuário. 3.1. Herança digital. 3.2. Bens digitais. 4. O Direito à privacidade na sucessão dos bens digitais híbridos. 4.1. Os contratos com as plataformas. 4.2. A exploração econômica por parte dos herdeiros no perfil do falecido. 4.3. Casos concretos. 4.4. Projetos de lei. 5. Considerações finais. Referências.

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar os impactos da herança digital no direito sucessório, que ocorre quando uma pessoa morre e deixa um acervo digital, oneroso ou não. São tratados e desenvolvidos o contexto no qual o direito à privacidade pode ser violado com a morte do usuário, o destino que as plataformas têm para o acervo, como o perfil do *de cujus* pode ser explorado por parte dos herdeiros e como os legisladores e tribunais têm se posicionado diante dessa temática. Conclui-se que se faz necessária a elaboração de uma lei que trate de forma justa e eficiente todas as espécies de bens digitais, bem como que os usuários façam um planejamento sucessório na ausência de legislação específica, devendo-se verificar os instrumentos já existentes no direito brasileiro para o tratamento de tais situações.

## Abstract

*This work aims to analyze the impacts of digital inheritance on inheritance law, which occurs when a person dies and leaves a digital collection, costly or not. The context in which the right to privacy can be violated with the death of the user is treated and developed, the destination that platforms have for the collection, how the profile of the deceased can be explored by the heirs and how legislators and courts have taken a stand on this issue. It is concluded that it is necessary to draw up a law that deals fairly and efficiently with all types of digital goods, as well as that users carry out succession planning in the absence of specific legislation, and the instruments already existing in the Brazilian law for the treatment of such situations.*

---

\* Especializanda em Direito Público e Privado junto ao CP Iuris. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Ibmec. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

**Palavras-chave:** Direito sucessório. Direito à privacidade. Herança digital. Bens digitais. Bens digitais híbridos.

**Keywords:** *Inheritance law. Right to privacy. Digital inheritance. Digital assets. Hybrid digital assets.*

## 1. Introdução

O mundo vem se transformando em um grande canal de comunicação, o qual é cada vez mais tecnológico, e o mercado se modificando e trazendo novas profissões voltadas para essa tecnologia. Tudo está se tornando ainda mais possível e prático.

Após o Facebook mudar seu nome para “Meta” em 2021, muitas empresas passaram a investir e a ter curiosidade sobre o assunto e o metaverso está chamando a atenção de diversos investidores no mundo todo. Uma reportagem do portal InfoMoney esclarece de forma objetiva esse conceito:

Metaverso é uma espécie de nova camada da realidade que integra os mundos real e virtual. Na prática, é um ambiente virtual imersivo construído por meio de diversas tecnologias, como Realidade Virtual, Realidade Aumentada e hologramas.<sup>1</sup>

Acredita-se que daqui a alguns anos será possível assistir a *shows*, participar de reuniões, festas, encontros e ter diversas outras possibilidades dentro do metaverso. É interessante que essa ideia seja amadurecida, para não haver violação de dados e manter-se a privacidade dos usuários.

Porém, o objetivo deste artigo é analisar os impactos trazidos pelo instituto da herança digital no Direito brasileiro, especificamente, no Direito Sucessório. Com o avanço da tecnologia ao longo dos anos, a sociedade, em sua maior parte, passou a utilizar cada vez mais a internet como forma de comunicação. Nos tempos atuais, é quase impossível viver sem um *smartphone*; as pessoas acabam criando um patrimônio digital através dele, algumas vezes oneroso.

Em caso de morte do usuário, esse patrimônio pode ser objeto de sucessão, e o grande debate é porque não há legislação específica sobre o tema. Com isso, abre-se margem para uma discussão na doutrina e na jurisprudência. Tal patrimônio pode suscitar um conflito entre o direito à preservação da privacidade do *de cujus* e a de terceiros, em caso de não haver vontade expressa em testamento sobre o destino da herança digital.

<sup>1</sup> INFOMONEY. *Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores.* [s.l.], 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

Entende-se que é um desafio para o Direito Civil acompanhar toda essa evolução sucessória; por isso, é de suma importância dar um tratamento adequado ao acervo digital para gerar segurança jurídica aos direitos dos herdeiros.

## 2. Do Direito das Sucessões

### 2.1. Noções gerais

O Direito Sucessório está sempre relacionado a *causa mortis* e não se confunde com Direito Inter Vivos, uma vez que o pressuposto do primeiro é a morte.

Conforme previsto no Código Civil de 2002, em seu art. 6º, a existência da pessoa natural termina com a morte real ou presumida, isto é, cessam para a pessoa seus direitos e deveres, extinguindo-se sua personalidade jurídica. Todavia, subsistem para o morto os direitos da personalidade, cuja tutela e proteção pode ser requerida pelo cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau, conforme art.12, parágrafo único, do Código Civil.<sup>2</sup>

Segundo Rolf Madaleno:

O primeiro artigo do Código Civil brasileiro inicia prescrevendo ser toda pessoa capaz de direitos e deveres na ordem civil e, embora não se restrinja exclusivamente à pessoa física, porquanto a pessoa jurídica também possa ser sujeito de direitos e de obrigações, é somente a existência da pessoa natural que termina com a morte. Sobrevindo a morte, os bens e as obrigações deixadas pelo falecido transmitem-se de imediato aos seus herdeiros e legatários, conferindo uma transcendência jurídica desses direitos e deveres aos sucessores do *de cuius*, embora o óbito extinga definitivamente outras relações jurídicas que não são transmitidas aos sucessores. O Direito das Sucessões compreende a transmissão *mortis causa* da totalidade do acervo do falecido para seus herdeiros, razão pela qual o direito sucessório também é chamado de Direito Hereditário.<sup>3</sup>

Cabe dizer que a sucessão hereditária pode ocorrer a título universal – quando todos os bens são transferidos para os herdeiros – ou a título singular – quando há transferência de um único bem, um apartamento, por exemplo.

Tepedino, Naves e Meireles esclarecem que:

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Luis Paulo Contrim *et al.* Artigo 06 [do Código Civil]. *Direito.com*, [s.l.], c2015a. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-06-5>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>3</sup> MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 2.

Quanto aos efeitos, a sucessão pode ser a título universal ou a título singular. Na sucessão a título universal, o herdeiro recolhe a totalidade dos bens da herança ou uma fração aritmética da universalidade, isto é, uma cota ideal do patrimônio sem discriminação de quais sejam os bens transmitidos. Só se admite na modalidade *mortis causa*, tendo em vista o disposto no artigo 548 do Código Civil, segundo o qual “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador”. Na sucessão a título singular, o legatário recebe bens determinados (“deixo meu apartamento”); certa generalidade de coisas (“deixo meu conjunto de porcelana chinesa”) ou uma quota concreta de bens (“deixo ½ da casa de campo”). Tais disposições são sempre discriminadas em testamento ou codicilo.<sup>4</sup>

Com isso, entende-se que sucessão é uma relação jurídica complexa que rege o destino patrimonial do conjunto de ativo e passivo do qual todo sujeito é titular.

## 2.2. Modalidades de sucessão

A sucessão ocorre por disposição de última vontade e pode ser testamentária ou legítima. Na legítima são chamados a suceder aqueles que a lei indica como sucessores do autor da herança, ou seja, onde os efeitos operam *ope legis*. Já a sucessão testamentária é feita em vida, por meio de testamento ou codicilo e é um ato de última vontade do *de cuius*, considerado negócio jurídico unilateral, em que só é preciso uma vontade para ser constituído.

Vale ressaltar o lecionado por Orlando Gomes:

Ocorre a sucessão legítima quando seu autor não haja disposto validamente, no todo ou em parte, de seus bens, por testamento. Verifica-se necessariamente, em parte, quando há herdeiros aos quais destine a lei determinada porção da herança.

É testamentária a sucessão que deriva de ato de última vontade praticado pela forma e nas condições estabelecidas na lei.<sup>5</sup>

É importante mencionar que, apesar da regra nos testamentos, esse instrumento também pode tratar do reconhecimento de filhos, reabilitação de indigno, entre outros atos.

Flávio Tartuze ilustra a possibilidade de reabilitação de indigno:

<sup>4</sup> TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Fundamentos de direito civil: Direito das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7.

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 6.

Admite-se a reabilitação do indigno por força de testamento ou outro ato autêntico, caso de uma escritura pública (reabilitação expressa). O art. 1.818 do CC, que trata dessa possibilidade, prevê ainda a reabilitação tácita, presente quando o autor da herança contempla o indigno por testamento, quando já conhecia a causa da indignidade.<sup>6</sup>

Fábio Ulhoa Coelho fala sobre o reconhecimento de filhos por meio do testamento:

[...] Além da escritura pública ou escrito particular, são meios hábeis para o reconhecimento de filhos o testamento ou manifestação direta e expressa perante o juiz, mesmo em processo judicial estranho à investigação da paternidade ou maternidade (art. 1.609, III e IV).<sup>7</sup>

O testamento é um negócio jurídico formal, solene, gratuito, revogável e *causa mortis*, isto é, só tem efeito após a morte. Cabe ressaltar que existem três modelos: público, cerrado e particular. O Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 1.862 as formas ordinárias de testamento.

Flávio Tartuce conceitua o testamento como:

Um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.<sup>8</sup>

Quando o autor da herança não deixa testamento, resta a sucessão legítima, mediante a qual a sucessão passa a ser regulada pela lei, isto é, pela ordem de vocação hereditária. Destaca-se que se aplica a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, e que esta tem início no lugar do último domicílio do falecido, conforme previsto no art. 1.785 do Código Civil.

A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG) entendeu que:

<sup>6</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, Direito das Sucessões*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a. v. 6. p. 412.

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Família e Sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 112.

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b. p. 2.633.

O Juízo competente para a ação de inventário é, primeiramente, o do domicílio do *de cujus*. Não possuindo domicílio certo, será o da situação dos bens. Por último, se não tinha domicílio certo e possuía bens em diversos lugares, será o do local do seu óbito. [...] <sup>9</sup>

Conforme previsto no art. 48 do novo Código de Processo Civil (CPC), se o falecido não tinha domicílio certo, os herdeiros podem optar por fazer o inventário no foro da situação dos bens e escolher um deles, desde que os bens estejam em várias cidades. <sup>10</sup>

O art. 1.829 do Código Civil é de suma importância no Direito Sucessório, tendo em vista que ele determina a ordem de sucessão:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. <sup>11</sup>

Sílvio de Salvo Venosa explica que:

O direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareção física da pessoa, a seus sucessores. A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) transfere-se dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima”. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido

<sup>9</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.13.183666-0/001/MG*. Ação de Inventário. Foro competente. Domicílio do *de cujus*. Apelante: Mercie Carmo Ferreira Alves. Apelados: Edmar de Carvalho Alves Neto; Jorge Miguel Felisberto Alves e outro(s). Relatora: Desª. Albergaria Costa, 31 ago. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/856882959>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>10</sup> GUIMARÃES, Luis Paulo Contrim *et al.* Artigo 1.785 [do Código Civil]. *Direito.com*, [s.l.], c2015b. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1-785>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Instituto o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.



não ter deixado testamento, ou quando, mesmo perante a existência de ato de última vontade, este não puder ser cumprido.<sup>12</sup>

A ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que nela residem os maiores vínculos afetivos do autor da herança.<sup>13</sup>

### 2.3. Princípio da saisine

No Direito Português, o princípio da saisine foi inserido pelo Alvará de 9 de novembro de 1754 – seguido do Assento de 16 de fevereiro de 1786 – e ocasiona a transmissão automática dos direitos da herança. A morte determina a abertura da sucessão e a imediata transferência dos bens aos herdeiros do testamento eventualmente deixado pelo defunto. Não só dos bens, há também a transmissão de todos os direitos, pretensões, ações e exceções de que o falecido era titular, exceto seus direitos pessoais.<sup>14</sup>

Saisine é o princípio central do Direito Sucessório. É um instituto que carrega dois efeitos jurídicos distintos, a abertura da sucessão e a aquisição da herança, para que ocorram concomitantemente. No exato momento em que o autor da herança morre, seus herdeiros a adquirem de forma automática e imediata, por meio do Direito Sucessório, sem a necessidade da abertura de qualquer processo ou autorização.

Todo e qualquer patrimônio não pode existir sem uma pessoa que o titularize. O princípio da saisine traduz a regra segundo a qual os herdeiros adquirem a herança/legado no exato momento da abertura da sucessão. Rolf Madaleno corrobora esse pensamento, ao afirmar:

Com a abertura da sucessão incide a aplicação do princípio da saisine, que determina a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro no exato momento da morte do sucedido, não dependendo de qualquer formalidade legal e tampouco da prévia abertura do inventário.<sup>15</sup>

Faz-se mister colacionar as palavras do doutrinado Flávio Tartuce:

Surge aqui razão de importância quanto ao momento da morte, pois ocorrendo esta 7.4.7 7.4.7.1 e sendo aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 21.

<sup>13</sup> MADALENO, 2020, p. 168.

<sup>14</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. t. XVII, p. 18.

<sup>15</sup> MADALENO, 2020, p. 38.

e testamentários. Este é o princípio da saisine, um dos mais importantes do Direito Civil.<sup>16</sup>

A morte é um fato jurídico, que gera efeitos jurídicos automáticos, e o efeito imediato a ela é a abertura da sucessão.

O direito de saisine como ficção jurídica evita que a herança reste no vazio e sem titularidade até que os herdeiros se habilitem para aceitá-la. A transmissão da herança é imediata e não depende da prévia adição dos herdeiros, que sequer precisam ter conhecimento da morte do titular dos bens, e tampouco estar presentes ou gozarem da capacidade civil, sucedendo a aceitação ou o repúdio da herança em ato posterior. Igualmente independe da posse física da coisa, o herdeiro simplesmente substitui o autor da herança no exato momento de seu óbito, recebendo os bens no estado e com os vícios eventualmente existentes.<sup>17</sup>

Conforme explica Rolf Madaleno,<sup>18</sup> morrendo alguém, é aberta a sucessão, na expressão do art. 1.784 do Código Civil. A herança de quem falece é transmitida *ipso iure* aos seus herdeiros legítimos e testamentários, adotando o Direito brasileiro a doutrina que lhes garante a transmissão imediata da posse, da propriedade e das obrigações.

Vale lembrar que, além do princípio da saisine, também temos o princípio da proteção da legítima e o princípio da proteção à vontade do testador (ou liberdade de testar).

O primeiro tem relação com a porção ou fração do patrimônio do falecido que é, por força de lei, reservada aos herdeiros necessários. Quem tem herdeiro necessário não é plenamente livre para regular a sucessão; quando quiser usar da sua liberdade, só terá 50% do patrimônio para dispor em testamento. Herdeiros necessários estão previstos no art. 1.845, e a doutrina entende companheiro(a) como tal.

Colaciona-se trecho da obra do Flávio Tartuce a fim de melhor ilustrar:

Ilustrando, se alguém faz por testamento a disposição de 70% do seu patrimônio, a disposição é válida apenas em 50%. Em relação aos outros 20%, os bens devem ser destinados aos herdeiros legítimos, ocorrendo em tal proporção a redução testamentária. Deve ficar bem claro que “o fato de o testador ter extrapolado os limites da legítima não enseja a nulidade do testamento, impondo-se tão

<sup>16</sup> TARTUCE, 2021b, p. 1.659.

<sup>17</sup> MADALENO, 2020, p. 39.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 38.

somente a redução das disposições testamentárias” (TJRS. *Acórdão 70026646075*. 8.<sup>a</sup> Câmara Cível, Erechim, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 19.03.2009, DOERS 26.03.2009, p. 43). Sintetizando, a redução não atinge o plano da validade do testamento, mas a sua eficácia. Isso serve para diferenciar a redução do testamento – que gera a ineficácia parcial do ato de última vontade – da redução da doação –, que gera a sua invalidade parcial.<sup>19</sup>

Já o princípio da proteção à vontade do testador/liberdade de testar (pode ser chamado das duas formas) está relacionado ao testamento. Sobre tal dispositivo, ora traz-se à lume os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

Os bens da legítima, portanto, não podem ser destinados, por disposição de última vontade do testador, a quem não seja seu herdeiro necessário. Isso não significa, contudo, que o testador nada possa dispor, em testamento, acerca deles. Na verdade, ele tem o direito de os partilhar entre os herdeiros necessários, desde que respeite as quotas hereditárias, definindo o bem a ser destinado a cada sucessor (CC, art. 2.014). E pode, também, gravar os bens da legítima com a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (art. 1.848). Para tanto, contudo, deve externar as razões pelas quais está fazendo o gravame, indicando, por exemplo, que considera o cônjuge da filha um perdulário ou receia que a mãe perca na mesa de jogo o que receber de herança. Se o motivo alegado não tiver fundamento e se mostrar mera vingança do testador, o juiz pode liberar o bem do gravame. Também é cabível, havendo justa causa, a autorização judicial para a alienação dos bens gravados, com sub-rogação do ônus naqueles em que se converter o produto da venda (art. 1.848, § 2.º).<sup>20</sup>

Devemos apreciar a autonomia privada, as pessoas podem destinar os seus bens da forma que quiserem. No entanto, devemos considerar o princípio anterior. A liberdade do testador não é plena ou absoluta e a proteção da legítima regula isso.

#### 2.4. Herança

Herança é o ativo patrimonial deixado pelo *de cujus*, porém não se deve confundi-la com o conjunto de bens deixado pelo morto, que só será adquirido com a partilha. Os herdeiros têm direito à herança, ou seja, têm direitos hereditários.

<sup>19</sup> TARTUCE, 2021b, p. 2.699.

<sup>20</sup> COELHO, 2020, p. 180.

Rolf Madaleno explica que:

A expressão herança tem sua origem no termo latino *hereditas*, relacionado com *herus* e cujo significado é ser dono, ou seja, tudo que pertence ao sucedido, seu ativo e passivo, deve ser transmitido aos seus herdeiros em razão de sua morte. Conforme o art. 659 do Código Civil espanhol, a herança compreende todos os bens, direitos e obrigações de uma pessoa, que não se extinguem com sua morte, pois os herdeiros sucedem ao defunto pelo tão só fato de sua morte, em todos os seus direitos e as suas obrigações.<sup>21</sup>

Para tanto, traz-se à colação a lição do professor Caio Mário Pereira:

Herança é o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*. Diz-se, também, acervo hereditário, massa ou monte. Numa especialização semântica, como equivalente a espólio, traduz a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros.

Sucessão é o direito por cuja força a transmissão se dá. Recebe o qualificativo de legítima ou intestada, quando o *de cuius* não deixa testamento, e sucessão testamentária, em caso contrário.<sup>22</sup>

Tudo o que tem valor econômico e que seja do morto é considerado herança. Nem todos os direitos comportam uma apreciação econômica, como é o caso dos que dizem respeito à personalidade, ao nome, à honra, à liberdade e à integridade pessoal.<sup>23</sup>

Quem já faleceu não tem capacidade para suceder, mas qualquer pessoa viva ou concebida à época da abertura da herança (exato momento da morte do autor) a tem.

Importante citar o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, que assim define:

Para ser sucessora, assim, a pessoa física deve estar viva. Em outros termos, ela já deve ter nascido ou pelo menos ter sido concebida no momento em que ocorreu a morte do autor da sucessão (CC, art. 1.798). O nascituro, portanto, tem capacidade para suceder. Se falece o pai durante a gestação do filho, este, embora ainda não nascido, participará da sucessão. Para tanto exige-se, porém, que nasça com vida (art. 2.º). Se o rebento é sadio e vinga, sucede como

<sup>21</sup> MADALENO, 2020, p. 74.

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 12.

<sup>23</sup> MADALENO, 2020, p. 28.

se já tivesse nascido ao tempo da morte do pai. Se só conseguiu viver fora do útero materno por alguns instantes, será mesmo assim sucessor do pai, recebendo a herança e a transmitindo para sua mãe. Se não conseguiu viver fora do útero materno, por fim, não adquiriu capacidade para suceder e a transmissão dos bens do pai ocorrerá como se nunca tivesse sido concebido.<sup>24</sup>

O direito à herança está previsto na Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, inciso XXX, sendo considerado uma garantia fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança [...].<sup>25</sup>

Clóvis Beviláqua define a herança como a universalidade dos bens que alguém deixa por ocasião de sua morte e que os herdeiros adquirem. É o conjunto de bens, o patrimônio que alguém deixa ao morrer.<sup>26</sup>

Outrossim, ressalta-se a importância de dois outros institutos do Direito Sucessório, decorrentes da noção de herança: a herança jacente e a herança vacante. Tepedino, Nevares e Meireles entendem que:

Os bens hereditários que não se incorporam ao patrimônio dos sucessores, por inexistir testamento ou serem ignorados os herdeiros legítimos, submetem-se a prosseguimento legal à espera da definição de sua titularidade. A herança que assim jaz se denomina jacente, perdurando o estado de jacência até que sejam admitidos os herdeiros ou, à míngua destes, seja declarada a vacância da herança, com a transferência dos bens ao Poder Público.<sup>27</sup>

Ainda segundo o doutrinador Sílvio Venosa:

<sup>24</sup> COELHO, 2020, p. 148.

<sup>25</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2022. Art. 5º.

<sup>26</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899. p. 17-18.

<sup>27</sup> TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2021, p. 52.

Nossa lei não trata de forma muito clara a situação de uma herança sem herdeiros conhecidos. A herança é jacente quando não conhecemos quais são os herdeiros, ou então quando os herdeiros conhecidos repudiaram a herança, renunciaram, não existindo substitutos.

O estado de jacência é simplesmente uma passagem fática, transitória. Da herança jacente, não logrando entregar a herança a um herdeiro, passamos à herança vacante, ou seja, sem titular, como ponte de transferência dos bens do monte-mor ao Estado.<sup>28</sup>

Ademais, compreende-se que são dois institutos distintos: a herança jacente ocorre quando o falecido não deixa testamento, descendentes, ascendentes, cônjuges ou qualquer pessoa para sucedê-lo; a vacante quando, transcorrido um ano, nenhum herdeiro aparece, ou seja, a herança permanece sem titular após esse período.

Conforme o art. 1.844 do Código Civil, decorridos cinco anos dessa declaração, caso nenhum herdeiro legítimo apareça, os bens do *de cuius* se incorporam ao acervo patrimonial público, sendo devolvidos ao Município, ao Distrito Federal ou à União.

### **3. A herança digital e a morte do usuário**

#### **3.1. Herança digital**

A única certeza que temos é a de que um dia iremos morrer e todos os nossos bens ficarão ordinariamente para os nossos herdeiros, seja por via de testamento, seja por sucessão legítima; porém, atualmente, há uma preocupação que não existia há alguns anos, tendo em vista o avanço da tecnologia e o modo como ela faz parte do nosso cotidiano profissional e pessoal.

Da mesma forma que um imóvel, por exemplo, precisa de um destino, o acervo digital também precisa de um tratamento adequado, trazendo segurança jurídica para o *de cuius* e os terceiros envolvidos.

Nos dias atuais, a sociedade busca por plataformas de *streaming*, livros, jogos e outras ferramentas virtuais, tendo em vista sua praticidade, por exemplo, “carregar” cem livros em apenas um equipamento eletrônico, o que seria humanamente impossível se fossem livros físicos, ou poder ouvir várias músicas sem a necessidade de ter inúmeros CDs.

A herança digital é um tema que vem sendo discutido por diversos doutrinadores, mas ainda não há regulamentação específica sobre o tema. Com a pandemia, o online (que era exceção) virou regra e, em um mundo hiperconectado,

<sup>28</sup> VENOSA, 2017, p. 82.

começou-se a questionar para onde vão os bens digitais deixados pelos falecidos, ou seja, para onde vai a herança digital.

Para melhor exemplificar, necessário é citar Júlia Schroeder Bald Klein:

Surge, nesse contexto, a chamada “herança digital” ou *digital inheritance*, em inglês, ou *Digitaler Nachlass*, em alemão. Trata-se do patrimônio sucessível por ocasião da morte, consistente em bens incorpóreos que estão disponíveis no ambiente virtual. Em outras palavras, herança digital é o conjunto de bens digitais transmissíveis com o falecimento do titular para seus sucessores, sejam legítimos ou testamentários.<sup>29</sup>

A presente temática ainda não é regulamentada pelo Código Civil de 2002 nem pelo Marco Civil da Internet<sup>30</sup> ou pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.<sup>31</sup> Existem projetos de lei, mas nada que tenha se tornado uma regra ou que traga segurança jurídica para a sociedade.

Livia Leal bem explica:

Como se pode verificar, o tratamento jurídico do conteúdo deixado pelo usuário após a sua morte inegavelmente tem sido desenvolvido sob a ótica patrimonial, estando vinculado com frequência a expressões como “herança digital”, “legado digital”, “patrimônio digital”, “ativo digital”, que revelam, em última análise, um exame inicial muitas vezes puramente patrimonial. Sob essa ótica, os arquivos constantes na rede constituiriam bens incorpóreos que agregariam valor econômico ao titular, razão pela qual deveriam ser transferidos aos herdeiros após a morte do usuário.<sup>32</sup>

Tratando da realidade herança digital como cotidiana para muitas pessoas, Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Júlia Schroeder Bald Klein pontuam que:

<sup>29</sup> KLEIN, Júlia Schroeder Bald. *A (in)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética, 2021. p. 59.

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019]. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>32</sup> LEAL, Livia. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. p. 190.

Computadores, *tablets* e *smartphones* já fazem parte do dia a dia de milhares de brasileiros. As pessoas podem não ter bens físicos, móveis e imóveis, mas a probabilidade de conservarem um patrimônio digital, na contemporaneidade, é considerável.<sup>33</sup>

Diante do exposto, é de suma importância o tratamento adequado ao acervo digital, não só para que o morto tenha sua privacidade assegurada, mas também para que os herdeiros e terceiros interessados possam ter seus direitos garantidos.

A internet promove a resignificação das noções tradicionais de espaço e tempo,<sup>34</sup> na medida em que a representação do indivíduo na rede permanece independentemente da localização espacial e da passagem temporal. Informações referentes a diversos momentos e lugares convivem em um mesmo ambiente, que agrega toda essa multiplicidade.<sup>35</sup>

Sendo assim, a morte passa a ter grandes impactos e traz um novo olhar sobre o direito sucessório. O acervo digital que o sujeito vai criando ao longo da vida gera muitas controvérsias entre os doutrinadores, e há divergência nas decisões de tribunais.

Por fim, entende-se que a herança digital é uma realidade e que, se não for levada a sério, pode trazer grandes prejuízos para a sociedade, tendo em vista que os usuários podem ter sua privacidade violada. Analisar o que se tem proposto em relação a esse tema e as repercussões das soluções que vêm sendo apresentadas é um importante passo, porque, a depender do destino desses conteúdos, os usuários podem utilizar a internet de formas diversas ao longo de suas vidas.<sup>36</sup>

### 3.2. Bens digitais

Como dito anteriormente, o mundo está se tornando ainda mais digital com o passar dos anos. Celulares e computadores estão mais modernos a cada dia, possibilitando que a vida das pessoas fique em suas mãos. No espaço virtual podem-se encontrar livros, músicas, jogos, filmes e diversos outros produtos que ficam armazenados em uma “nuvem”, algo que não era possível há poucos anos.

Bruno Zampier define o que são bens digitais:

<sup>33</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Herança digital: diretrizes a partir do leading case do Der Bundesgerichtshof. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 30, p. 183-199, out./dez. 2021. p. 184.

<sup>34</sup> “Nas comunidades virtuais digitais de mortos, o tempo pressupõe o dinamismo da velocidade, por meio da constante atualização da narrativa, mas também uma desaceleração, na medida em que insere o usuário no tempo total sob dois aspectos: projeto de vida eterna, ancorado na manutenção da memória do morto, e possibilidade de conexão sem espaço fixo, ou seja, acesso ao suporte portátil (mobilidade)”. RIBEIRO, Renata Rezende. *A morte midiaticizada: como as redes sociais atualizam a experiência do fim da vida*. Rio de Janeiro: EDUFF, 2016. p. 95.

<sup>35</sup> LEAL, 2018, p. 182.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 185.



Seria possível agora rascunhar um conceito do que se está a denominar de bens digitais. Estes seriam aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico.<sup>37</sup>

Consideram-se bens digitais “todos aqueles conteúdos na rede, passíveis ou não de valoração econômica, que proporcionem alguma utilidade para o seu titular”.<sup>38</sup> Os bens são divididos pela doutrina da seguinte forma: digitais patrimoniais, existenciais e patrimoniais-existenciais.

Em seu artigo, Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal evidenciam o entendimento doutrinário acerca da divisão do conceito de bens digitais:

De tais vetores, a doutrina costuma dividir o patrimônio digital da seguinte forma: (i) bens digitais patrimoniais, aqueles conteúdos que gozam de valor econômico, como milhas aéreas, bibliotecas musicais virtuais, acessórios de videogames e outros; (ii) bens digitais personalíssimos, que compreendem aquela parte do acervo dotado de valor existencial, seja do titular, seja de terceiros com os quais se envolveu, a exemplo de correios eletrônicos, redes sociais como o WhatsApp e o Facebook, e outros; (iii) por fim, os bens digitais híbridos, cujo núcleo seja abrangido tanto por conteúdo personalíssimo como patrimonial, como contas do YouTube de pessoas públicas que são monetizadas pela elevada quantidade de acessos.<sup>39</sup>

O patrimônio digital provido de valor econômico é considerado bem digital patrimonial. Cada ser humano, a partir do momento em que se torna usuário da Internet, tem a possibilidade de ser titular de uma universalidade de ativos digitais. Esse patrimônio digital dotado de economicidade formaria a noção de bem tecnodigital patrimonial.<sup>40</sup>

Bruno Zampier define de forma objetiva o conceito personalíssimo:

<sup>37</sup> ZAMPIER, Bruno. *Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. 2ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 76.

<sup>38</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 337.

<sup>39</sup> HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 380-381.

<sup>40</sup> ZAMPIER, *op. cit.*, p. 89.

Cada ser humano, a partir do momento em que se tornar usuário da Internet, terá a possibilidade de titularizar ativos digitais de natureza personalíssima. E esse movimento é altamente comum nos dias atuais, com a proliferação tantas vezes demonstrada neste estudo das redes sociais. O sujeito irá realizar o upload de fotos, vídeos, externar suas emoções, seus pensamentos, suas ideias, sua intimidade, com um número ilimitado de pessoas. Este conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo formaria a noção de bem tecnodigital existencial.<sup>41</sup>

As mensagens trocadas com terceiros se enquadram nessa categoria e cabe ressaltar que este é um tema bastante delicado, visto que pode ocorrer violação à privacidade, pela falta de um tratamento adequado aos bens personalíssimos.

Existem ativos digitais que não poderão ser enquadrados como exclusivamente patrimoniais ou existenciais.<sup>42</sup> Quando os bens têm valor econômico e são considerados personalíssimos, classificam-se como bens digitais híbridos ou patrimoniais-existenciais.

Com o passar dos anos, as profissões estão mais tecnológicas e as pessoas estão se reinventando nas que já existiam. Com uma câmera e acesso à Internet, pode-se mudar a vida com apenas uma publicação, tonando-se influenciador digital ou *youtuber*, por exemplo. Pessoas desconhecidas influenciam outras de diversas formas, como na escolha das roupas, do cardápio para o Natal ou, até mesmo, na opinião política ou religiosa.

O *youtuber* ou influenciador digital passa a ganhar dinheiro conforme ganha seguidores e o seu perfil começa a ter valor econômico. Marcas passam a procurá-lo para comerciais e divulgação de seus produtos, que são adquiridos pelos seguidores.

Uma das maiores influenciadoras digitais do Brasil, Virginia Fonseca, informou em uma reportagem à “Forbes” que vendeu R\$ 10 milhões em sérums em apenas um mês.<sup>43</sup> É incrível o poder de influência, as pessoas sequer tinham certeza da eficácia do produto, mas foram convencidas por ela e depositaram confiança. Em um trecho da entrevista ela e sua sócia explicam: “Só no primeiro mês, tivemos mais de 4 milhões de acessos e ficamos três vezes no ranking mundial de mais vendidos da rede, que conta com grandes empresas como Boticário e Carrefour”.<sup>44</sup>

O *youtuber* Felipe Neto foi eleito pela revista norte-americana “Time” uma das 100 pessoas mais influentes do mundo. Sua declaração é um exemplo de como ele tem o poder de influenciar diversas pessoas politicamente:

<sup>41</sup> ZAMPIER, 2021, p. 123.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>43</sup> SIMONETTI, Giovanna. Virginia Fonseca e Samara Pink: “Vendemos R\$ 10 milhões em sérums em apenas um mês”. *Forbes*, [s.l.], 30 nov. 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbeslife/2021/11/virginia-fonseca-vendemos-r-10-milhoes-em-seruns-em- apenas-um-mes/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>44</sup> *Ibid.*

Continuarei usando essa influência para valores positivos, na luta pelos *direitos humanos*, pela *democracia* e no enfrentamento à desinformação e ao *fascismo*. Eu só tenho a agradecer a cada um que me acompanhou e acompanha ao longo dessa história e dizer que isso é apenas o início. (grifo nosso)<sup>45</sup>

O perfil da cantora Marília Mendonça ainda é um meio de sobrevivência da sua família que, após a sua morte, lançou músicas e produtos assinados por ela, mantendo a interação com os fãs. Isso demonstra que podemos considerar novas profissões na sociedade, cabendo ao direito sucessório a devida atualização, para que seja feita a destinação correta dos bens digitais.

Todavia, cabe ressaltar que não podemos considerar qualquer bem digital como herança. Tendo em vista a repercussão do tema, os tribunais estão começando a se posicionar e dando o tratamento adequado para algumas questões. Um exemplo é a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>46</sup> ao entender que as milhas aéreas sem contraprestação pecuniária não integram acervo hereditário.

#### 4. O direito à privacidade na sucessão dos bens digitais híbridos

Com a morte, a personalidade jurídica se encerra e retira do *de cuius* o direito de ser sujeito de direitos e obrigações, mas o mesmo não acontece com a privacidade, a honra, a intimidade e a imagem.

A doutrina brasileira tem avançado nessa discussão, trazendo à tona o direito à privacidade do morto, posto que no ordenamento jurídico, a personalidade se extingue com a morte, mas os direitos sobre ela continuam.<sup>47</sup>

O Direito à Privacidade está garantido na Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

<sup>45</sup> CARAS DIGITAL. *Felipe Neto está na lista dos 100 mais influentes do mundo da 'Time': "Anestesiado"*. [s.l.], 23 set. 2020. Disponível em: <https://caras.uol.com.br/atualidades/felipe-neto-esta-na-lista-dos-100-mais-influentes-do-mundo-da-time-anestesiado.phtml>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1878651-SP*. Direito do Consumidor. Direito Civil. Recurso Especial. Irresignação manejada sob a égide do NCP. Ação Civil Pública. Prestação de serviço. Regulamento de plano de benefício. Programa TAM Fidelidade. Violação ao disposto no art. 1.022 do NCP. Inexistência. Cláusula 1.8 do regulamento do mencionado programa. Contrato de adesão. Art. 51 do CDC. Necessidade de demonstração da abusividade ou desvantagem exagerada. Inexistência. Contrato unilateral e benéfico. Consumidor que só tem benefícios. Obrigação intuito *personae* [...]. Recorrente: TAM Linhas Aéreas S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moura Ribeiro, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1238993071/decisao-monocratica-1238993220>. Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>47</sup> GUILHERMINO, Everilda Brandão. Direito de Acesso e Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coord.). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. p. 159.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - 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 [...].<sup>48</sup>

O direito à privacidade do *de cujus* e de terceiros tem sido tema em diversos artigos jurídicos. É interessante compreender que tanto o falecido quanto as pessoas que se comunicaram com ele teriam sua privacidade violada quando os herdeiros tivessem acesso ao acervo digital e talvez isso não fosse de sua vontade. Por isso, é de suma importância ter uma legislação e acesso a essas informações. Por se tratar de uma temática nova no Direito brasileiro, muitas pessoas não sabem o que acontece com esses bens após a morte.

Bruno Zampier entende que:

A necessidade de confidencialidade da informação pode fazer com o indivíduo possa querer excluir qualquer tipo de circulação desta, como, por exemplo, informações sobre a saúde, hábitos sexuais, crenças, mesmo no ambiente digital. Ao se acessar a conta de e-mail ou de uma rede social, mesmo após a morte, o conhecimento desses detalhes reservados do sujeito leva a uma inevitável vulneração de sua esfera privada, alcançando eventualmente a de terceiros, como dito. Evitar a circulação dessas informações pode fazer com que se previnam situações de discriminação aos próprios parentes do falecido ou, ainda, de arranhão à reputação construída pelo sujeito em vida.<sup>49</sup>

Todo sujeito zela pela sua privacidade e isso não pode ser encerrado com a morte. Muitas pessoas deixam legados no mundo e, eventualmente, a violação de sua privacidade pode afetar ou prejudicar os herdeiros; por exemplo, ao abrir uma conversa no aplicativo WhatsApp, o cônjuge descobre a traição de sua esposa e procura o concubino para se vingar. Outro exemplo seria quando o filho lê conversas privadas de sua mãe ou pai falecido e aquilo o afeta psicologicamente.

Sendo assim, é fato que deve ser garantido o direito à privacidade do *de cujus* e de terceiros; permitindo aos herdeiros o acesso somente ao conteúdo adequado.

<sup>48</sup> BRASIL, 1988, Art. 5º.

<sup>49</sup> ZAMPIER, 2021, p.147.

#### 4.1. Os contratos com as plataformas

Diante da ausência de legislação, os contratos com as plataformas podem ser considerados abusivos, visto que, caso o usuário não determine em vida, é excluído de forma permanente todo o seu acervo digital, aos quais os herdeiros não terão mais acesso. Essa situação poderia ser decidida antes da morte, como acontece com o patrimônio tangível, que a sociedade já sabe que fará parte da sucessão. Grande parte da sociedade ainda não tem conhecimento de que os bens digitais também podem ser assim tratados.

Terra, Oliva e Medon explicam que:

De modo geral, com exceção do Google, as plataformas ou destroem o conteúdo das contas de seus usuários falecidos ou não permitem o acesso pelos herdeiros. Essa conduta, consoante ressaltado, afigura-se problemática, pois extrapola a natureza dos serviços prestados pela plataforma. As plataformas viabilizam interação digital do usuário e o armazenamento de arquivos, e não devem ter ingerência sobre a destinação desse conteúdo após o falecimento do usuário, e muito menos excluir o acervo digital do *de cujus*.<sup>50</sup>

Muitas pessoas não têm paciência de ler os termos de uso e os contratos com as plataformas, o que pode ser prejudicial tanto para elas como para seus herdeiros. Aquelas pequenas palavras podem conter cláusulas abusivas e, após a sua morte, o contrato aceito não poderá ser alterado. Tendo em vista a ausência de legislação, cada plataforma pode prever um destino diferente ao acervo digital do morto.

O Instagram permite que qualquer usuário denuncie a conta de alguém que já faleceu, e essa conta se transforma em memorial, porém é necessário um documento comprobatório do falecimento. Caso os familiares prefiram, podem solicitar a remoção da conta do Instagram e ela é excluída de forma permanente.<sup>51</sup>

O Facebook informa em seus termos que o usuário pode indicar um contato herdeiro para cuidar da conta que será transformada em memorial ou excluí-la permanentemente.

<sup>50</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão *causa mortis*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 103.

<sup>51</sup> CENTRAL DE AJUDA [DO INSTAGRAM]. *Como faço para denunciar a conta de uma pessoa falecida no Instagram?* [s.l.], c2022. Disponível em: [https://help.instagram.com/264154560391256/?helpref=search&query=memorial&search\\_session\\_id=54f4e40abf648170581c86c80de84bac&sr=2](https://help.instagram.com/264154560391256/?helpref=search&query=memorial&search_session_id=54f4e40abf648170581c86c80de84bac&sr=2). Acesso em: 13 nov. 2022.

Figura 1 – Formulário de solicitação de memorial do Facebook

The image displays two side-by-side screenshots of the Facebook memorial request form. The left screenshot shows the form with a red box highlighting the 'Qual é o nome do falecido?' field and the 'Enviar' button. The right screenshot shows the form with a red box highlighting the 'Enviar' button.

**Solicitação de memorial**

Qual é o nome do falecido?  
Please provide their FB profile URL link.

Se não conseguir encontrar quem está procurando, tente usar nosso formulário especial de solicitação.

Quando a pessoa faleceu?  
Se você não sabe a data exata, entre em contato com um membro da família ou amigo que saiba.

2021 janeiro 1

Documentação de morte  
Forneça uma cópia digitalizada ou foto do obituário, certificado de óbito ou outra documentação que confirme o falecimento do seu ente querido.

Escolher Arquivos nenhum arquivo selecionado

Se sua documentação estiver online, você poderá anexar uma captura de tela dela. Visite a Central de Ajuda para saber como fazer uma captura de tela.

Seu endereço de email  
Forneça um endereço de email válido que possa ser usado para entrar em contato com você.

Se você precisa de ajuda com os custos

**Enviar**

**Solicitação de memorial**

tente usar nosso formulário especial de solicitação.

Quando a pessoa faleceu?  
Se você não sabe a data exata, entre em contato com um membro da família ou amigo que saiba.

2021 janeiro 1

Documentação de morte  
Forneça uma cópia digitalizada ou foto do obituário, certificado de óbito ou outra documentação que confirme o falecimento do seu ente querido.

Escolher Arquivos nenhum arquivo selecionado

Se sua documentação estiver online, você poderá anexar uma captura de tela dela. Visite a Central de Ajuda para saber como fazer uma captura de tela.

Seu endereço de email  
Forneça um endereço de email válido que possa ser usado para entrar em contato com você.

Se você precisa de ajuda com os custos relacionados à sua perda, pense na possibilidade de criar uma campanha de arrecadação de fundos no Facebook.

**Enviar**

Fonte: Olhar Digital.<sup>52</sup>

O contato herdeiro pode aceitar solicitações de amizade em nome dessa conta, bem como alterar as fotos do perfil e da capa. Se a conta tiver uma área para homenagens, um contato herdeiro poderá fixar uma publicação de homenagem e decidir quem terá permissão para vê-las e publicá-las.<sup>53</sup> Como se percebe, a decisão acerca de aspectos relacionados às escolhas existenciais do falecido fica a cargo da plataforma e não dele próprio e, na falta de sua prévia determinação, da família.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> FERREIRA, Tamires. Como transformar uma conta do Facebook em memorial. *Olhar Digital*, [s.l.], 3 maio 2021. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/05/03/dicas-e-tutoriais/como-transformar-uma-conta-do-facebook-em-memorial/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

<sup>53</sup> CENTRAL DE AJUDA [DO INSTAGRAM]. *O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer?* [s.l.], c2022. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/103897939701143>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>54</sup> TERRA; OLIVA; MEDON, 2021, p. 102.

Quando o sujeito aceita os termos do serviço do iCloud da Apple, entende-se que ele não poderá escolher o destino a ser dado ao seu acervo digital e que, após a sua morte, todo conteúdo armazenado será apagado. Veja-se:

#### D. Não existência de direito de sucessão

Exceto conforme permitido de acordo com o Legado Digital e a menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é transferível e que todos os direitos ao seu ID Apple ou conteúdo da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito, a sua Conta poderá ser encerrada, e *todo o conteúdo dentro dela será apagado*. Se precisar de mais ajuda, entre em contato com o Suporte do iCloud em <https://support.apple.com/pt-br/icloud>. (grifo nosso)<sup>55</sup>

A cláusula contratual, tal como redigida, é expropriatória, porque, em última análise, conduz à aquisição da propriedade pela plataforma, que destruirá os bens ali contidos, sem que seja conferido qualquer prazo para sua retirada pelos herdeiros.<sup>56</sup>

Ao acessar a página [myaccount.google.com](https://myaccount.google.com), na seção “Dados e privacidade”, consegue-se planejar o que acontecerá com os dados digitais da conta Google. É permitido ao usuário que escolha alguém da sua confiança ou que, ao falecer, sua conta seja excluída. Fica claro que a plataforma busca o melhor para seus clientes e que se preocupa com o destino de todo aquele acervo digital, que pode conter um histórico da vida do *de cuius*.

Acredita-se que as plataformas não devem ter autonomia para decidir o destino dos bens dos usuários. A cada dia a vida está mais virtual; e o acervo, deixando de ser tangível. Em razão disso, deve haver um tratamento adequado para o que foi criado pelo *de cuius*.

#### 4.2. A exploração econômica por parte dos herdeiros no perfil do falecido

Um tema importante a ser destacado é a possibilidade de exploração econômica por parte dos herdeiros, que podem alimentar o perfil do falecido para diversas finalidades, como homenagens, ações de caridade, venda de produtos, anúncio de músicas ou filmes gravados por ele, e isso acaba gerando uma renda para a família, que, na maioria das vezes, é sustentada pelo faturamento da pessoa falecida.

Gabriel Honorato e Lívia Leal explicam que:

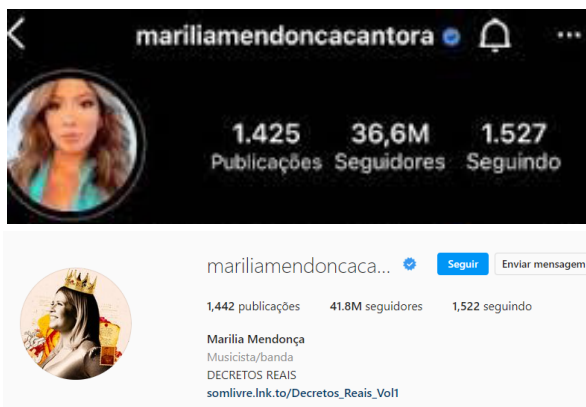
<sup>55</sup> APPLE. Bem-vindo ao iCloud. *Apple.com*, [s.l.], c2022. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>56</sup> TERRA; OLIVA; MEDON, 2021, p. 100-101.

Apesar de a manutenção da conta da pessoa falecida em uma rede social parecer, num primeiro momento, uma atitude um tanto mórbida e, destarte, rechaçável, deve-se sopesar que a exploração econômica deste perfil, dentro de limites bem definidos, além de ajudar a manter viva a história do de cujus, pode render frutos mensais necessários para a subsistência dos herdeiros dependentes, especialmente quando a plataforma social foi a principal fonte de renda do morto, como já ocorre de forma bastante significativa no Brasil.<sup>57</sup>

O perfil da cantora Marília Mendonça no Instagram é um exemplo. Ela faleceu em 5 de novembro de 2021 e, até hoje, os administradores do seu perfil lançam músicas gravadas e produtos assinados por ela e conseguem alcançar 41,8 milhões de contas nessa rede social.<sup>58</sup>

Figura 2 – Antes e depois: seguidores de Marília Mendonça no Instagram



Fonte: elaborado pela autora.

<sup>57</sup> HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 240.

<sup>58</sup> MARÍLIA MENDONÇA. [Feed completo no Instagram]. [s.l.], dez. 2012. Instagram: @mariliamendoncacantora. Disponível em: <https://www.instagram.com/mariliamendoncacantora/>. Acesso em: 13 nov. 2022.



Figura 3 – Post publicitário pós-morte no perfil de Marília Mendonça



Fonte: Perfil no Instagram @mariliamendoncacantora.<sup>59</sup>

Marília conseguiu estar em primeiro lugar do top 50 dos artistas mais ouvidos do Spotify, com músicas que foram lançadas após a sua morte.<sup>60</sup> No YouTube, somente com o clipe da música “Te Amo Demais”, alcançou 52 milhões de visualizações.<sup>61</sup>

O portal “Estadão”, na matéria “Herança digital, como o Instagram e o YouTube de Marília Mendonça, vira alvo de disputa judicial”, publicada no dia 03/11/2022, mostrou como está crescendo o número de pessoas questionando se a herança digital faz parte ou não do direito de sucessão. A matéria também revela que a privacidade da pessoa falecida vem sendo analisada pela Justiça, tendo em vista que o celular pode conter diversas informações pessoais. E quando se trata de bens com valor econômico, como o perfil da cantora, a discussão é ainda mais delicada.<sup>62</sup>

Cabe ao Poder Legislativo compreender a importância da normatização da matéria, trazendo profissionais técnicos da área para elaborar uma regulamentação

<sup>59</sup> MARÍLIA MENDONÇA. Trabalhamos juntos, Marília Mendonça e Océane, para desenvolver duas coleções maravilhosas (...). [s.l.], 20 out. 2022. Instagram: @mariliamendoncacantora. Disponível em: <https://www.instagram.com/mariliamendoncacantora/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>60</sup> CRUZ, Felipe Branco. Com disco póstumo, Marília Mendonça vira artista mais ouvida do Spotify. *Veja*, [s.l.], 25 jul. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/o-som-e-a-furia/com-disco-postumo-marilia-mendonca-vira-artista-mais-ouvida-do-spotify/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>61</sup> CANAL MARÍLIA MENDONÇA. *Marília Mendonça – Te Amo Demais – Decretos Reais*. [s.l.: s.n.], 21 jul. 2022. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo canal Marília Mendonça. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P2qvD7LRBAo>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>62</sup> GUIMARÃES, Fernanda. Herança digital, como o Instagram e o YouTube de Marília Mendonça, vira alvo de disputa judicial. *Estadão*, São Paulo, 1 nov. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/negocios/heranca-digital-disputa-marilia-mendonca/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

sólida e concreta da herança digital.<sup>63</sup> Todavia, para que não haja problema até a elaboração de uma lei adequada para tratar do tema, é necessário que o *de cujus* tenha feito um planejamento sucessório e antecipe como ficará o seu patrimônio.

### 4.3. Casos concretos

Em 21 de junho de 2018, a mais alta corte de jurisdição ordinária alemã, o *Der Bundesgerichtshof* (BGH, “Tribunal de Justiça Federal”), proferiu uma decisão relacionada ao tema “transmissibilidade da herança digital aos herdeiros legítimos por ocasião da sucessão *causa mortis*”, no processo III ZR 183/17. No caso em questão, os pais de uma jovem de quinze anos solicitavam acesso ao perfil do Facebook da filha para investigação de um suposto suicídio, tendo em vista que a jovem foi atropelada por um metrô em uma estação de Berlim. Os pais pleiteavam o acesso ao perfil para entender o motivo de a filha ter tomado tal atitude e foram em busca de provas para ajudá-los em um processo movido pelo condutor do metrô, que pleiteava indenização por danos morais pelo abalo emocional sofrido.<sup>64</sup>

A adolescente criou a conta na rede social no dia 4 de janeiro de 2011, com o consentimento dos responsáveis. Ela publicou fotos e vídeos, interagiu com comentários e curtidas, trocou mensagens privadas e acabou criando um acervo digital. Em 9 de dezembro de 2012, seis dias após sua morte, a conta foi transformada em memorial. Um dos amigos de rede social informou ao Facebook sobre o falecimento da jovem e, como dito anteriormente, ao fazer isso, a empresa (após comprovar a veracidade do fato) transforma a conta do usuário em memorial. Mesmo que seus responsáveis tenham a senha, não poderão mais acessar o perfil da filha.<sup>65</sup>

A rede social, ao ser questionada, informou que, quando veda o acesso de uma página do Facebook transformada em memorial, está assegurando o direito à privacidade do *de cujus* e de terceiros que conversaram com ele.<sup>66</sup>

Ao ser julgado em primeira instância (*Das Landgericht Berlin* – “Tribunal Distrital de Berlim”), o juiz concedeu aos pais amplo acesso à conta do Facebook da filha, mencionando que a transmissibilidade da herança digital aos herdeiros legítimos é automática com a morte do titular. Em grau de recurso, o Tribunal de Apelação (*Das Kammergericht*) alterou a decisão e deu provimento ao pedido do Facebook, aludindo que o acesso ao conteúdo virtual violaria o direito à privacidade do autor da herança e de terceiros com quem o *de cujus* conversou. Portanto, os pais recorreram à última instância ordinária do Poder Judiciário alemão, *Der Bundesgerichtshof*, com o intuito de reverter a decisão.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> HONORATO; LEAL, 2021, p. 239-240.

<sup>64</sup> ADOLFO; KLEIN, 2021, p. 2.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 5.

Por fim, a Terceira Turma de Direito Civil (*Der III. Zivilsenat*) do BGH julgou procedente e reconheceu a transmissibilidade da herança digital da filha aos seus pais. Como também não há legislação específica sobre o tema na Alemanha, a decisão foi fundamentada no princípio da sucessão universal (*Der Grundsatz der Universalsukzession*), previsto no parágrafo 1.922, item 1, primeiro dispositivo do capítulo referente ao Direito das Sucessões do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).<sup>68</sup> Quando trazemos para o direito brasileiro, trata-se do princípio da *saisine*, isto é, os herdeiros adquirem a herança no exato momento da abertura da sucessão. “Ademais, o *leading case* afastou o argumento de que o reconhecimento do direito sucessório à herança digital afrontaria os direitos da personalidade do *de cuius* e dos terceiros interlocutores.”<sup>69</sup>

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu de forma contrária ao Tribunal de Berlim, em um caso semelhante, conforme ementa:

Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Exclusão de perfil da filha da autora em rede social (Facebook) após sua morte. Questão disciplinada pelos termos de uso da plataforma, aos quais a usuária aderiu em vida. Termos de serviço que não padecem de qualquer ilegalidade ou abusividade nos pontos analisados. Possibilidade de o usuário optar pelo apagamento dos dados ou por transformar o perfil em “memorial”, transmitindo ou não a sua gestão a terceiros. Inviabilidade, contudo, de manutenção do acesso regular pelos familiares através de usuário e senha da titular falecida, pois a hipótese é vedada pela plataforma. Direito personalíssimo do usuário, não se transmitindo por herança. No caso dos autos, eis que ausente qualquer conteúdo patrimonial dele oriundo. Ausência de ilicitude na conduta da apelada a ensejar responsabilização ou dano moral indenizável. Manutenção da Sentença. Recurso não provido.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> ADOLFO; KLEIN, *loc. cit.*

<sup>69</sup> ADOLFO; KLEIN, 2021, p. 5.

<sup>70</sup> SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100*. Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Exclusão de perfil da filha da autora em rede social (Facebook) após sua morte. Questão disciplinada pelos termos de uso da plataforma, aos quais a usuária aderiu em vida. Termos de serviço que não padecem de qualquer ilegalidade ou abusividade nos pontos analisados. Possibilidade de o usuário optar pelo apagamento dos dados ou por transformar o perfil em “memorial”, transmitindo ou não a sua gestão a terceiros. Inviabilidade, contudo, de manutenção do acesso regular pelos familiares através de usuário e senha da titular falecida, pois a hipótese é vedada pela plataforma. Direito personalíssimo do usuário, não se transmitindo por herança. No caso dos autos, eis que ausente qualquer conteúdo patrimonial dele oriundo. Ausência de ilicitude na conduta da apelada a ensejar responsabilização ou dano moral indenizável. Manutenção da Sentença. Recurso não provido. Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relator: Des. Francisco Casconi, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1179516485/inteiro-teor-1179516507>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Quando a jovem faleceu, a mãe começou a usar o perfil da rede social Facebook da filha para relembrar os momentos vividos pela menina e interagir com os amigos virtuais, o que seria o papel do contato herdeiro que o usuário indica antes de morrer. Inesperadamente, o Facebook excluiu a conta e a mãe moveu uma ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais, solicitando o acesso.

Em primeiro grau, foi julgado improcedente o pedido da autora. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) entendeu que o Facebook agiu no exercício regular do direito, ao excluir o perfil da menina, porque a jovem, ao criar a conta no Facebook, aderiu aos Termos de Serviço e Padrões da Comunidade, que proíbe ao usuário compartilhar sua senha, dar acesso ou transferir a conta a terceiros, sem permissão da empresa.<sup>71</sup>

A Corte entendeu que o contrato feito entre a menina e a plataforma é o mesmo que um contrato de adesão – conforme previsto no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor,<sup>72</sup> isto é, cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem a opinião do consumidor – e que nesse contrato, caso a menina não tenha indicado um contrato herdeiro ou solicitado a exclusão da conta, é correto que tenha sido excluída pela plataforma. Cabe ressaltar que ela não teria o direito de passar a senha para a mãe, pois é considerada uma violação contratual, levando em conta o previsto nos termos de serviço aceito pela jovem.

Ademais, a corte entendeu que, ao distinguir conteúdo patrimonial de conteúdo existencial, o perfil da jovem se enquadra na segunda espécie e, por isso, seria intransmissível.<sup>73</sup>

Por não existir uma lei que ampare a herança digital, os tribunais não conseguem fundamentar de forma adequada as suas decisões diante dessa temática. Sendo assim, é preciso, com urgência, uma lei para que seja dado o tratamento adequado ao acervo digital, visto que o mundo está cada vez mais tecnológico e os novos trabalhos estão dentro dessas plataformas.

#### 4.4. Projetos de lei

Existem alguns projetos de lei que tratam do tema em tramitação no Congresso Nacional, como o PL nº 8.562/2017, nº 3.050/2020 e o nº 703/2022.

O PL nº 8.562/2017 entende que a “herança digital é todo conteúdo intangível do falecido, considera-se tudo aquilo que é possível guardar ou acumular em espaço

<sup>71</sup> FRITZ, Karina Nunes. Herança digital: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas. *Migalhas*, [s.l.], 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/345287/heranca-digital-corte-alema-e-tj-sp-caminham-em-direcoes-opostas>. Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>72</sup> “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.” BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Art. 54. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>73</sup> FRITZ, *op. cit.*

virtual”.<sup>74</sup> O PL nº 3.050/2020 diz que “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial, contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.<sup>75</sup> Já o PL nº 703/2022 diz que: [...] toda pessoa capaz pode dispor, por qualquer outro meio no qual fique expressa a manifestação de vontade, sobre o tratamento de dados pessoais após a sua morte”, e os herdeiros têm o direito de: “I – acessar os dados do falecido; II – identificando informações válidas, relevantes e úteis para o inventário e a partilha do patrimônio; III – obtenção de todos os dados íntimos relativos à família; IV – eliminação e retificação de dados equivocados, falsos ou impróprios.”<sup>76</sup>

O usuário precisa decidir em vida o destino do seu acervo digital, esses projetos ferem a autonomia privada e o direito à intimidade do sujeito e dos terceiros que se comunicaram com ele. O acervo digital não pode ser passado de forma automática para os herdeiros, pois, em alguns casos, pode conter diversas espécies de bens. Deve haver um tratamento específico e diferenciado para a herança digital: trata-se de uma temática peculiar e, por isso, o direito sucessório precisa se atualizar.

## 5. Considerações finais

A existência termina com a morte e, em vida, as pessoas estão sempre buscando ter uma reputação ilibada. Com a tecnologia, essa reputação permanece ao longo dos anos e, talvez, no caso de uma celebridade, perdura para sempre. Não que para um anônimo isso não importe, mas a repercussão que o perfil de uma celebridade ou pessoa famosa tem é muito maior.

O ator Fábio Assunção, por exemplo, sofre por ser ex-usuário de drogas. Sua imagem é ridicularizada na internet e isso acaba afetando a sua família. Se qualquer pessoa pesquisar, irá encontrar as marcas que o ator teve ao longo da vida e parece que, para ele, isso não é confortável. Fábio virou “meme” nas redes sociais – usa-se frequentemente “modo Fábio Assunção” para referir-se a momentos de bebedeira e uso de drogas.

<sup>74</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 8.562/2017*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2017]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>75</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 3.050/2020*. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254247>. Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>76</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 703/2022*. Acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2318667>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Figura 4 – Novo “Modo Fábio Assunção” no Twitter



Fonte: Perfil no Twitter do jornalista Ricardo Amorim.<sup>77</sup>

Segundo o ator, seu filho o ajudou a lidar com a “zoeira”, conforme uma reportagem ao portal “Estadão”:

Conversei com meu filho, falei que estava pensando em processar um deles e ele disse: “pai, não faz isso não, é zoeira.” Vi que estava pegando pilha, levando a sério. Daqui a pouco alguém toma um porre na sexta e vou perder o título.<sup>78</sup>

Ao morrer, o perfil do usuário que é considerado famoso pode ser ainda mais lucrativo, como no caso do apresentador Gugu Liberato, que, ao falecer em

<sup>77</sup> AMORIM, Ricardo. *E aí, galera, vamos ligar o “modo Fábio Assunção”? (...)*. Itu, 11 out. 2022. Twitter: @Ricamconsult. Disponível em: <https://twitter.com/Ricamconsult/status/1447733791104118791>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>78</sup> ESTADÃO. *“Tem uma coisa do estigma que tenho que lidar”, declara Fábio Assunção sobre uso de drogas*. São Paulo, 1 nov. 2018. Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/noticias/gente,tem-uma-coisa-do-estigma-que-tenho-que-lidar-declara-fabio-assuncao-sobre-uso-de-drogas,70002578850>. Acesso em: 15 nov. 2022.

2019, ganhou mais de um milhão de seguidores.<sup>79</sup> O astro de basquete Kobe Bryant também faleceu em 2019 e o seu perfil ganhou mais de seis milhões de seguidores. Foi divulgado na conta do astro o lançamento de um livro, feito em vida em colaboração com o escritor Wesley King.<sup>80</sup> Outro exemplo é o cantor Gabriel Diniz, que também faleceu em 2019 e ganhou mais de um milhão de seguidores após a sua morte.

É formidável acreditar que as pessoas se sentem acolhidas ao olhar o perfil de seu ente querido ou ídolo e todos os momentos felizes que aquela pessoa viveu. Nota-se que, de alguma forma, para o seguidor que permanece ali ou para o que começa a seguir após a morte do sujeito, é como se existisse uma esperança de que a pessoa vai voltar. É possível dizer que a tecnologia está trazendo esse mundo hipotético para nossa sociedade.

Ninguém está preparado para sair da zona de conforto, é mais fácil viver com as normas em vigor. Contudo, precisaremos, cada vez mais, atualizarmo-nos porque o mundo está a cada dia mais tecnológico; a inteligência artificial está tomando conta dos tribunais e da vida dos seres humanos. Quem imaginou falar com um amigo de outro país em tempo real, assistir ao *show* do seu artista favorito a hora em que você quiser ou fazer um curso em Harvard no Brasil? São realidades que a tecnologia nos permite e às quais grande parte da população tem acesso.

Com a pandemia, diversas pessoas ficaram desempregadas e a internet foi uma aliada para que pudessem se reinventar em suas profissões. *Chefs* de cozinha, advogados, cantores, psicólogos, médicos e diversos outros profissionais viralizaram nas redes sociais e conseguiram impulsionar suas carreiras através de seguidores e curtidas, criando um acervo digital e contas que agora possuem um valor econômico e podem integrar o seu patrimônio digital.

As redes sociais são espaços onde é possível compartilhar fotos e vídeos, repostar frases e usar diversas ferramentas de publicação próprias de cada plataforma. Amigos virtuais trocam mensagens, áudios e vídeos, sem medo de terceiros invadirem a sua privacidade; porém, alguns entendem que, após sua morte, todos os seus herdeiros terão direito a acessar seu acervo digital e, a partir disso, sua privacidade e a de terceiros será violada de forma instantânea.

Para que não haja cláusulas abusivas das plataformas digitais ou decisões insatisfatórias dos tribunais, é necessária a elaboração de uma lei que trate de forma justa e eficiente todas as espécies de bens digitais; todavia, enquanto isso não acontece, mostra-se fundamental que os usuários façam um planejamento sucessório, para que os bens tenham o destino correto, assegurando sua privacidade e a de terceiros envolvidos.

<sup>79</sup> MARQUES, Pablo. Gugu ganha mais de 1 milhão de fãs no Instagram após a morte. *R7*, São Paulo, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/gugu-ganha-mais-de-1-milhao-de-fas-no-instagram-apos-a-morte-29062022>. Acesso em: 15 nov. 2022.

<sup>80</sup> MONET. *Novo livro escrito por Kobe Bryant é lançado dois meses após sua morte*. [s.l.], 31 mar. 2020. Disponível em: <https://revistamonet.globo.com/Noticias/noticia/2020/03/novo-livro-escrito-por-kobe-bryant-e-lancado-dois-meses-apos-sua-morte.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Contudo, diante da ausência de previsão legal a respeito da herança digital, deve-se verificar os instrumentos já existentes no direito brasileiro para o tratamento de tais situações.

## Referências

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Herança digital: diretrizes a partir do leading case do Der Bundesgerichtshof. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 30, p. 183-199, out./dez. 2021.

AMORIM, Ricardo. *E aí, galera, vamos ligar o "modo Fábio Assunção"?* (...). Itu, 11 out. 2022. Twitter: @Ricomconsult. Disponível em: <https://twitter.com/Ricomconsult/status/1447733791104118791>. Acesso em: 13 nov. 2022.

APPLE. Bem-vindo ao iCloud. *Apple.com*, [s.l.], c2022. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Bahia: Livraria Magalhães, 1899.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2022. Art. 5º.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Art. 54. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019]. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 703/2022*. Acrescenta o art. 1857-A à Lei nº 10406, de 2002, Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2318667>. Acesso em: 15 nov. 2022.



\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 3.050/2020*. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254247>. Acesso em: 15 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 8.562/2017*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2017]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 15 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1878651-SP*. Direito do Consumidor. Direito Civil. Recurso Especial. Irresignação manejada sob a égide do NCP. Ação Civil Pública. Prestação de serviço. Regulamento de plano de benefício. Programa TAM Fidelidade. Violação ao disposto no art. 1.022 do NCP. Inexistência. Cláusula 1.8 do regulamento do mencionado programa. Contrato de adesão. Art. 51 do CDC. Necessidade de demonstração da abusividade ou desvantagem exagerada. Inexistência. Contrato unilateral e benéfico. Consumidor que só tem benefícios. Obrigação intuito *personae* [...]. Recorrente: TAM Linhas Aéreas S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moura Ribeiro, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1238993071/decisao-monocratica-1238993220>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CANAL MARÍLIA MENDONÇA. *Marília Mendonça – Te Amo Demais – Decretos Reais*. [s.l.: s.n.], 21 jul. 2022. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo canal Marília Mendonça. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P2qvD7LRBAo>. Acesso em: 13 nov. 2022.

CARAS DIGITAL. *Felipe Neto está na lista dos 100 mais influentes do mundo da 'Time': 'Anestesiado'*. [s.l.], 23 set. 2020. Disponível em: <https://caras.uol.com.br/atualidades/felipe-neto-esta-na-lista-dos-100-mais-influentes-do-mundo-da-time-anestesiado.phtml>. Acesso em: 13 nov. 2022.

CENTRAL DE AJUDA [DO INSTAGRAM]. *Como faço para denunciar a conta de uma pessoa falecida no Instagram?* [s.l.], c2022. Disponível em: [https://help.instagram.com/264154560391256/?helpref=search&query=memorial&search\\_session\\_id=54f4e40abf648170581c86c80de84bac&sr=2](https://help.instagram.com/264154560391256/?helpref=search&query=memorial&search_session_id=54f4e40abf648170581c86c80de84bac&sr=2). Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer?* [s.l.], c2022. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/103897939701143>. Acesso em: 13 nov. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Família e Sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CRUZ, Felipe Branco. Com disco póstumo, Marília Mendonça vira artista mais ouvida do Spotify. *Veja*, [s.l.], 25 jul. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/o-som-e-a-furia/com-disco-postumo-marilia-mendonca-vira-artista-mais-ouvida-do-spotify/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

ESTADÃO. "Tem uma coisa do estigma que tenho que lidar", declara Fábio Assunção sobre uso de drogas. São Paulo, 1 nov. 2018. Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/noticias/gente,tem-uma-coisa-do-estigma-que-tenho-que-lidar-declara-fabio-assuncao-sobre-uso-de-drogas,70002578850>. Acesso em: 15 nov. 2022.

FRITZ, Karina Nunes. Herança digital: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas. *Migalhas*, [s.l.], 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/345287/heranca-digital-corte-alema-e-tj-sp-caminham-em-direcoes-opostas>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. Direito de Acesso e Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book.

GUIMARÃES, Fernanda. Herança digital, como o Instagram e o YouTube de Marília Mendonça, vira alvo de disputa judicial. *Estadão*. São Paulo, 1 nov. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/negocios/heranca-digital-disputa-marilia-mendonca/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

GUIMARÃES, Luis Paulo Contrim *et al.* Artigo 06 [do Código Civil]. *Direito.com*, [s.l.], c2015a. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-06-5>. Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *et al.* Artigo 1.785 [do Código Civil]. *Direito.com*, [s.l.], c2015b. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1-785>. Acesso em: 13 nov. 2022.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

INFOMONEY. *Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores*. [s.l.], 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

KLEIN, Júlia Schroeder Bald. *A (in)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação*. São Paulo: Dialética, 2021.

LEAL, Livia. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARÍLIA MENDONÇA. [Feed completo no Instagram]. [s.l.], dez. 2012. Instagram: @mariliamendoncacantora. Disponível em: <https://www.instagram.com/mariliamendoncacantora/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. *Trabalhamos juntos, Marília Mendonça e Océane, para desenvolver duas coleções maravilhosas (...)*. [s.l.], 20 out. 2022. Instagram: @mariliamendoncacantora. Disponível em: <https://www.instagram.com/mariliamendoncacantora/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

MARQUES, Pablo. Gugu ganha mais de 1 milhão de fãs no Instagram após a morte. *R7*. São Paulo, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/gugu-ganha-mais-de-1-milhao-de-fas-no-instagram-apos-a-morte-29062022>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.13.183666-0/001/MG*. Ação de Inventário. Foro competente. Domicílio do *de cujus*. Apelante: Mercie Carmo Ferreira Alves. Apelados: Edmar de Carvalho Alves Neto; Jorge Miguel Felisberto Alves e outro(s). Relatora: Desa. Albergaria Costa, 31 ago. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/856882959>. Acesso em: 13 nov. 2022.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. t. XVII.

MONET. *Novo livro escrito por Kobe Bryant é lançado dois meses após sua morte*. [s.l.], 31 mar. 2020. Disponível em: <https://revistamonet.globo.com/Noticias/noticia/2020/03/novo-livro-escrito-por-kobe-bryant-e-lancado-dois-meses-apos-sua-morte.html>. Acesso em: 15 nov. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIBEIRO, Renata Rezende. *A morte midiaticizada: como as redes sociais atualizam a experiência do fim da vida*. Rio de Janeiro: EDUFF, 2016.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100*. Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Exclusão de perfil da filha da autora em rede social (Facebook) após sua morte. Questão disciplinada pelos termos de uso da plataforma, aos quais a usuária aderiu em vida. Termos de serviço que não padecem de qualquer ilegalidade ou abusividade nos pontos analisados. Possibilidade de o usuário optar pelo apagamento dos dados ou por transformar o perfil em “memorial”, transmitindo ou não a sua gestão a terceiros. Inviabilidade, contudo, de manutenção do acesso regular pelos familiares através de usuário e senha da titular falecida, pois a hipótese é vedada pela plataforma. Direito personalíssimo do usuário, não se transmitindo por herança. No caso dos autos, eis que ausente qualquer conteúdo patrimonial dele oriundo. Ausência de ilicitude na conduta da apelada a ensejar responsabilização ou dano moral indenizável. Manutenção da Sentença. Recurso não provido. Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços

Online do Brasil Ltda. Relator: Des. Francisco Casconi, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1179516485/inteiro-teor-1179516507>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SIMONETTI, Giovanna. Virginia Fonseca e Samara Pink: “Vendemos R\$ 10 milhões em séruns em apenas um mês”. *Forbes*, [s.l.], 30 nov. 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbeslife/2021/11/virginia-fonseca-vendemos-r-10-milhoes-em-seruns-em- apenas-um-mes/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, Direito das Sucessões*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a. v. 6.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*: volume único. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Fundamentos de direito civil: Direito das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo digital: controvérsias quanto à sucessão *causa mortis*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coord.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZAMPIER, Bruno. *Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. 2ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

# O processo de *impeachment* no presidencialismo de coalizão: como a revisão judicial da decisão do Senado Federal pode aprofundar a crise política no Brasil

*The impeachment process in coalition presidentialism: how the judicial review of the Federal Senate decision can deepen the political crisis in Brazil*

Ana Luiza Baccin Carvalho\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A natureza e o rito do *impeachment* brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. 3. O presidencialismo de coalizão brasileiro e sua influência no processo de *impeachment*. 4. Afinal, por que reverter judicialmente a decisão do Senado Federal pode aprofundar a crise política? 5. Conclusão. Referências.

## Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar o funcionamento do *impeachment* brasileiro e demonstrar que, no contexto do presidencialismo de coalizão, eventual revisão judicial da decisão proferida pelo Senado Federal acabaria por aprofundar a crise política e institucional. Além disso, destaca-se que houve uma mutação constitucional inconstitucional das características do *impeachment*, vez que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal permite um julgamento político discricionário, que pode levar à condenação mesmo sem o cometimento de crimes de responsabilidade, apenas por um juízo de conveniência dos integrantes do Congresso Nacional. Nesse sentido, defende-se que deve haver uma revisão da legislação – ou até mesmo a edição de uma nova lei – e do entendimento que se tem sobre o *impeachment*, a fim de se evitar arbitrariedade nesse processo. Utilizou-se como metodologia o levantamento bibliográfico das principais obras a respeito do tema, tanto clássicas como contemporâneas, bem como analisou-se a legislação vigente e a jurisprudência do STF pertinente.

---

\* Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC - Minas Gerais). Graduada em Direito Pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

## Abstract

*The present work aims to analyze the functioning of Brazilian impeachment and demonstrate that, in the context of coalition presidentialism, an eventual judicial review of the decision handed down by the Federal Senate would end up deepening the political and institutional crisis. In addition, it is noteworthy that there has been an unconstitutional constitutional mutation of the characteristics of impeachment, since the current understanding of the Federal Supreme Court allows for a discretionary political judgment, which can lead to conviction even without committing crimes of responsibility, only by a judgment convenience of the members of the National Congress. In this sense, it is argued that there should be a review of the legislation – or even the enactment of a new law – and the understanding that is had on impeachment, in order to avoid arbitrariness in this process. The bibliographic survey of the main works on the subject, both classic and contemporary, was used as a methodology, as well as the current legislation and the jurisprudence of the relevant STF were analyzed.*

**Palavras-chave:** *Impeachment. Presidencialismo de coalizão. Crise política. Revisão judicial. Crimes de responsabilidade.*

**Keywords:** *Impeachment. Coalition presidentialism. Political crisis. Judicial review. Crimes of responsibility.*

## 1. Introdução

Apesar de presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1824,<sup>1</sup> a figura do *impeachment* voltou a ganhar grande destaque em território nacional após 2016, quando houve a destituição do mandato da ex-Presidenta Dilma Rousseff. Em relação ao caso, muito se debateu sobre a sua validade, uma vez que ainda hoje não há um consenso sobre o enquadramento das condutas pelas quais foi condenada como crimes de responsabilidade.

Nesse sentido, existem autores<sup>2</sup> que defendem a possibilidade de controle judicial da decisão que determina o afastamento definitivo da Presidência, enquanto ainda há outros que se filiam à corrente clássica – estabelecida por Paulo Brossard ainda em 1965<sup>3</sup> – segundo a qual o *impeachment* é um instituto político, motivo pelo qual não pode haver intervenção do Poder Judiciário em seu processamento.

<sup>1</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 51.

<sup>2</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017; MEGALI NETO, Almir. *Controle jurisdicional do processo de impeachment: o impeachment da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. 2020. 392 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2020.

<sup>3</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*. Porto Alegre: Globo, 1965.

Desse modo, o presente trabalho se propõe a apresentar os argumentos que embasam esses dois posicionamentos, os quais se debruçam sobre a natureza do *impeachment* para justificar a possibilidade ou não de revisão judicial da decisão proferida pelo Senado Federal. Para além disso, considerando que no contexto político brasileiro está estabelecido o presidencialismo de coalizão, busca-se demonstrar a relação entre o *impeachment* e esse fenômeno.

Apesar de se defender a redução da discricionariedade por parte do Congresso Nacional na interpretação dos dispositivos da Lei nº 1.079/1950 que definem os crimes de responsabilidade e estabelecem o processamento do *impeachment*, compreende-se que a reversão da decisão final no processo de *impeachment* pelo Supremo Tribunal Federal pode acarretar o aprofundamento da crise política instaurada no país – e que apresenta correlação com o afastamento da Presidência, como será demonstrado. Portanto, o presente trabalho tem como proposta agregar mais argumentos ao debate, a fim de que o tema seja mais bem delineado no Direito brasileiro.

Dessa forma é possível demonstrar a necessidade de algumas modificações e de um regramento mais claro a respeito do instituto, de modo que seja utilizado apenas e tão somente quando necessário,<sup>4</sup> “evitando punições por mera conveniência, chantagem ou perseguição”<sup>5</sup> política ao Presidente eleito. Apenas assim será possível proteger o Chefe do Poder Executivo de ser destituído por conta de uma determinada conformação do Congresso Nacional, cuja ampla maioria se dê por ocasião e acertos políticos, não por se tratar de uma medida necessária.<sup>6</sup> Afinal, a maneira como o *impeachment* é encarado hoje pela jurisprudência do STF permite que as coalizões formadas no Poder Legislativo destituam a Presidência sem que necessariamente haja um crime de responsabilidade.

## **2. A natureza e o rito do *impeachment* brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988**

A origem do *impeachment* remonta ao período medieval inglês, quando ainda se tratava de reclamações feitas ao monarca em relação a abusos cometidos por altos oficiais do governo.<sup>7</sup> Os primeiros casos de que se têm notícias foram o de John Lee – que fora acusado, julgado e condenado de imediato, sem ser oportunizada

<sup>4</sup> Como bem demonstrado por Katya Kozicki e Vera Karam de Chueiri, fundamentando-se nos estudos de Ronald Dworkin, o *impeachment* se trata de uma “arma nuclear constitucional”, as consequências após o afastamento do Presidente da República podem ser extremamente nocivas, de modo que a sua aplicação só se justifica nos casos previstos pela Lei nº 1.079/1950 e pela Constituição brasileira. (KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. *Impeachment: a arma nuclear constitucional*. *Lua Nova*, São Paulo, v. 108, p. 157-176, 2019. p. 158)

<sup>5</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 62.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Eloísa Machado de. O papel do Supremo Tribunal Federal no *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, Campinas, v. 2, n. 1, p. 52-75, jan./jun. 2019. p. 61.

<sup>7</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 30.

defesa<sup>8</sup> – e Latimer e Lyons – aos quais foi possibilitada a apresentação de defesa, mas houve a condenação do mesmo modo.<sup>9</sup>

Com o passar do tempo, o instituto sofre modificações, de acordo com o contexto político da época, passando a ter os contornos mais recentes e que inspiraram o procedimento no sistema Norte-Americano a partir do século XVII, com a instituição do *Bill of Rights*, que estabeleceu uma regulamentação do funcionamento do parlamento inglês e limitou os poderes dos monarcas.<sup>10</sup> Como bem destaca Paulo Brossard, o instituto inglês “atinge a um tempo a autoridade e castiga o homem”.<sup>11</sup> Isto é, as penas se dirigem não à autoridade que ocupa o cargo público, mas ao indivíduo em si, afetando sua liberdade e até mesmo sua vida, sendo uma penalização de fato criminal.<sup>12</sup>

Diferentemente do sistema inglês, nos Estados Unidos adotou-se o modelo presidencialista, de modo que a adoção do *impeachment* exigiu que o instituto fosse adequado às características deste sistema de governo. A Constituição estadunidense de 1787 estabeleceu os primeiros contornos do *impeachment* presidencial, definiu quais condutas poderiam ensejar o julgamento, definiu a Câmara dos Deputados como responsável por formalizar a acusação, o Senado como órgão julgador e assentou que as penas deveriam “proteger instituições, e não, primariamente, punir o agente público condenado”, de modo que o afastamento do cargo seria a pena final,<sup>13</sup> sendo a inabilitação para exercer funções públicas votada caso a caso, de forma proporcional à gravidade da conduta.<sup>14</sup>

No Brasil, o instituto surge na Constituição do Império (1824) e apresentava muitas semelhanças com o modelo inglês, isentando a figura do imperador de qualquer responsabilização, mas permitindo o julgamento de agentes públicos do governo.<sup>15</sup> Com a adoção do modelo republicano, o *impeachment* sofreu alterações necessárias para se adequar a esse sistema.

<sup>8</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 30.

<sup>9</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 27-28.

<sup>10</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 37.

<sup>11</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 21.

<sup>12</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff. *e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 220-245, nov. 2017. p. 229. No mesmo sentido, Leticia Regina Camargo Kreuz aponta que o objetivo do *impeachment* inglês “era não só a destituição da autoridade acusada, mas também a aplicação à mesma de uma pena corporal”. (KREUZ, Leticia Regina Camargo. *Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional*. 2020. 295 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. p. 66)

<sup>13</sup> Diferentemente do modelo que seria adotado no Brasil, nos Estados Unidos, não haveria afastamento do cargo, de modo que o presidente acusado continuaria a exercer suas funções durante o julgamento. (MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 44-45)

<sup>14</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 41-45.

<sup>15</sup> MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 51-54.



Desse modo, atualmente, o processo de *impeachment* tem como causa a identificação de ato do Presidente da República que seja considerado crime de responsabilidade,<sup>16</sup> cuja previsão genérica está no artigo 85 da Constituição Federal de 1988, sendo que, conforme o parágrafo único deste mesmo dispositivo, a definição específica desses crimes será estabelecida por lei especial, também responsável por determinar as normas de processo e julgamento. Sendo assim, a Lei nº 1.079/1950 estabelece as condutas que caracterizam os crimes de responsabilidade, bem como prevê o processamento do *impeachment*.

A competência para receber a denúncia é da Câmara dos Deputados, conforme disposto no artigo 51, inciso I, da Constituição, sendo incumbência do Presidente da Câmara analisar os requisitos de validade e os indícios de materialidade e autoria da conduta. Em caso positivo, a denúncia é recebida e forma-se uma Comissão Especial para análise do caso – deve ser constituída proporcionalmente por representantes de todos os partidos.<sup>17</sup>

Em até 10 dias, a Comissão deve emitir parecer se posicionando a favor ou contra o julgamento,<sup>18</sup> depois disso é aberto prazo de 20 dias para que o Presidente acusado apresente defesa.<sup>19</sup> Por fim, é colocada em votação a abertura do processo, a qual exige quórum qualificado de pelo menos 2/3 de votos favoráveis,<sup>20</sup> sendo este um juízo de admissibilidade apenas “autorizativo”.<sup>21</sup> Como se trata de julgamento de

<sup>16</sup> De acordo com Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, “o crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa praticada por determinados agentes políticos, cujo processamento e julgamento decorre do exercício de uma função política do Legislativo, o que deve se dar nos quadrantes do Direito posto”. (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. p. 205) Do mesmo modo, Letícia Kreuz destaca que o “*impeachment* no Estado de Direito precisa observar minimamente o arcabouço jurídico que lhe dá suporte”. (KREUZ, Letícia Regina Camargo. *Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional*. 2020. 295 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. p. 67)

<sup>17</sup> Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma. (BRASIL. *Lei n. 1.079/1950, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>18</sup> Art. 20. A comissão a que alude o artigo anterior se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu Presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia. (BRASIL. *Lei n. 1.079/1950, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>19</sup> Art. 22. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruem, arquivada, se não fôr considerada objeto de deliberação. No caso contrário, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado. (BRASIL. *Lei n. 1.079/1950, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>20</sup> Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>21</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 59.

crime de responsabilidade, a competência para julgar é do Senado Federal, segundo os artigos 52, inciso I, e 86 da Constituição. A instauração do processo é então votada nesta casa legislativa,<sup>22</sup> sendo exigida apenas a maioria simples e examinando-se se há provas suficientes que justifiquem a instauração; em caso positivo, o Presidente é afastado de suas funções por 180 dias.<sup>23</sup>

Assegura-se ao Presidente as garantias do processo penal – contraditório e ampla defesa –, assim como é possível colher depoimento pessoal do acusado e de testemunhas.<sup>24</sup> Depois disso, realiza-se nova votação, sendo necessário que 2/3 dos Senadores votem a favor da destituição presidencial para que ocorra a condenação.<sup>25</sup> A maior parte da doutrina compreende que a decisão final advinda dos votos dos senadores é irrecorrível, de modo que não cabe qualquer tipo de reanálise pelo

<sup>22</sup> Existe discussão acerca da possibilidade desta segunda votação. Para parte da doutrina, o Senado Federal estaria vinculado à decisão proferida pela Câmara dos Deputados, de modo que seria vedada uma segunda análise sobre a admissibilidade do processo, cabendo apenas o juízo quanto ao mérito das acusações, como defende André Régis. (RÉGIS, André. O impeachment do Presidente da República. In: RÉGIS, André; MAIA, Luciano Mariz (Orgs.). *Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais*. João Pessoa: Universitária (UFPB), 2004. p. 16) Entretanto, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no caso Collor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 21.564*. Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p./acórdão Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 23/09/1992. DJ: 27/08/1993) quanto no caso Dilma Rousseff (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378*. Rel. Min. Edson Fachin. Redator p/acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016), é de que a denúncia pode ser rejeitada pelo Senado, pois a Câmara faria a admissão da acusação, mas o afastamento do Presidente do cargo só ocorre com a instauração do processo no Senado, ou seja, após o recebimento da denúncia. (GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 60) Nesse sentido, observam Alexandre Bahia, Diogo Bacha e Silva e Marcelo Cattoni de Oliveira, caso o Senado Federal fosse impedido de realizar um segundo juízo de admissibilidade, seria transformado em um “mero órgão executório da decisão de recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados”. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Impeachment: apontamentos à decisão do STF na ADPF n. 378*. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal: história e teoria constitucional brasileira*. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 91) Também nesse sentido: MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 217.

<sup>23</sup> Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções: (...)

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>24</sup> Conforme estabelecido no julgamento do MS 21.564, p. 55, assim como previsto no art. 218, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. (MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 266) e ressaltado por Bruno Galindo. (GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64)

<sup>25</sup> O debate sobre o “fatiamento” das penas no Caso Dilma é de extrema relevância, entretanto não se trata do aspecto principal do presente trabalho. A respeito do tema, ver: MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 224-228; PEIXINHO, Manoel Messias. O processo de impeachment no Brasil e o Estado Democrático de Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1943-1963, 2017, p. 1950-1951; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. A mutação (in)constitucional do rito do impeachment no Senado Federal. *Revista Brasileira de Teoria e Constituição*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1147-1169, jul./dez. 2016.

Poder Judiciário, neste caso o Supremo Tribunal Federal.<sup>26</sup> Contudo, há também o posicionamento de que deve haver a possibilidade de controle judicial da decisão do processo de *impeachment*. Os argumentos de ambas as correntes serão analisados a seguir.

Considerando o caráter excepcional do processo de *impeachment*,<sup>27</sup> é relevante compreender o que seriam os “crimes de responsabilidade”. Podem ser identificadas quatro correntes que abordam a questão sobre a natureza de tais condutas, sendo elas: pela natureza criminal, pela natureza política, pela natureza mista (político-criminal) e pela natureza estritamente jurídica.

A primeira delas encontra a origem de seus argumentos no funcionamento do *impeachment* “original”, quando na Inglaterra, em se tratando de uma monarquia parlamentar, os crimes de responsabilidade apresentavam natureza criminal.<sup>28</sup> A exemplo desta linha está Marcelo Campos Galuppo,<sup>29</sup> cujos argumentos passam pelas semelhanças do processo de *impeachment* com o Tribunal do Júri, a utilização subsidiária do Código de Processo Penal e a competência exclusiva da União para legislar acerca dos crimes de responsabilidade.

A segunda, a qual defende o caráter político dos crimes de responsabilidade, compreende que apesar da nomenclatura, não se trata de um crime propriamente dito, no sentido criminal, mas sim de uma infração político-administrativa, visto que são condutas específicas as quais dizem respeito ao cargo de quem as pratica, sendo a infração um atentado à Constituição Federal<sup>30</sup> ou ainda à ordem constitucional,<sup>31</sup> assim como as penalidades aplicadas estão inseridas no âmbito político, não penal.<sup>32</sup>

É nesta corrente que se enquadra a doutrina clássica, seguindo os ensinamentos de Paulo Brossard, presentes na obra *O impeachment: aspectos da responsabilidade*

<sup>26</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 149 e ss.

<sup>27</sup> Como reitera Bruno Galindo, trata-se de “um mecanismo excepcional, somente utilizável em graves crises institucionais e políticas”. (GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 51)

<sup>28</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Do impeachment no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 14; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff. *e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 220-245, nov. 2017. p. 229.

<sup>29</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. 2ª ed. Belo Horizonte, 2016. p. 41-43.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Eloísa Machado de. O papel do Supremo Tribunal Federal no impeachment da Presidente Dilma Rousseff. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, Campinas, v. 2, n. 1, p. 52-75, jan./jun. 2019. p. 57; BRITTO, Carlos Ayres. Crimes de responsabilidade do Presidente da República. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 1-7, 2015. p. 4.

<sup>31</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. O impeachment: estrutura, função e natureza. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. IX, n. 37, p. 134-153, jul./dez. 2017. p. 147.

<sup>32</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 1992. p. 75. Nesse sentido, para Marcus Faver, trata-se de um “processo político com cominação de penas políticas, como o são a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de outro”. (FAVER, Marcus. *Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 319-343, jan./abr. 2016. p. 324.

política do Presidente da República.<sup>33</sup> O autor defende que o *impeachment* se trata de um instituto político, pois suas causas são de origem política, assim como busca proporcionar resultados na esfera política, instaura-se “sob considerações de ordem política”, além de ser julgado a partir de critérios políticos.<sup>34</sup>

Para Brossard, essa natureza permanece política “mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas, porém aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário”.<sup>35</sup> Sendo assim, de acordo com ele o *impeachment* visa a “afastar do cargo a autoridade que com ele se incompatibilizou, seja porque tenha cometido crime, seja porque tenha praticado ou deixado de praticar atos que, sem constituírem infração penal, revelam que é prejudicial ou inconveniente sua permanência no governo”.<sup>36</sup>

Segundo o autor, é irrecorrível a decisão proferida pelo Senado Federal, uma vez que não há previsão legal de recurso a ser interposto ou revisão do processo.<sup>37</sup> Além disso, Brossard entende que aos tribunais:

[é] vedada sua ingerência no sentido de impedir a instauração do processo político ou de obstar-lhe o prosseguimento. Ademais, para que isso pudesse ocorrer, seria imprescindível que o Judiciário entrasse a conhecer de matéria que é por inteiro estranha à sua competência, entregue que foi, de modo expresso e exclusivo, à competência de outro Poder.<sup>38</sup>

No mesmo sentido, para Rafael Mafei Rabelo Queiroz, o *impeachment* se trata de um processo estritamente político, uma vez que julga “violação de deveres políticos graves”,<sup>39</sup> assim como defende que a competência para julgamento ser relegada a órgão político, o procedimento teria essa mesma natureza.<sup>40</sup> Além disso, cabe o argumento de que não se caracteriza o *bis in idem* caso haja condenação pelo

<sup>33</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>34</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 75.

<sup>35</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 75.

<sup>36</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 82.

<sup>37</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 151-152.

<sup>38</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 152

<sup>39</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff. *e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 220-245, nov. 2017. p. 236.

<sup>40</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff. *e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 220-245, nov. 2017. p. 239.

Senado Federal e pelo Supremo, se o Presidente for julgado por ambos pela mesma conduta, vez que o primeiro está inserido na esfera política e o segundo na criminal.<sup>41</sup>

Entretanto, há ainda o posicionamento de que o *impeachment* apresenta uma natureza mista, isto é, trata-se de um processo político-criminal (ou político-jurídico). Nesse sentido, são diversos os argumentos apresentados por Bruno Galindo:

(...) se, por um lado, as Casas parlamentares podem, p. ex., se recusar a prosseguir com o feito por análises políticas de conveniência, oportunidade ou necessidade, por outro, há a necessidade de constatação objetiva de fatos que constituam o crime de responsabilidade, sendo fundamental ter embasamento jurídico à pretensão punitiva, não podendo ser um mero juízo discricionário exclusivamente político por parte das duas Casas do Congresso Nacional. Até mesmo no julgamento pelo Senado, observe-se que a Constituição atribuiu seu comando ao presidente do STF, funcionando o Senado como um tribunal judicial, embora seja uma Casa política por natureza.<sup>42</sup>

Também compreende que se faz “necessária a demonstração jurídica do cometimento de crime comum ou de responsabilidade”,<sup>43</sup> bem como destaca os principais pontos que sustentam sua posição: assim como os demais processos penais, o princípio do devido processo legal deve ser assegurado no processamento do *impeachment* – com o exercício do contraditório e da ampla defesa, efetivação de juízos de admissibilidade, de pronúncia e de mérito.<sup>44</sup>

Além disso, como o processamento se dá nas duas Casas do Congresso Nacional, “com as vicissitudes partidárias e ideológicas pertinentes”,<sup>45</sup> não é possível arguir a suspeição dos envolvidos no julgamento.

Ainda, indica o autor que apesar de o Presidente, no cometimento de crimes de responsabilidade, ser julgado pelo Senado, outras autoridades são julgadas pelo

<sup>41</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1257.

<sup>42</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 62-63.

<sup>43</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64. Nesse sentido, como defende Pedro Estevam Alves Pinto Serrado, ainda que o Poder Legislativo tenha como competência atípica o processamento do *impeachment*, esse exercício deve ser executado “nos quadrantes do conceito de função política do Estado”. Isto é, a discricionariedade e arbitrariedade devem ser afastadas do processo, uma vez que a decisão deve ser condicionada pela ordem jurídica. (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. p. 203-204)

<sup>44</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64.

<sup>45</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64.

STF quando cometem tais atos,<sup>46</sup> bem como o Decreto-Lei nº 201/1967, ao tratar dos crimes de responsabilidade cometidos pelos Prefeitos, determina que a competência de julgamento seria do Poder Judiciário, seguindo os trâmites do processo penal, independentemente de autorização da Câmara de Vereadores, o Poder Legislativo em âmbito municipal.<sup>47</sup> Sendo assim, identifica-se que a natureza do *impeachment* não é estritamente política, vez que a competência é do Poder Legislativo quando se trata de Governadores e do Presidente da República.<sup>48</sup> Assim, Galindo demonstra a natureza mista do *impeachment* e dos crimes de responsabilidade.

Por sua vez, Saulo Lindorfer Pivetta defende o posicionamento de que, em realidade, a natureza do processo de *impeachment* seria jurídica e para isso tece uma linha argumentativa bastante forte, em contraposição ao entendimento clássico a respeito do tema. O autor sustenta sua tese em sete argumentos principais, apresentados a seguir.

O primeiro deles diz respeito à fixação expressa, pela Constituição Federal, de que o *impeachment* seria um instrumento de responsabilização pessoal do Presidente da República, com uma “feição punitiva”.<sup>49</sup> Assim, o autor entende que não é possível defender o caráter político do *impeachment*, uma vez que:

[i]nexiste dispositivo constitucional que associe o instituo ao princípio da separação dos Poderes, ou que seu manejo seria destinado a resguardar o equilíbrio institucional da República em momentos de crise, ou que o processo de julgamento observaria o regramento do processo legislativo, ou, ainda, que a atribuição das sanções seria ato político do Senado Federal. Finalmente, não há autorização por critérios de conveniência dos parlamentares.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...)

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>47</sup> GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 63-64.

<sup>48</sup> A análise sobre as razões pelas quais o legislador delineou o procedimento dessa maneira não se enquadra no escopo do presente trabalho, motivo pelo qual esse tema não será aprofundado.

<sup>49</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 132.

<sup>50</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 126.

Portanto, como salienta Pivetta, não sendo políticas as causas do *impeachment*, deve ser manejado apenas quando o agente público cometer conduta tipificada em lei como crime de responsabilidade.<sup>51</sup>

Além disso, como um segundo ponto, defende que a Constituição alberga diversos regimes punitivos com funcionamento autônomo, sendo o de responsabilização por crime de responsabilidade um deles. Apesar dessa autonomia, esses sistemas punitivos fazem parte de um único ordenamento jurídico, apresentando semelhanças entre si, apesar das particularidades individuais.<sup>52</sup> Nesse sentido, o julgamento deve seguir as normas estruturantes do Direito Brasileiro, em especial o devido processo legal, de modo que não há que se falar em juízo político.

Ainda, defende Pivetta que o sistema de governo presidencialista não permite a existência de instituto semelhante à moção de desconfiança, característico dos regimes parlamentaristas, no qual se aceita a discricionariedade política para destituição do chefe de governo.<sup>53</sup> Para o autor, não basta o preenchimento de requisitos jurídicos para que haja o afastamento da Presidência, pois, “de tão frágeis, são encarados como meras formalidades a serem cumpridas para legitimar a derrubada do Presidente da República que não mais controla sua base parlamentar, independentemente da reprovabilidade da conduta a ser apenada”.<sup>54</sup>

Como um quarto argumento, o autor defende que deve haver uma padronização no procedimento de *impeachment*, afinal diversas “categorias de agentes públicos”<sup>55</sup> podem ser julgadas por crimes de responsabilidade, não apenas os Chefes de Poder Executivo, de modo que deveria existir uma “teoria unitária capaz de explicar conceitual e constitucionalmente o exercício da atividade estatal punitiva nesse sistema, independentemente de o órgão julgador ser legislativo ou judicial”.<sup>56</sup>

As penas aplicadas – perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública – são sanções jurídicas, assim como a imputação delas só poderia ser realizada de forma legítima por meio de processo punitivo.<sup>57</sup> Dessa forma, recaem sobre a

<sup>51</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 132.

<sup>52</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 136.

<sup>53</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 149.

<sup>54</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 150 e 156.

<sup>55</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 161 e ss.

<sup>56</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 161.

<sup>57</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 175.

pessoa do acusado que comete um crime de responsabilidade. Demonstra Pivetta que ambas as penas “são definidas pela Constituição como consequências em razão da violação de deveres jurídicos”,<sup>58</sup> logo, com a caracterização da conduta como um crime de responsabilidade, o Estado passa a ter legitimidade para “exercer seu poder punitivo inclusive como forma de prevenção, ou seja, impedir que a conduta nociva se pratique novamente”.<sup>59</sup>

Além disso, a imputação da conduta ilícita só pode ser realizada de forma legítima por meio de processo punitivo que atraia a incidência de um núcleo constitucional comum de processualidade.<sup>60</sup> Por fim, não se admitiria a existência de discricionariedade na atividade estatal punitiva no julgamento por crimes de responsabilidade, uma vez que “a imposição de sanções, no âmbito de qualquer sistema estatal punitivo, apenas será válida se observado o devido processo legal em sua plenitude”.<sup>61</sup>

Também no sentido de defender o caráter jurídico dos crimes de responsabilidade e, por consequência, do processo de *impeachment*, Almir Megali Neto destaca que o que define essas condutas é a sua tipificação na Lei n. 1.079/50 – “legislação especial que regulamenta a matéria” –, “acompanhada da demonstração de materialidade delitiva e autoria da conduta”.<sup>62</sup> Nesse sentido, defende o autor que, havendo um rol taxativo previsto em lei, não deveria haver discricionariedade dos membros do Congresso para definir o que seriam os crimes de responsabilidade.<sup>63</sup> Portanto, a previsão de um rol específico em lei especial das condutas que caracterizam os crimes de responsabilidade, atrelada à necessidade de garantir o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, demonstram, para essa corrente, que se trata de um processo jurídico, e não político.

<sup>58</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 176.

<sup>59</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 176.

<sup>60</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 182.

<sup>61</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 178.

<sup>62</sup> MEGALI NETO, Almir. *Controle jurisdicional do processo de impeachment: o impeachment da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. 2020. 392 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2020. p. 95.

<sup>63</sup> MEGALI NETO, Almir. *Controle jurisdicional do processo de impeachment: o impeachment da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. 2020. 392 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2020. p. 100. No mesmo sentido: “(...) conforme nosso direito positivo, há cerca de um século crimes de responsabilidade são todos os casos enumerados taxativamente pela regra jurídica constitucional vigente e definidos pela lei especial regulamentadora, que estabelece e fixa as respectivas normas de processo e julgamento”. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Do impeachment no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 39); “(...) é sem qualquer pertinência invocar-se o direito inglês, ou o direito dos Estados Unidos da América, para se resolverem questões sobre a responsabilidade política no Brasil. Crimes de responsabilidade, no Brasil, são apenas os crimes que a lei apresenta”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 350).



### 3. O presidencialismo de coalizão brasileiro e sua influência no processo de *impeachment*

O termo “presidencialismo de coalizão” foi cunhado por Sérgio Abranches em artigo publicado na *Revista de Ciências Sociais* no ano de 1988,<sup>64</sup> antes da promulgação da Constituição Federal. Neste trabalho, o autor identifica fatores do contexto brasileiro que poderiam gerar desequilíbrios no contexto político-institucional, acarretando crises na democracia brasileira. Mais recentemente, Abranches<sup>65</sup> destrincha a origem do fenômeno e o analisa em todos os mandatos presidenciais do que chama “Terceira República” (1988-presente), concluindo com um balanço sobre o atual contexto político e os dilemas enfrentados nesse âmbito.

Em ambos os trabalhos, o autor identifica como peculiaridade do modelo a combinação de multipartidarismo, presidencialismo e representação proporcional.<sup>66</sup> A junção da heterogeneidade social com os desequilíbrios econômicos faz surgir uma série de demandas muito diversas, por vezes até antagônicas, que se refletem na formação partidária.<sup>67</sup> Assim, o elevado número de partidos existentes e o modelo de representação proporcional impedem a formação de uma maioria absoluta no Congresso Nacional composta por um único partido.<sup>68</sup> Nesse contexto, o conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo faz parte da história política brasileira e dificulta o desenvolvimento de uma democracia estável, devido aos efeitos da fragmentação política e o elevado número de demandas que são impostas à agenda do Executivo.<sup>69</sup>

Com isso, para que consiga governar, a Presidência necessita recorrer às coalizões interpartidárias, isto é, “uma espécie de acordo prévio, pelo qual os partidos se dispõem a apoiar os projetos do Executivo, sob determinadas condições a serem negociadas no momento da discussão e votação de cada um”.<sup>70</sup> A grande questão, no contexto brasileiro, é a necessidade de “grandes coalizões”, devido à pluralidade de demandas existentes no Poder Legislativo, com isso “a probabilidade de instabilidade e a complexidade das negociações são muito maiores”.<sup>71</sup>

<sup>64</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

<sup>65</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>66</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 19; ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 14.

<sup>67</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 21.

<sup>68</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 76.

<sup>69</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 8; ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 28.

<sup>70</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 77.

<sup>71</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 27.

Em momentos de crise, essa diversidade acaba por dificultar as negociações para o Poder Executivo, de modo que pode vir a perder a sua base de apoio, fazendo com que surjam as chamadas “coalizões de veto” que impedem a Presidência de executar a sua agenda política, ocasionando uma “paralisia decisória e consequente ruptura da ordem política”.<sup>72</sup> Com isso, há grande risco de deslegitimação do Poder Executivo perante a sociedade, pois a “ausência de apoio parlamentar implica o congelamento da agenda de políticas da Presidência”.<sup>73</sup>

O funcionamento do presidencialismo de coalizão apresenta um grau de complexidade bastante elevado, uma vez que não é apenas o controle da sua base aliada no Poder Legislativo que assegura a governabilidade, mas depende também de outros fatores como popularidade, políticas públicas com amplo apoio da população e a capacidade de recorrer à parcela informada e ativa da sociedade para pressionar os congressistas.<sup>74</sup>

De modo geral, a popularidade da Presidência está intimamente ligada ao sucesso macroeconômico.<sup>75</sup> A impopularidade em si não é suficiente para que haja uma dissolução das coalizões, contudo, o Poder Legislativo está sempre atento aos ânimos da população, vez que nem sempre é positivo compor a base de apoio do governo. Seguindo a lógica de que “popularidade atrai, impopularidade repele”,<sup>76</sup> por vezes pode ser melhor para a estratégia de um partido fazer o papel de oposição ao governo, demonstrando apoio às demandas da sociedade.<sup>77</sup>

Conforme indicado por Abranches, “quando altos índices de impopularidade se deram num ambiente de grande desconforto econômico, com recessão e inflação e expectativas pessimistas, o risco para a governabilidade foi sempre muito elevado”.<sup>78</sup> Tanto é que nos dois *impeachments* que ocorreram no Brasil, os três traços comuns foram: impopularidade, decorrente da implementação de uma política econômica que fracassou; falta de apoio parlamentar, ocasionada pela dificuldade na criação (caso Collor) e na manutenção (Caso Dilma) das coalizões; e articulação política no Congresso para deposição da Presidência por forças políticas que tinham expectativa de compartilhamento do poder em um novo governo.<sup>79</sup>

<sup>72</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 30.

<sup>73</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 79.

<sup>74</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 88.

<sup>75</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 350.

<sup>76</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 350.

<sup>77</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 350.

<sup>78</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 350.

<sup>79</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 351-352.

A partir do momento em que o Chefe de Estado enfrenta crises econômicas, perde apoio popular e não possui controle sobre a coalizão, passa a estar em risco a continuidade de seu governo. Isso porque, como será demonstrado a seguir, o processo de *impeachment* deixou de ser utilizado como instrumento de responsabilização por crimes de responsabilidade, sendo utilizado como arma pelo Poder Legislativo para destituir a Presidência em momentos de crise, à semelhança do voto de desconfiança, característico dos regimes parlamentaristas.

Abranches, a partir da tese de Sampaio Dória, utilizada por Nelson Jobim em parecer para o Caso Collor, destaca a lógica da conveniência no processo de *impeachment*. Destaca-se que podem ocorrer ambas as situações:

[d]eposição sem culpa e permanência com culpa. O *impeachment* é um processo político. Gera uma ruptura política e uma descontinuidade institucional. Ruptura política porque muda o balanço do poder, muda a natureza da coalizão dominante, na articulação para depor o presidente. Uma descontinuidade, um lapso, institucional, porque invalida a expectativa institucional de estabilidade do mandato presidencial. Não é a dimensão judicial que explica a decisão de remover o presidente. É a política. O *impeachment* surge como reação à perda da maioria social que elegeu a pessoa na Presidência e da dissolução de sua coalizão parlamentar. Mas é um instrumento inadequado para essa finalidade.<sup>80</sup>

Por fim, reitera-se que o cabimento do *impeachment*, conforme a intenção do legislador, exige a prática de condutas que se caracterizem como crimes de responsabilidade, não devendo ser instaurado por mero juízo de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo. Deve haver crime de responsabilidade para ensejar a interrupção do mandato.<sup>81</sup> Sendo assim, distingue-se o *impeachment* do voto de desconfiança, mecanismo característico do sistema parlamentarista para afastar o Primeiro-Ministro de seu cargo. Afinal, “o Presidente sujeita-se a um específico processo político administrativo de responsabilização”.<sup>82</sup> Nesse sentido, Pedro Serrano destaca que “referido processo sancionador não pode se afastar, em absoluto, das garantias

<sup>80</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 350-351.

<sup>81</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. p. 204.

<sup>82</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. p. 204.

mínimas da chamada teoria geral do processo”, aplicando-se subsidiariamente e no que couber, o Código de Processo Penal, nos termos do art. 38 da Lei nº 1.079/1950.<sup>83</sup>

Como bem pontua Sérgio Abranches, o *impeachment* é resultante da perda de apoio da população que elegeu o Presidente da República associada ao desfazimento da coalizão parlamentar que sustenta o governo. Contudo, não é adequada sua utilização nesse contexto.<sup>84</sup> Isso porque, no modelo presidencialista, não há ferramenta que se preste a reverter uma eleição por simples juízo de conveniência ou perda de apoio institucional. Como demonstra Letícia Kreuz, houve uma mutação constitucional inconstitucional no rito do *impeachment*, pois:

A retirada de Dilma Rousseff do cargo diz respeito à desconfiança do Congresso Nacional em relação à presidenta. A ausência de inabilitação para cargos públicos por oito anos torna evidente a ausência de crime de responsabilidade. Essa divisão da votação do *impeachment* comprova a tese de mutação constitucional em relação ao instituto, que passa à condição de voto de desconfiança.<sup>85</sup>

Trata-se de uma mutação constitucional inconstitucional porque, apesar de não haver consenso acerca da natureza jurídica desse instituto – como bem demonstrado anteriormente – “havia acordo sobre não se tratar de instituto destinado à quebra da confiança do parlamento na Presidência da República”.<sup>86</sup> Sendo assim, tal inconstitucionalidade se mostra como mais uma razão para a urgente revisão e reavaliação do funcionamento do processo de *impeachment* no Brasil.

#### **4. Afinal, por que reverter judicialmente a decisão do Senado Federal pode aprofundar a crise política?**

Como verificado ao longo do presente trabalho, em síntese, no presidencialismo de coalizão brasileiro há uma interdependência entre o Poder Legislativo e Executivo, de modo que para a implementação da agenda política da Presidência da República, faz-se necessário estabelecer acordos com os integrantes do Congresso Nacional para aprovação das propostas do governo. Ainda, verificou-se também que, na sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988, cabe ao Poder Legislativo o processamento

<sup>83</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. p. 204-205.

<sup>84</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 351.

<sup>85</sup> KREUZ, Letícia Regina Camargo. *Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional*. 2020. 295 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. p. 211-212.

<sup>86</sup> KREUZ, Letícia Regina Camargo. *Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional*. 2020. 295 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. p. 210.

do *impeachment*, para julgamento do Presidente da República pelas condutas que se caracterizam como crimes de responsabilidade.

Dessa forma, percebe-se que tanto para executar seu projeto político quanto para não ser condenado no processo de *impeachment*, é necessário que mantenha seu apoio parlamentar. Sendo assim, defende-se aqui que há um problema no entendimento dos autores que sustentam a possibilidade de revisão judicial da decisão condenatória proferida pelo Senado Federal, sob o ponto de vista político.

Como destacado por Bruno Lorenzetto, com uma decisão do Supremo Tribunal Federal que determinasse “o retorno do Presidente alvo do *impeachment*, seria instaurada profunda crise institucional e haveria, ademais, grande dúvida sobre a oportunidade e os modos de cumprimento de referida decisão”.<sup>87</sup> Nesse sentido, exemplifica o autor:

O problema de uma decisão do STF que desfizesse o *impeachment* seria equivalente, com o vetor em sentido inverso, a uma decisão judicial que determinasse que o Legislador deveria adotar uma medida legislativa formulada pelo Judiciário para que a União comesçasse a realizar a tributação sobre grandes fortunas – indo além do desenho institucional da ADI por omissão ao não apenas reconhecer a mora do legislador, mas, na prática, substituir a sua posição institucional.<sup>88</sup>

Do modo como o *impeachment* está previsto na legislação brasileira, ocorre uma abertura para que a destituição presidencial ocorra em momentos de crise ou por quebra de confiança do parlamento na presidência. A questão é que para ocorrer o impedimento, deveria haver a prática de crimes de responsabilidade<sup>89</sup> por parte do Presidente da República, não é possível, no contexto do presidencialismo de coalizão, permitir que haja sua instauração por um juízo de conveniência política. Afinal, como demonstrado anteriormente, a instabilidade nas relações entre Poder Executivo e Legislativo é inerente ao presidencialismo brasileiro devido ao alto número de demandas sociais<sup>90</sup> que, aliado à fragmentação política, faz surgir a necessidade de se recorrer às coalizões.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. O impeachment: estrutura, função e natureza. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. IX, n. 37, p. 134-153, jul./dez. 2017. p. 150.

<sup>88</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. O impeachment: estrutura, função e natureza. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. IX, n. 37, p. 134-153, jul./dez. 2017. p. 150.

<sup>89</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. p. 204.

<sup>90</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 8; ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 28.

<sup>91</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 77.

No Brasil, é preciso formar as grandes coalizões, em razão da pluralidade de demandas, o que acarreta uma instabilidade e complexidade nas negociações entre Presidência e Congresso.<sup>92</sup> Arelado a isso, o sucesso macroeconômico é fator fundamental para a popularidade presidencial e sua permanência no cargo,<sup>93</sup> caso o Presidente da República adote medidas econômicas que fracassem, a sua perda de apreço pode acarretar uma oportunidade para o Poder Legislativo instaurar o processamento de *impeachment*, mesmo sem a prática de crime de responsabilidade.

Caso ocorresse o processo de *impeachment* com a destituição presidencial, uma revisão judicial da decisão proferida pelo Senado Federal com o retorno do Presidente da República ao cargo muito provavelmente teria como consequência a formação das coalizões de veto<sup>94</sup> – alianças políticas dentro do Poder Legislativo que visam ao congelamento da agenda política da Presidência,<sup>95</sup> o que agravaria a crise política instalada, afinal, “sem apoio do Legislativo, inexistente estabilidade ou governabilidade”.<sup>96</sup>

Sendo assim, sob o ponto de vista político, considerando o funcionamento e as peculiaridades do presidencialismo de coalizão no Brasil, entende-se que a revisão judicial da decisão condenatória no processo de *impeachment* é prejudicial, ocasionando o agravamento da crise política, social e econômica que leva à destituição presidencial.

Por outro lado, sob o ponto de vista jurídico, a Constituição Federal e a legislação específica dão brecha para que haja discricionariedade por parte do Congresso Nacional na instauração e julgamento do Presidente da República no processo de *impeachment*. Isso porque, no regimento atual, a competência para processamento e julgamento está direcionada a órgãos componentes do Poder Legislativo.

Além disso, o entendimento doutrinário majoritário e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabam por distorcer a natureza do *impeachment*, transformando-o em uma ferramenta que permite a destituição da Presidência da República em casos de conveniência, sem a ocorrência dos crimes de responsabilidade. Sendo assim, compreende-se que deve haver uma revisão da legislação aplicada ou a edição de nova lei, a fim de uniformizar seu funcionamento e garantir que sua finalidade não seja deturpada, inclusive sendo necessário reavaliar o órgão competente para processar e julgar o Presidente da República.

Nesse sentido, cabe ressaltar a argumentação elaborada por Saulo Lindorfer Pivetta, o qual defende que o instituto do *impeachment* possui natureza exclusivamente jurídica. Diversos são os argumentos trazidos nesse sentido: a Constituição Federal

<sup>92</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 27.

<sup>93</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 350.

<sup>94</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. p. 30.

<sup>95</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 79.

<sup>96</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016. p. 273.

fixa expressamente que o *impeachment* não possui causas políticas, mas jurídicas, pois decorre da imputação de conduta ilícita tipificada em lei (crime de responsabilidade);<sup>97</sup> o presidencialismo não permite figura semelhante à moção de desconfiança, típica de sistemas parlamentaristas;<sup>98</sup> as penas aplicadas são sanções jurídicas, que recaem sobre a pessoa do acusado, é um instrumento de responsabilização pessoal do Presidente da República;<sup>99</sup> não há de se admitir a discricionariedade na atividade estatal, vez que a imposição de sanções exige que o devido processo legal seja assegurado,<sup>100</sup> entre outros.

Para superar o problema da discricionariedade política na regulamentação atual do *impeachment*, há de se ressaltar a pontuação de Pivetta quanto à necessidade de uma uniformização do procedimento de *impeachment*, para que seja aplicado de modo mais homogêneo a todas as autoridades públicas que podem ser responsabilizadas. Enquanto alguns desses agentes públicos são julgados por órgãos do Poder Legislativo,<sup>101</sup> outros o são pelo Poder Judiciário.<sup>102</sup> Contudo, nunca houve

<sup>97</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 123.

<sup>98</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 155.

<sup>99</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 176.

<sup>100</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 199.

<sup>101</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

<sup>102</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Art. 96. Compete privativamente: (...) III - aos Tribunais de Justiça julgar os juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2022)

prosseguimento de nenhum processo de *impeachment* que não fosse contra Chefes do Poder Executivo.<sup>103</sup> Apesar disso, como bem pontua Pivetta:

A Constituição estrutura regime especial de responsabilização por crime de responsabilidade, submetendo a ele variadas categorias de agentes. Não se trata, portanto, de instrumento exclusivo de responsabilização do Presidente da República, o que exige a edificação de um sistema jurídico que guarde coerência em seu funcionamento, independentemente de quem seja a autoridade processada e julgada. Isso não quer dizer que o sistema funcione de maneira idêntica para todos. Naturalmente, as peculiaridades constitucionais e legais devem ser observadas, sobretudo quanto ao órgão competente para processar e julgar os acusados, ao procedimento cabível e às sanções aplicáveis.<sup>104</sup>

Entretanto, essas distinções não permitem que se execute um procedimento completamente diferente a depender da autoridade julgada, pois independentemente do órgão responsável “devem ser observados padrões jurídicos que garantam a coerência do sistema com suas bases constitucionais”.<sup>105</sup> Portanto, cabe destacar que são poucas as autoridades que se submetem ao julgamento por órgãos do Poder Legislativo, sendo a maioria processada pelo Poder Judiciário, de modo que a teoria geral deveria partir desses casos e não o contrário.<sup>106</sup>

Nesse sentido, destaca-se que a Constituição estabelece diversos regimes punitivos com funcionamento autônomo, sendo a responsabilização por crimes de responsabilidade um deles. Contudo, essa autonomia é relativa, uma vez que todo e qualquer regime punitivo deve seguir as normas gerais do ordenamento jurídico brasileiro,<sup>107</sup> bem como a imputação da conduta só pode ser realizada de modo legítimo por meio de processo punitivo que atraia a incidência do núcleo constitucional comum de processualidade.<sup>108</sup> Portanto, percebe-se que o devido

<sup>103</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 162.

<sup>104</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 164.

<sup>105</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 164.

<sup>106</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 166.

<sup>107</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 144-145.

<sup>108</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 182.



processo legal é extremamente relevante em qualquer que seja o julgamento, inclusive no caso do *impeachment*.

Desse modo, compreende-se que deve haver uma revisão da legislação, a fim de se evitar o juízo arbitrário e que se afaste a Presidência por mera conveniência, a fim de assegurar o devido processo legal no julgamento dos crimes de responsabilidade.

## 5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar o instituto do *impeachment* e as correntes que discutem a (im)possibilidade de revisão judicial da decisão proferida pelo Senado Federal. Primeiramente, apresentou-se os argumentos da doutrina clássica, que entende pela irrecorribilidade das decisões do Congresso por conta do princípio da separação dos poderes e a natureza política do *impeachment*, de modo que a modificação pelo Poder Judiciário acabaria por violar a competência atípica do Poder Legislativo estabelecida no texto constitucional.<sup>109</sup>

Em seguida, a partir da tese de Saulo Lindorfer Pivetta<sup>110</sup> e da dissertação de Almir Megali Neto,<sup>111</sup> foram elencados os argumentos que defendem o entendimento de que é possível revisar judicialmente a decisão proferida no processo de *impeachment*. Os principais pontos são: há definição expressa na Constituição no sentido de que o *impeachment* é um mecanismo de responsabilização jurídica<sup>112</sup> e que se trata do exercício da atividade estatal punitiva,<sup>113</sup> bem como as penalidades aplicadas são sanções jurídicas.<sup>114</sup> Ainda, destaca-se que o sistema presidencialista não admite o afastamento da Presidência da República com embasamento em juízo discricionário,<sup>115</sup> além de que a aplicação das penas só pode ocorrer em observância ao devido processo

<sup>109</sup> BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 149-152.

<sup>110</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

<sup>111</sup> MEGALI NETO, Almir. *Controle jurisdicional do processo de impeachment: o impeachment da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. 2020. 392 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2020.

<sup>112</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 123-135.

<sup>113</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 135-147.

<sup>114</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 170-178.

<sup>115</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juízes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 147-161; MEGALI NETO, Almir. *Controle jurisdicional do processo de impeachment: o impeachment da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. 2020. 392 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2020. p. 91-113.

legal,<sup>116</sup> o que acarreta o entendimento de que, no sistema jurídico brasileiro, não é admitida a imputação de penalidades por meio de um juízo político ou discricionário.<sup>117</sup>

Apesar de se defender a redução da discricionariedade das decisões do Poder Legislativo no processamento do *impeachment*, entende-se que, do ponto de vista político, a modificação da decisão parlamentar pode acabar agravando a crise política no país.<sup>118</sup> Isso porque, no Brasil, o estabelecimento do presidencialismo de coalizão exige que haja uma atuação conjunta do Executivo com o Legislativo para que a agenda política seja implementada pela Presidência. A dependência que o Presidente da República tem dos Senadores e Deputados Federais para aprovação de suas propostas legislativas faz com que fique “refém” do Congresso.

Se houve a perda do apoio parlamentar a ponto de haver a instauração do processo de *impeachment* e a sua condenação, significa que, muito provavelmente, não haverá base suficiente para aprovação das leis propostas pelo Executivo. Dessa maneira, esse “congelamento” da agenda presidencial acaba por agravar a crise política que levou ao processamento do *impeachment*, pois não há acordo entre Executivo e Legislativo para o desenvolvimento do processo legislativo.

Esse posicionamento não está no sentido de que o instituto deve permanecer como hoje estabelecido. Em realidade, o que se defende é que deve haver uma modificação na legislação que regulamenta o *impeachment*,<sup>119</sup> pois se entende que a Lei nº 1.079/1950 está defasada, apesar de as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal decidirem pela recepção parcial da referida legislação pela Constituição de 1988.

A fim de se reduzir a discricionariedade das decisões do Congresso Nacional no processamento do *impeachment*, evitando-se um juízo de conveniência política para destituição da Presidência sem a justificativa adequada, bem como evitar o agravamento da crise política com uma eventual revisão das decisões parlamentares, entende-se que a edição de nova lei especial regulamentando de maneira mais clara o instituto seria positiva, assegurando sua aplicação apenas nos casos de extrema necessidade, com um rol mais claro de aplicabilidade, e seguindo os parâmetros constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

<sup>116</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 178-186.

<sup>117</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 187-194.

<sup>118</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. O impeachment: estrutura, função e natureza. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. IX, n. 37, p. 134-153, jul./dez. 2017. p. 150.

<sup>119</sup> Nesse sentido, recentemente, em fevereiro de 2022, houve a criação de uma Comissão no Senado Federal, que será responsável por elaborar um anteprojeto de atualização da Lei nº 1.079/1950. (SENADO FEDERAL. *Senado terá comissão de juristas para revisar Lei do Impeachment*. Brasília, DF: Agência Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/11/senado-tera-comissao-de-juristas-para-revisar-lei-do-impeachment>. Acesso em: 10 de maio de 2022)

Além disso, propõe-se que seja repensada a competência para processamento do *impeachment*, de modo a se refletir se essa incumbência deve permanecer nas mãos do Poder Legislativo ou seria o caso de o Poder Judiciário ser o responsável, vez que, apesar do processamento dar voz ao acusado, sua defesa e argumentação podem ser ignoradas, pois não se exige dos parlamentares uma fundamentação explícita no momento do voto. Dessa forma, seria possível assegurar o funcionamento do instituto segundo a lógica jurídica, sem possibilitar uma interpretação política que permitiria a manipulação do *impeachment* para finalidades que não as previstas em lei.

## Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

\_\_\_\_\_. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. O papel do Supremo Tribunal Federal no *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, Campinas, v. 2, n. 1, p. 52-75, jan./jun. 2019.

BEVILAQUA, Montserrat Gonzalez. *Impeachment: imprecisões, judicialização e a necessária revisão*. 2016. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização), Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Legislativo, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 1.079/1950, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm). Acesso em: 15 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378*. Rel. Min. Edson Fachin. Redator p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 21.564*. Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 23/09/1992. DJ: 27/08/1993.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Senado terá comissão de juristas para revisar Lei do Impeachment*. Brasília, DF: Agência Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/11/senado-tera-comissao-de-juristas-para-revisar-lei-doimpeachment>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. Crimes de responsabilidade do Presidente da República. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 1-7, 2015.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do impeachment no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 319-343, jan./abr. 2016.

GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz*. 2ª ed. Belo Horizonte, 2016.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: a arma nuclear constitucional. *Lua Nova*, São Paulo, v. 108, p. 157-176, 2019.

KREUZ, Letícia Regina Camargo. *Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional*. 2020. 295 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. A mutação (in)constitucional do rito do impeachment no Senado Federal. *Revista Brasileira de Teoria e Constituição*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1147-1169, jul./dez. 2016.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O impeachment: estrutura, função e natureza. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. IX, n. 37, p. 134-153, jul./dez. 2017.

MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: Teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

MEGALI NETO, Almir. *Controle jurisdicional do processo de impeachment: o impeachment da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. 2020. 392 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2020.

PEIXINHO, Manoel Messias. O processo de impeachment no Brasil e o Estado Democrático de Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1943-1963, 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Legisladores juizes: impeachment na Constituição de 1988*. 2017. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff. *e-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 220-245, nov. 2017.

RÉGIS, André. O impeachment do Presidente da República. In: RÉGIS, André; MAIA, Luciano Mariz (Orgs.). *Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais*. João Pessoa: Universitária (UFPB), 2004. p. 1-22.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016. p. 273.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015.

SOUZA, Renan Albernaz de. *O processo de impeachment visto a partir do presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VIANA, João Paulo S. L.; CARLOMAGNO, Marcio Cunha; CARVALHO, Valter Rodrigues de. Impasses da democracia brasileira: presidencialismo de coalizão, impeachment e crise institucional. In: MONTEIRO, Lorena Madruga; SANTANA, Luciana. (Org.). *Temerosas transações: ensaios sobre o golpe recente no Brasil*. Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 48-68.



# O fim da tração animal na Ilha de Paquetá: breves notas sobre a experiência na seara de proteção animal

*The end of animal traction on Paquetá Island: brief notes on the experience in the animal protection area*

Christiane Monnerat\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Breve digressão histórica da Ilha de Paquetá. 3. Contextualização fática do caso. 4. Teorias acerca da tração animal. 5. A *Farm Animal Welfare Advisory Committee (FAWC)*. 6. A falta de empatia dos seres humanos diante da situação de penúria dos equinos. 7. O tema e o ativismo judicial. 8. O nosso microsistema para a tutela de interesses coletivos é prosaico? 9. Considerações finais. Referências.

## Resumo

O trabalho em comento pretende focar os aspectos teórico-fáticos que permearam o caminho percorrido para a erradicação da tração animal na Ilha de Paquetá. A perfunctória digressão histórico-cultural da tração animal que remonta ao período da Sesmaria, por si só, decifraria o arraigado posicionamento favorável à manutenção das charretes. A total ausência de políticas públicas contribuiu para o macabro cenário degenerado por gravíssimas infrações de cunho ambiental. A miríade de posicionamentos divergentes obstaculizou o encontro de uma solução simples ao conflito, o que, por óbvio, atrasou significativamente a solução e execução da *quaestio juris*. O trabalho foi realizado pela 19ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos. Seria lícita a intervenção do Poder Judiciário para pôr fim à tração animal em Paquetá como meio de resolução judicial de conflito, caso a solução extrajudicial não tivesse se mostrado eficaz? A que se deveu a ausência do fenômeno *backlash* no caso em comento? A fim de complementação da sistemática, apresentamos a única solução judicial viável como sendo aquela que a melhor doutrina resolveu chamar de processo estruturante, enumerando as respectivas características tipológicas. O estudo de caso se assenta em pesquisa de campo realizada pela autora durante o longo lapso temporal em que foi titular da 19ª PIP da 1ª CI, cuja área de abrangência

---

\* Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ). Graduada em Direito pela UFF. Graduada em Relações Internacionais pela Uninter. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Foi Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

compreendia a 32ª Delegacia Policial (Jacarepaguá) e a Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA), na Cidade da Polícia. O caminho percorrido e a solução eleita (a erradicação por completo da tração animal) na Ilha de Paquetá, desprovida da judicialização da matéria encontram amparo jurídico, mormente se observarmos os matizes do Estado Democrático de Direito?

### **Abstract**

*The work under discussion intends to focus on the theoretical-factual aspects that permeated the path taken to eradicate animal traction on the Paquetá Island. The perfunctory historical-cultural digression of animal traction that goes back to the period of Sesmaria, by itself, would decipher the ingrained position favorable to the buggies maintenance. The total absence of public policies contributed to the gruesome scenario, degenerated by very serious environmental nature violations. The myriad of divergent positions made it difficult to find a simple solution to the conflict, which, obviously, significantly delayed the solution and execution of the quaestio juris. The work was carried out by the 19th Prosecutor's Office of Criminal Investigation of the 1st Central of Inquiries. Would it be licit for the intervention of the Judiciary Power to put an end to animal traction in Paquetá, as a means of judicial resolution of conflict, in case the extrajudicial solution had not proved to be effective? What was the cause for the absence of the backlash phenomenon in the case under discussion? For the purpose of complementing the systematics, we present the only viable judicial solution as being the one that the best doctrine decided to call as structuring process, enumerating the respective typological characteristics. The case study is based in field research carried out by the author during the long temporal lapse in which was holder of the 19th PIP of the 1st CI, whose coverage area comprised the 32nd Police Station (Jacarepaguá) and the Environment Protection Police Station (DPMA), in the Police City. The path taken and the elected solution (the complete eradication of animal traction) on Paquetá Island, devoid of the judicialization of the matter find legal support, mainly if we observe the hues of the Democratic Rule of Law?*

**Palavras-chave:** Tração animal. Cavalos. Charretes. Proteção animal. Ilha de Paquetá. Efeito *backlash*. Processo estruturante.

**Keywords:** Animal traction. Horses. Buggies. Animal protection. Paquetá Island. Backlash effect. Structuring process.

### **1. Introdução**

Na data de 19 de maio de 2016, instaurou-se nova ordem econômica jurídico-social na Ilha de Paquetá, no Estado do Rio de Janeiro, com a retirada de todos os cavalos que puxavam charrete no local e a sua imediata substituição por carrinhos de golfe.



Tal solução, comemorada por grande parcela da sociedade, jamais alcançou contornos de pacificidade, ao contrário do que fora ventilado pela mídia nacional, mas ao revés, trouxe à baila verdadeira arena permeada de conflitos de interesses. Tal diversidade aprofundou o conteúdo multidisciplinar da complexa estrutura que ora se apresenta.

Nesse cenário, grupos e subgrupos, a maioria de forma intransigente, buscavam firmar sua opinião a fim de fazer prevalecer seu ponto de vista e este divergente espectro findou por retardar sobremaneira a reestruturação da situação de desconformidade outrora consolidada em detrimento dos equinos vítimas de maus-tratos que habitavam a ilha.

O posicionamento da 19ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquiridos do Rio de Janeiro e sua respectiva contribuição para a construção do “estado de coisas almejado”, ou seja, o fim da tração animal, não foi fruto de decisão aleatória, mas refletiu as vivências e experiência na seara de proteção animal ao longo de grande lapso temporal.

O presente artigo visa apontar o caminho percorrido para a superação da disfuncional engrenagem que mantinha, à outrance, uma estrutura social assaz ultrapassada. Enumera, sem pretender desmerecê-los, os diversos obstáculos para se alcançar o fim da tração animal e a conseqüente retirada dos equinos na Ilha de Paquetá.

Preterir a judicialização da matéria não significou, neste contexto, abandoná-la, considerando sua eleição de forma prematura e sem êxito para a ruptura das antigas amarras, mas sim, considerá-la como *ultima ratio* a fim de evitar o uso prematuro e ineficaz da máquina judicial.

O esforço pessoal por parte da autora para a ruptura do *ancien régime* conchama o leitor à reflexão e ao debate, principalmente quanto às institucionalizadas práticas rotineiras de exploração animal.

A visão macrossistêmica e multidisciplinar da complexa dinâmica resta imprescindível para a perfeita compreensão do ocorrido. A pluralidade de métodos utilizados mostrou-se imperiosa para sua fiel apresentação. Assim, analisa-se o fenômeno, o fim da tração animal na Ilha de Paquetá, a partir do estudo de caso real, no qual se deu a implementação de uma nova política pública independentemente da judicialização da matéria. A partir de uma visão lógico-sociológica do Direito, utilizou-se o método indutivo com expectativa de criação de regras a partir da inovadora experiência. A abordagem quantitativa também está presente, embora de forma elementar, apenas para apontar os dados numéricos obtidos junto à secretaria da 19ª Promotoria de Investigação Penal e sua confrontação com aqueles provenientes do Núcleo de Proteção Animal, sendo certo que sua concomitante análise garante o aspecto qualitativo do enredo. Quanto ao objetivo, vinga o método descritivo que cerca a minuciosa narrativa e análise do fenômeno em estudo, sem olvidar das relevantes referências bibliográficas e documentais acerca do tema.

Eis o desiderato.

## 2. Breve digressão histórica da Ilha de Paquetá

A Ilha de Paquetá, situada no bairro de mesmo nome, é a principal do arquipélago a nordeste da Baía de Guanabara que dista cerca de 15 km da Praça XV, no centro do Rio de Janeiro. Igualmente conhecida pelas alcunhas de “Pérola da Guanabara” e “Ilha dos Amores”, possui aproximadamente 1,2 km<sup>2</sup> e 8 km de perímetro, com extensão de 2.316 metros da Ponta do Lameirão à Ponta da Imbuca, a 100 metros na Ladeira do Vicente. Sua população é de cerca de 4.500 habitantes fixos, não se incluindo nesta contagem turistas e visitantes ocasionais.

Desde a época em que Dom João VI participava ativamente da tradicional festa de São Roque, visitantes e moradores já se deslocavam por meio de charretes, as quais remontavam ao saudoso “Rio Antigo”. O Patriarca da Independência, José Bonifácio de Andrada e Silva, exilou-se na Ilha após afastar-se da Corte em 1829.

Todavia, a Ilha de Paquetá ficou mundialmente conhecida e imortalizada através do romance “A Moreninha”, livro de autoria de Joaquim Manuel de Macedo, publicado em 1844, que aborda uma estória de amor tendo como provável palco o bucólico local.

As tradicionais charretes sempre fizeram parte do contexto histórico da Ilha de Paquetá, sendo que os automóveis, exceto os oficiais, jamais trafegaram na localidade. Remontavam ao período da Sesmaria (sistema português, adaptado ao Brasil que normatizou a distribuição de terras destinadas à produção agrícola).

Paquetá foi designada Área de Proteção do Ambiente Cultural (APAC) a partir da publicação do Decreto Municipal nº 17.555, de 18 de maio de 1999, que determinou seu tombamento definitivo, sendo até os dias atuais pródiga no abrigo em suas terras da vegetação de mata atlântica.

Por fim, a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, regulamentou o artigo 225, parágrafo 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

## 3. Contextualização fática do caso

A retirada dos cavalos da Ilha de Paquetá pôs termo à ultrapassada tradição de “puxadores de charrete” e instaurou nova ordem econômica jurídico-social. O trabalho foi realizado pela 19ª Promotoria de Investigação Penal (PIP) da 1ª Central de Inquéritos (CI) que somente possuía atribuição criminal e esbarrava na impossibilidade de realização de Termo de Ajustamento de Conduta ou propositura de Ação Civil Pública<sup>1</sup> como forma de resolução do conflito.

<sup>1</sup> Consoante Resolução GPGJ nº 1.820/2013. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 1.820, de 29 de abril de 2013*. Cria órgãos de execução do Ministério Público e dá outras providências. Rio de Janeiro: MPRJ, 2013. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418905/Resolucao\\_1820.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418905/Resolucao_1820.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

Comumente, não somente em Paquetá, a atividade do carroceiro é a única fonte de renda da família e este argumento servia de escudo para toda e qualquer tentativa de cessação da tração animal.

Em Jacarepaguá, bairro da zona oeste do Rio de Janeiro, local físico da 19ª Promotoria de Investigação Penal (PIP), muitos cavalos circulavam munidos de carroças contendo entulhos de obras, ferro-velho e afins para a realização da atividade de sucateiro (catador). Os maus-tratos eram notórios, revelando-se através de marcas visíveis no corpo do animal decorrentes das jornadas excessivas de “trabalho”.

Todavia, a situação mais caótica era o cenário apresentado pelos cavalos puxadores de charretes da Ilha de Paquetá, blindados, principalmente, pelo contexto histórico de sua tradição. A economia daquela microrregião possui como principal fonte o turismo e a tração animal, por conseguinte, mantinha-se como a grande geradora de empregos informais.

A Delegacia de Polícia mais próxima se situa fora da ilha, fato este que sempre dificultou sobremaneira o registro de crimes ali ocorridos, sendo certo que poucos casos de maus-tratos de animais chegam ao conhecimento do Ministério Público. Ainda assim, a maioria dos charreteiros, no final do ano de 2017, já havia sido denunciada pelo *Parquet* por delitos de ordem ambiental e um número expressivo já era reincidente ou, ao menos, possuía anotações em sua folha penal.

Embora haja vedação expressa ao uso de chicotes *ex vi*, artigo 18 do Decreto nº 28.785, de 03 de dezembro de 2007, que regulamenta o serviço de tração animal na Ilha de Paquetá, sua utilização indevida era a regra naquele universo.

Inúmeras tratativas foram realizadas visando à regularização da situação ora apontada, envolvendo diversos órgãos do Poder Público Municipal como a Secretaria de Proteção de Animais (SEPDA), bem como representantes de ONGs, a nova classe emergente de protetores de animais e outros segmentos da sociedade civil.

A única cocheira da ilha já havia sido interditada pela defesa civil na data de 06 de junho de 2010 consoante auto de interdição de número 1232/2010 e, ainda assim, continuava sendo irregularmente utilizada a despeito da ocorrência de delitos ambientais gravíssimos a exemplo de poluição hídrica pelo vazamento de esgoto *in natura* que desaguava diretamente na Baía de Guanabara, indicando contaminação pontual do solo e mar. A própria estrutura da cocheira já havia sido condenada pelo seu péssimo estado, expondo os animais abrigados a toda sorte de intempéries, com portões danificados e gambiarras travestidas de instalações elétricas remendadas com fita isolante, propiciando a ocorrência de acidentes.

Laudos realizados por diversos órgãos, a exemplo do ICCE, foram uníssonos em atestar que as baias apresentavam piso recoberto de fezes e urina, desprovidas de cama para descanso dos animais, revelando extrema ausência de higiene adequada e violação expressa aos princípios mais mezinhos atinentes aos cuidados com os equinos. Tais infrações, de forma repetida e contínua, a sua maioria em caráter

irreversível ao meio ambiente, findavam, ainda que não propositalmente, a condenar à doença e óbito os cavalos que ali eram diuturnamente enclausurados.

Em inspeção realizada pela 19ª PIP, foi constatada a extrema penúria em que os animais se encontravam, sendo certo que durante a vistoria, um equino veio a óbito em razão da exaustão advinda do único propósito de vida do seu tutor: a tração animal. Animais ao relento, à chuva, com marcas aparentes de tortura aguardavam pacientemente o chamado a mais um dia de fardo na charrete ou à entrega imediata aos parasitas e escaras que aceleravam o doloroso processo.

O divisor de águas com relação à proteção animal no Estado do Rio de Janeiro se deu no ano de 2014, quando se criou, ainda que de modo informal, o Núcleo de Proteção de Animais (NPA) cuja sede física era a Cidade da Polícia, mais especificamente o interior da Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA). Embora contando com aparato improvisado, sua projeção na mídia e perante a sociedade como um todo reforçou a necessidade de proteção animal como prioridade.

A primeira tentativa para a retirada dos equinos da Ilha ocorreu em 11 de fevereiro de 2014, quando a 19ª PIP, com base nos inquéritos nº 0431/2013 da 5ª Delegacia de Polícia e 146/1919/2012 da DPMA que instruíram o processo 000461892.2014.8.19.001 encaminhado à justiça, tentou medida cautelar para imediata suspensão das atividades ligadas à tração animal e afins em toda a extensão da Ilha de Paquetá, pleiteando a busca e apreensão da integralidade dos equinos utilizados para essa finalidade. A cautelar proposta seguiu conjuntamente com denúncia de maus-tratos tentada em face de um dos charreiros, imputando-lhe a morte de animal de sua propriedade que não resistiu ao intenso sofrimento pelas punições reiteradas a ele impingidas. Outros dois animais de sua propriedade que haviam sido igualmente espancados e vítimas de maus-tratos de ordem grave já tinham sofrido busca e apreensão pela SEPDA. O Juízo da 19ª Vara Criminal da Capital decidiu acolher parcialmente o pleito ministerial para determinar a busca e apreensão apenas e tão somente com relação aos animais vítimas de maus-tratos de propriedade do charreiro denunciado, o que na prática tornou sem eficácia e inócua a cautelar proposta eis que um deles já havia falecido e os outros dois já haviam sido apreendidos pela SEPDA.

Essa foi a primeira e única, embora infrutífera, tentativa de judicialização do tema proposto. Insta salientar que tal fato se deu antes da vigência da Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020, que criou nova figura típica para o artigo 32 da Lei nº 9.605/98,<sup>2</sup> exasperando sua pena através da qualificadora prevista no parágrafo 1º,

<sup>2</sup> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. (Vide ADPF 640)

§ 1º- A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no *caput* deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (Vide ADPF 640). Cf. BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 11 dez. 2022.

A, do citado dispositivo. Consta da parte final a expressa proibição da manutenção da guarda de animais vítimas de maus-tratos. Desafortunadamente, esta bem-vinda exasperação da penalidade e modificação da pena de detenção para a de reclusão somente se aplica a cães e gatos, não englobando, portanto, equinos.

Tentativas extrajudiciais de resolução de conflitos para a retirada dos cavalos da ilha restaram, durante anos, infrutíferas. Inúmeros ofícios foram expedidos à SEPDA, à defesa civil, à secretaria do meio ambiente, entre outras autoridades sem qualquer resposta plausível.

Outrossim, a 19ª PIP determinou a instauração de inquérito policial em 10 de fevereiro de 2014 contra o secretário da SEPDA por não ter retirado os cavalos do local a despeito da interdição da cocheira desde 2010; contra o secretário municipal do meio ambiente por não ter tomado as providências devidas para garantir a derrubada das cocheiras interditas, as quais foram construídas em área de proteção ambiental e a consequente não interrupção da poluição da Baía de Guanabara; contra o secretário municipal de transportes que mesmo diante da situação calamitosa, continuou não somente permitindo, mas apoiando a tração animal.

A principal legislação da fauna no Estado do Rio de Janeiro é a Lei nº 3.900, de 19 de julho de 2002, que instituiu o Código Estadual de Proteção aos Animais, com a compatibilização quase utópica do desenvolvimento socioeconômico à preservação ambiental. Curiosamente, o vereador autor da Lei nº 3.350, de 28 de dezembro de 2001,<sup>3</sup> que disciplina a circulação de veículos de tração de animal no Município do Rio de Janeiro, bem como de diversas outras leis de proteção animal, em muito nos decepcionou quando do exercício de seu mandato como presidente da SEPDA. Tendo em vista a natureza do cargo, detinha a decisão final para a erradicação da tração animal em todo o município e neste particular, principalmente com relação à Ilha de Paquetá, ficou-se inerte.

Em reunião com o então Prefeito do Município do Rio de Janeiro no início do ano de 2016, expusemos a situação de penúria dos equinos, além do arcabouço de delitos ambientais oriundos do calamitoso cenário, embora sem muitas expectativas otimistas acerca de se alcançar uma solução digna.

Finalmente, na data de 19 de maio de 2016, todos os equinos da ilha foram retirados e as tradicionais charretes que outrora possuíam a ultrapassada etiqueta da mais fiel expressão da cultura local foram substituídas por carrinhos de golfe em obediência, por parte do Poder Público Municipal, à Recomendação contida no Ofício 01/16/GAEMA, de 12 de maio de 2016, expedida pela 19ª PIP da 1ª Central de Inquéritos.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cláudio Cavalcanti que foi cantor, ator de teatro, televisão e cinema, além de escritor de livros de proteção animal, veio a óbito em 29 de setembro de 2013. Outro episódio que nos pareceu um amorismo dantesco foi quando construiu, no ano de 2012, um galil exatamente ao lado do sambódromo, a despeito de o local ser usado como ponto de queima de fogos durante o carnaval do Rio de Janeiro.

<sup>4</sup> Cópia da RECOMENDAÇÃO expedida pela 19ª PIP segue na íntegra com o presente artigo.

#### 4. Teorias acerca da tração animal

As dificuldades inicialmente encontradas para o embasamento pragmático com o intuito da proibição de tração animal na Ilha permearam o aspecto teórico do tema, confrontando-nos com as celeumas do direito material *de per si*. Neste diapasão, a emergência de novas ondas e vozes oriundas dos recém-organizados movimentos sociais de proteção animal findou por tornar ainda mais complexa a compreensão do cenário ora apresentado. A propósito do tema, cabe destacar trecho do artigo científico da autora, *verbis*:

Com o passar do tempo, os movimentos de defesa animal adquiriram contornos de uma sociedade organizada, na medida em que se deu a transformação da cultura, organizando-se o binômio comunidade-sociedade. Este abandono das antigas práticas e a improvisação de soluções por parte da nova parceria proporcionou um conjunto de soluções concretas e uma nova compreensão do mundo.<sup>5</sup>

Com efeito, havia subgrupos com interesses diversos e até conflitos dentro dos próprios semicírculos contidos nos grupos suso mencionados. Entre os grupos citados, destacavam-se: a associação dos charreteiros aferrados à defesa intransigente de sua subsistência econômica; os protetores de animais *lato sensu* subdividiam-se em dois grandes grupos: aqueles que apoiavam a exploração regulada e normatizada da exploração da atividade de charretes denominados “welfaristas” e os que sustentavam incondicionalmente os *animal rights*, estes últimos abolicionistas. No âmbito do próprio Ministério Público, as Promotorias de Tutela Coletiva de Patrimônio Cultural defendiam a manutenção dos serviços de charrete em homenagem ao patrimônio cultural insculpido no vértice estrutural da natureza jurídica da Ilha de Paquetá que pelo Decreto Municipal de 18 de maio de 1999 a transformou em área de proteção ambiental cultural.

Não à toa que Gary Francione utiliza comumente o termo “esquizofrenia moral”<sup>6</sup> ao se referir ao ser humano quando de sua abordagem ao animal não humano. Segundo ele, há uma notável disparidade entre o que o primeiro pensa e afirma acerca de como o segundo deveria ser tratado e a forma de como ele realmente o é, inclusive com a anuência ou omissão daquele.

Neste ponto, o mestre Gabriel Garmendina da Trindade nos brinda com seus valiosos esclarecimentos acerca desta dicotomia:

<sup>5</sup> AZEVEDO, Christiane Barbosa Monnerat de. Os Movimentos Sociais e a consolidação da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 80, p. 27, abr./jun. 2021.

<sup>6</sup> Segundo o autor, ainda que se considere o interesse dos animais como tendo alguma relevância no contexto moral, esses mesmos interesses serão sempre preteridos quando confrontados com os interesses humanos. Cf. FRANCIONE, Gary L. Animal Rights: the abolitionist approach. *Abolitionist Approach*, [s.l.], [2022]. Disponível em: <https://www.abolitionistapproach.com>. Acesso em: 11 jan. 2023.

[...] Em outras palavras, por um lado, comumente afirma-se que é errado causar sofrimento *desnecessário* aos animais – perspectiva a qual se encontra profundamente enraizada no senso comum da maior parte das sociedades ocidentais. Porém, por outro lado, não obstante essa mesma intuição proclame que os interesses dos não humanos sejam moralmente relevantes, esses mesmos interesses são rotineiramente ignorados por motivos banais.<sup>7</sup>

Quanto à Declaração Universal de Direito dos Animais (D.U.D.A.),<sup>8</sup> trata-se de uma “declaração” de ordem ética e moral. Contudo, considerando a ausência de preceito sancionatório aos transgressores, é despida de força coercitiva, revestindo-se apenas de caráter regratório e de orientação. Apesar de seu viés utópico, a D.U.D.A. se reveste de importância ímpar em razão de ser um documento bastante difundido, mormente após a era da globalização. Ela foi um estímulo para várias mudanças, não somente em âmbito legislativo, mas principalmente por representar uma renovação da consciência social acerca do Direito Animal. Indubitavelmente, o Direito Animal sofreu um grande avanço em todos os sentidos após a edição da D.U.D.A. O artigo 2º empresta valiosa contribuição ao tema ao dispor que: a) Todo o animal tem o direito a ser respeitado. b) O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito; tem o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais.

Não seria despidendo abordar, ainda que de forma perfunctória, o enfoque do animal como propriedade, na filosofia do direito de Kant, o que ele o faz através do método da razão. A propriedade é construída a partir do direito natural, afastando-se das teorias de cunho positivistas e, portanto, não precisam da chancela do poder estatal para que vigorem. Neste contexto, cabe indagar não somente a sua natureza jurídica, vale dizer, sua essência e sua extensão, principalmente para se chegar ao tratamento que deve ou deveria, segundo ele, ser dispensado aos animais. De que forma a propriedade *tout court* se origina e até quando se mantém? Para Kant, a propriedade dita primária ou originária não advém de contrato ou pacto, mas decorrente de plúrimos acordos evidenciados em suas várias formas. Neste mesmo raciocínio, nas poucas vezes em que os animais são mencionados em seus textos, figuram tão somente em poder legal dos seres humanos, estabelecendo-se o sentido kantiano de propriedade entre ambos. Seguindo a lógica do já citado Gabriel Garmendia de Trindade, segundo a qual “essa perspectiva fica particularmente evidente na Seção

<sup>7</sup> TRINDADE, Gabriel Garmendia da. *Animais como pessoas: a abordagem abolicionista de Gary L. Francione*. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, RS, 2013. p. 42-43. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/9119>. Acesso em: 11 dez. 2022.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direito dos Animais*. Bruxelas: ONU, 1978. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

II – *Direito das Gentes* da Parte II – *Direito Público* da Doutrina do Direito”.<sup>9</sup> Na visão de Kant, os animais e as plantas possuem igual status, qual seja, objeto de propriedade exercido pelo seu detentor. A visão kantiana vislumbra apenas o ser racional como o epicentro de todas as decisões, devendo ser a ele atribuídos dignidade e respeito, não se incluindo nesta categoria os animais porquanto irracionais.

Mais tarde, Jeremy Bentham, fundador do utilitarismo moderno, rechaçou a visão kantiana acerca da ausência de racionalidade como critério para a “coisificação”, pois se assim fosse, outros humanos como bebês também deveriam ser classificados como coisas. Argumentou que a capacidade de sofrer é o que deveria ser a referência de como devemos tratar os outros seres.

Jean Jacques Rousseau no “Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade Entre Homens”, ainda em 1754, foi quem aludiu aos animais como seres sencientes. Na obra, destacou:

Parece, com efeito, que, se sou obrigado a não fazer nenhum mal a meu semelhante, é menor porque ele é um ser racional do que porque é um ser sensível, qualidade que, sendo comum ao animal e ao homem, deve ao menos dar a um o direito de não ser maltratado inutilmente pelo outro.<sup>10</sup>

No livro “Outras Mentes - O Polvo e a Origem da Consciência”,<sup>11</sup> Peter Godfrey-Smith afirma que a consciência é parte de uma ativa relação entre o mundo e os seres vivos, a qual interage com os sentidos e com a memória. Esclarece, em linhas gerais, como surgiram os animais complexos e aponta o quão longe da linhagem evolutiva estamos separados. A partir de convivência e experimentos com polvos e outros cefalópodes, explica que a inteligência de um polvo está distribuída em seu corpo e que eles possuem duas vezes mais células nervosas em seus tentáculos do que em seu cérebro e que os polvos são o mais próximo que chegaremos de conhecer uma forma de vida alienígena. Através de leitura acessível e prazerosa, o autor nos apresenta um novo universo e aponta o polvo e outros cefalópodes como seres dotados de consciência.

<sup>9</sup> TRINDADE, Gabriel Garmendia da. *Animais como pessoas: a abordagem abolicionista* de Gary L. Francione. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, RS, 2013. p. 84. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/9119>. Acesso em: 11 dez. 2022.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre homens*. [s.l.: s.n.], 1754. p. 11. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action&co\\_obra=2284](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action&co_obra=2284). Acesso em: 10 jan. 2023.

<sup>11</sup> Título original em inglês: *Other minds: The Octopus and the Evolution of Intelligent Life*. Cf. GODFREY-SMITH, Peter. *Outras Mentes: o polvo e a origem da consciência*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Todavia, 2019.



### 5. A farm animal welfare advisory committee (FAWC)

Em 1964, a publicação do livro *Animal Machines* na Inglaterra figurou como marco no cenário da proteção animal com a narrativa acerca do relato das péssimas condições em que os animais eram submetidos.<sup>12</sup>

O livro provocou um clamor público e o governo britânico, pressionado com a opinião pública, criou um comitê para tratar do tema. As constatações ocasionaram a publicação de uma lista com as “cinco liberdades dos animais”, a seguir citadas:

a) Estar livre de fome e sede, devendo os animais terem acesso à água e alimento para a manutenção de seu bem-estar e saúde;

b) Estar livre de desconforto, sendo o ambiente em que vivem adequado a cada espécie, com locais de abrigo e descanso;

c) Estar livre de dor, doença e injúria, sendo que os respectivos responsáveis são obrigados a garantir prevenção e rápido tratamento em caso de patologias;

d) Ter liberdade para expressar o comportamento natural de cada espécie com espaço suficiente, instalações adequadas e companhia de outros membros de sua própria espécie;

e) Estar livre do medo e do estresse, incluindo situação de abuso mental, evitando que fiquem assustados e/ou estressados.

O teor das denúncias ofertadas contra os charreiros da Ilha ao longo dos anos demonstrou, à saciedade, que essas cinco liberdades denotam uma realidade distante no nosso País. Outro não poderia ser o relato da festejada Juliana Rocha Bezerra ao asseverar “de maneira visível, nota-se que os animais não se alimentam corretamente, não descansam, não possuem liberdades atinentes à espécie, justificando a postura de muitas pessoas em repudiar a profissão de carroceiro”.<sup>13</sup> Temos que a não observância destas cinco liberdades em muito contribuiu para se optar pelo fim da tração animal na ilha.

Mas nem tudo está perdido. Nestes tempos sombrios, uma luz no fim do túnel finalmente pareceu emergir quando se desponta hodierna corrente no sentido de que o “direito dos animais” se constituiria uma nova geração de direitos, ao lado dos direitos de primeira geração, inspirados nos valores da liberdade, os direitos sociais, denominados de direitos de segunda geração e os direitos de terceira geração respaldados pelos valores que visam à fraternidade. Neste contexto, interessam-nos os direitos de terceira geração. Nesta toada, ensina, com maestria, José Salvador Pereira Araújo:

<sup>12</sup> O livro da veterinária Ruth Harrison mostrou ao mundo o cenário caótico de vários cenários como porcas sem espaço para amamentar os filhotes até as cruéis condições do abate. Cf. HARRISON, Ruth. *Animal Machines*. [s.l.]: Stuart (Vincent) & J.M. Watkins Ltd, 1964.

<sup>13</sup> SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. *Curso de Direito Animal*. Santa Catarina: Clube de Autores, 2020. p. 199.

Seria estapafúrdio classificar o “direito dos animais” como pertencente a uma nova geração de direitos? E, ganhando, sim, *status* de dimensão própria, como pinçar o animal de trabalho nessa barafunda que é o mundo faunístico? As próprias normas que, até hoje, tentaram judicializar atributos dessa estirpe foram de um acanhamento perturbador. Toda a incompletude dessas normas se deve ao fato de ser o universo dos irracionais, em confluência com o ambiente humano, um repositório de confusões. Basta perceber que animal doméstico tem direito a não ser molestado, mas muitos deles não têm direito à vida. Eis outra grande incongruência ao presente discurso, irmã siamesa do direito de propriedade.<sup>14</sup>

Hodiernamente, passou-se a utilizar o termo tutor ao invés da nomenclatura proprietário do animal, evidenciando o abandono da arcaica mentalidade quanto à “coisificação” dos animais e ratificando seu status como seres sencientes.

## 6. A falta de empatia dos seres humanos diante da situação de penúria dos equinos

Durante muito tempo, indagamo-nos o porquê da inércia, não somente das Autoridades Públicas, mas, principalmente, dos moradores da Ilha de Paquetá, os quais conviviam diuturnamente com esta incontestável e cruel realidade. Inicialmente, a explicação que nos pareceu mais plausível, embora simplista, residia no medo de retaliação que aparentemente ensejava a omissão de todos os que habitavam o entorno do local. Por óbvio, a cisão instalada pelas opiniões divergentes facilitou a permanência do cenário de desfavorecimento do sistema e a substituição da política instalada, consoante explicitado na seção 4.

A fim de desvendar os meandros da indagação acerca da raiz sociológica do evento, debruçamo-nos sobre o conceito de “Banalidade do Mal” da teórica política de Hannah Arendt, tratado em sua obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*.<sup>15</sup> As lentes da questão moral que construíram o alicerce desta teoria refletem a mediocridade do não pensar por parte do oficial nazista, o qual,

<sup>14</sup> ARAÚJO, José Salvador Pereira. *Relação antagônica entre os direitos humanos e a prática da crueldade contra o animal de trabalho: a luta pelo fim da tração animal no Brasil*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2014. p. 33. Disponível em: [https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/e250069ec3aef89457468de321462ef9.pdf](https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/arquivos_dissertacoesdefendidas/e250069ec3aef89457468de321462ef9.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

<sup>15</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Nesta aclamada obra, a autora mostra o surgimento de uma nova perspectiva do mal denominado o mal banal. De forma muito sucinta, tem-se que a autora buscou compreender o que levava Eichmann, um funcionário do Terceiro Reich que teve como papel principal a deportação de milhares de judeus para os campos de extermínio nazistas. Visão perfunctória da ceulema reside em reverberar da própria mediocridade de Eichmann o que seria simultaneamente seu trunfo: Como condenar um funcionário obediente que apenas cumpria fielmente as ordens, ainda que imorais, mas legais de seu superior hierárquico?

agia sem ódio e nem maldade, dentro da burocracia alemã. Sob este enfoque, talvez possamos compreender o porquê de vários charreteiros, pessoas comuns, agindo “sem ódio e sem maldade”, continuarem reproduzindo as velhas práticas nefastas de utilização, por exemplo, dos chicotes nos equinos. Esse vazio moral externado pelas suas perversas ações no trato com os animais e para com o meio ambiente como um todo apenas nos sinalizam para a real existência de um novo conceito de “mal” que Arendt denominou de “mal banal”. Neste esteio, assim como Eichmann, parece-nos que a maioria dos charreteiros era desprovida de reflexão e estava inserida em um cenário criminoso por absoluta falta de consciência aliada à ausência de políticas públicas em vários níveis. *Mutatis mutandis*, é exatamente a ausência de motivação ou mentalidade diabólica para o cometimento do mal que torna tal tipo de ação banal e daí, como uma engrenagem perversa, o charreteiro apenas reproduz o que o Estado lhe obriga ou se omite. Neste caso, a omissão e o próprio abandono das políticas públicas pertinentes são o gatilho para a perda da capacidade de pensar e refletir. Ao charreteiro não é denegada a condição de homem comum, mas suas ações reavivam o “vazio de pensamento”. Na mesma esteira de pensamento, enfatizam Zygmunt Bauman e Leonidas Donskis: “felizes foram as eras que tiveram dramas e sonhos claros, assim como perpetradores do bem e do mal”.<sup>16</sup>

## 7. O tema e o ativismo judicial

Os limites da atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas trazem à baila a visão polarizada do tema relacionado ao ativismo judicial. Embora não seja a discussão central do artigo, entendemos que seria perfeitamente lícita a intervenção do Poder Judiciário para pôr fim à tração animal em Paquetá como meio de resolução judicial de conflito, caso a solução extrajudicial não tivesse se mostrado eficaz.

Insta salientar que eventual discussão acerca da “judicialização da política” não compreende o exercício do direito punitivo estatal pelo Poder Judiciário, no âmbito da classe política, *v.g.* como nos casos dos crimes de colarinho branco. Neste caso, o exercício do direito punitivo estatal é de atribuição do Poder Judiciário, o qual, por óbvio, deve observar o sistema acusatório. Desta forma, neste tópico, não se discute a legitimidade das ações propostas pelo Ministério Público, através da competente denúncia, contra os charreteiros pelos crimes ambientais, aqui compreendidos os delitos de maus-tratos de animais.

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p 11. Ainda acerca do tema, acrescentam: “Com a tristeza e a suave ironia que o caracterizam, Bauman escreve sobre o inferno que um ser humano normal e aparentemente bondoso, bom vizinho e homem de família, cria para o Outro, recusando-se a conceder-lhe individualidade, mistério, dignidade e uma linguagem sensível. A esse respeito, Bauman não está distante do pensamento de Hannah Arendt – em especial quando ela, no polêmico estudo sobre Eichmann em Jerusalém e a banalidade do mal, revelou sua decepção com o mal do novo mundo. Todos esperam ver um monstro ou uma criatura do inferno, mas na verdade veem um banal burocrata da morte cuja personalidade e atividade são testemunhos de uma extraordinária normalidade e até de um elevado senso de dever moral.”

A dificuldade é saber se o Poder Judiciário, em caso de propositura de ação de cunho extrapenal, ação civil pública, por exemplo, poderia se imiscuir no rol de atribuições do Poder Público Municipal, determinar o término da tração animal na Ilha de Paquetá e ordenar a consequente retirada dos equinos.

Consoante o renomado Sérgio Cruz Arenhart:

É preciso um sistema jurídico maduro e suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da “Separação dos Poderes”, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público.<sup>17</sup>

isão estrutural reside na proeminente intervenção judicial na atividade de todos os sujeitos envolvidos no processo estruturante. Como veremos mais adiante, processo estrutural é uma espécie de processo coletivo que objetiva a transformação de estados de coisas violadores de direitos em estados de coisas nos quais tais direitos são assegurados. Um dos principais problemas quando se depara com a judicialização de determinados temas relacionados ao gerenciamento de políticas públicas é a ocorrência do efeito *backlash*.<sup>18</sup>

Na seara de proteção animal, podemos citar como clássico exemplo de *backlash* o fenômeno da vaquejada, declarada inconstitucional pelo STF ao reconhecer como inválida a Lei nº 15.299/2013 que regulamentava a atividade no Estado do Ceará, nos autos da ADI nº 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio. Em brevíssimo lapso temporal, o Congresso Nacional editou a Lei Federal nº 13.364/2016, reconhecendo-a como patrimônio cultural imaterial brasileiro e a seguir a Emenda Constitucional 96, de 6 de junho de 2017,<sup>19</sup> acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, segundo o qual não mais se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais.

No caso específico dos cavalos da Ilha de Paquetá, a feliz ausência do efeito *backlash* teve como fonte, provavelmente, o fato de a decisão ter sido emanada do próprio Poder Público Municipal, embora acatando a Recomendação do Ministério Público Estadual, evitando, assim, a propositura de eventual ação civil pública.

A partir da observação oriunda do método indutivo, ousamos inovar na criação da seguinte regra no campo da proteção animal: convém esgotar todas as possibilidades de composição extrajudicial da matéria a fim de evitar o efeito *backlash*.

<sup>17</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 01 dez. 2022.

<sup>18</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor afirma que “*Backlash* é a intensa e persistente manifestação pública contra uma decisão judicial acompanhada de sérias tentativas de resistência ao seu cumprimento”. Cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 206.

<sup>19</sup> Comumente denominada “emenda da vaquejada”.

A atual “emenda da vaquejada” é a mais fidedigna expressão dessa assertiva e evidencia nítido conflito entre os direitos fundamentais da manifestação cultural *ex vi* artigo 215, parágrafo 1º, da Magna Carta e os do meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante dispositivo 225, parágrafo 1º, VII, do mesmo diploma.

### 8. O nosso microsistema para a tutela de interesses coletivos é prosaico?

Na outra ponta, deparamo-nos com as dificuldades atinentes ao direito processual na eleição da melhor via para alcançar o êxito e eficácia da operação em comento. O tema tratado neste tópico tem a função de apresentar ao leitor o panorama da via eleita (a extrajudicial) e o caminho inverso da judicialização, que a melhor doutrina resolveu chamar de processo estrutural.<sup>20</sup>

Cogitamos a realização de trabalho conjunto com uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, mormente ante a atribuição da 19ª PIP exclusivamente na seara criminal, carecendo, portanto, de legitimidade para instauração de inquérito civil e eventual propositura de ação civil pública.

Orientamo-nos no sentido de se cuidar de típico caso de processo estruturante, tendo em vista a necessidade de resolução do denominado “litígio complexo”.<sup>21</sup>

Trata-se de verdadeiro processo de conhecimento intimamente relacionado ao processo coletivo com raízes nos Estados Unidos da América.<sup>22</sup>

A partir da situação pontual ora apresentada concernente à decisão da retirada dos equinos da Ilha de Paquetá, nos enveredamos pela apresentação dos matizes atinentes ao processo estrutural, a começar pelas suas características tipológicas a seguir enumeradas:

<sup>20</sup> Sentimo-nos instigados e ao mesmo tempo intimidados com a abrangência da solução viável em caso de judicialização da matéria. Repensar o trajeto percorrido sem utilizá-la pode significar distanciamento do viés democrático insculpido pela Carta Magna. O processo estrutural demanda tempo, estrutura, pessoal e, sobretudo, verba pública. Sentimo-nos obrigados a invocar a matéria não somente por amor ao debate, mas pela fidelidade à ousadia da versatilidade do enredo. Sucinto, os processos tradicionais à disposição para a tutela dos interesses coletivos é prosaica? Há necessidade de modificação de uma cultura arraigada no processo bipolar tradicional a fim de assimilar os hodiernos contextos e paradigmas para adaptá-los a nova estrutura focada em múltiplos interesses que orbitam o mesmo objeto?

<sup>21</sup> Litígio complexo não é aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão de litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados “litígios de difusão irradiada”. Cf. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 77, p. 97, jul./set. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson\\_Vitorelli.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

<sup>22</sup> Breve relato acerca do tema realizado pelos festejados Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Alexandria de Oliveira: “Tudo começou em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se se chamou de *structural reform*”. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 75, p. 103, jan./mar. 2020. Disponível em: [mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75](http://mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75). Acesso em: 12 dez. 2022.

O processo estrutural se pauta na discussão acerca de um *problema estrutural*, caracterizado pela instalação de uma situação de fato de desconformidade estruturada que se protraí no tempo e não precisa ser revestida necessariamente de ilicitude. É que nem toda situação que carece de reestruturação exige o selo da ilicitude. Ela pode ser até indesejada. A maioria dos charreiros ostentava em seu currículo a prática de algum delito de maus-tratos de animais ou outro similar. Nesse universo, a sua desconformidade com a lei penal se traduz em situação fática não somente de desconformidade, mas de ilicitude. Mas, a outra parcela dos charreiros primários, no sentido restrito do vernáculo, apenas se mantinham em uma situação de desconformidade pura e simplesmente. E havia também um ponto de interseção no qual eram abrangidos charreiros de ambos os lados, os quais apenas se acostumaram à manutenção desse cenário por simples acomodação, embora não o desejassem mais, ao menos diretamente. Conclui-se que o termo desconformidade é mais abrangente do que ilicitude, mas esse tem preferência àquele no tema em tela.

Tal processo para a reestruturação também se presta à função de intermediação e transição para o figurino de conformidade almejada e é essencialmente um processo *flexível*, na medida em que não existe um padrão pré-determinado de sequência temporal das providências. Guarda similitude com o inquérito policial no sentido de que o conteúdo material do problema aliado a sua complexidade dita a ordem das diligências e o roteiro das cautelas a serem observadas. Apenas para ilustrar, passamos a elencar as principais indagações atinentes a eventual ação civil pública de cunho eminentemente reestruturante no cenário em epígrafe: todos os cavalos seriam retirados da ilha com a ruptura da antiga ordem que privilegiava o patrimônio cultural ou apenas os equinos vítimas de maus-tratos? Qual seria o meio para a retirada dos cavalos (balsa, barco, navio ou outra modalidade de transporte)? Esta retirada seria realizada em uma única janela temporal ou haveria uma transição lenta para o novo sistema, aguardando o óbito de cada um dos equinos, por exemplo? Como se daria a subsistência econômica dos charreiros neste ínterim? Haveria algum tipo de auxílio pecuniário previsto para o charreiro? Para onde seriam levados os cavalos? Deveriam necessariamente ser levados a abrigo do poder público municipal? Poderia haver a nomeação de depositário para os equinos na pessoa de terceiro estranho ao processo? No caso positivo, ele seria remunerado pelos cofres públicos municipais? Haveria proibição de ingresso de outros equinos na ilha mesmo que não fossem destinados a puxar charrete? Haveria multa em caso de descumprimento e qual seria o montante? Independentemente do teor das respostas, basta o perfunctório exame do rol apenas exemplificativo dessas despreziosas indagações para apontar outra característica típica do processo estrutural que é a *complexidade*. Destarte, complexo é o processo em que se discute um problema que admite diversas soluções.<sup>23</sup> Complexo não é um problema de difícil solução, mas que permite a resolução do conflito de várias formas. A complexidade nesse contexto é diretamente proporcional ao número de decisões

<sup>23</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23; 67.

que ele comporta. A primeira e principal pergunta, objeto do presente artigo, desnuda a grandiosidade da celeuma apresentada: os cavalos DEVERIAM ou NÃO ser retirados da Ilha de Paquetá? Tal indagação, isolada das demais, já comporta em seu âmago vertente diametralmente oposta, a qual, a seu turno e de per si, passa à conversão a outras possibilidades e assim por diante, até a sucessão causal *ad infinitum*. Esta exegese, por si só, abriria as portas para uma audiência pública,<sup>24</sup> na qual as propostas de reestruturação seriam de ordem social, econômica, política, entre outras. Caso se optasse pela continuidade da tração animal, como se resolveria a violação aos direitos à vida, saúde e integridade física dos animais? Uma alternativa a ser pensada seria a diminuição das rotas e/ou acessibilidade pelas melhores vias, por exemplo, aquelas ornadas com frondosas árvores que permitissem o trajeto dos equinos à sombra. E como se resolveria a falta de adequação quanto às condições sanitárias?

Outra característica não essencial, mas presente na maioria das ações desta natureza é a sua *multipolaridade*. Para o renomado Sérgio Cruz Arenhart, “o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”.<sup>25</sup> Na seção 4 que aborda esse tópico, a multipolaridade restou evidenciada ao enumerar os grupos e subgrupos distribuídos na estrutura ligada a este microssistema. Imaginemos que o Ministério Público, através de uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva com atribuição no Município do Rio de Janeiro, tivesse intentado ação civil pública para a construção de nova cocheira na ilha ou pleiteando a reforma daquela já interditada pela defesa civil. O pleito ministerial certamente causaria transtorno a uma parcela expressiva de moradores da ilha. À guisa de exemplos, as charretes não poderiam mais transitar, ao menos temporariamente, desagradando os charreteiros em razão da repentina ruptura de sua subsistência econômica. Por outro lado, a obra causaria o bloqueio, ainda que temporário, das rotas de acesso, podendo chegar ao ponto de segregar famílias e vizinhos que habitassem o entorno. Inquestionável a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para a propositura da ação, mas correta a assertiva da ausência de confluência de interesses entre os moradores da ilha e o autor da *actio*. Cabe destacar, por oportuno, que esta dessintonia de interesses se manifestou, inclusive, dentro da própria instituição, quando vários órgãos com atribuição em matérias distintas apresentaram posicionamentos antagônicos. Assim, no caso em comento, a 19ª Promotoria de Investigação Penal, a qual somente possuía atribuição criminal quanto a crimes ambientais, caminhava pacificamente no sentido do término da tração animal como um todo, não somente na ilha, mas em todo o município carioca. Por outro lado, a Promotoria de Tutela Coletiva do Patrimônio Cultural se inclinava pela manutenção das charretes, pretendendo limitar seu objeto à readequação

<sup>24</sup> No contexto de inserção popular na seara de proteção animal, apontamos o Município de Petrópolis na região serrana do Rio de Janeiro que na data de 07 de outubro de 2018 decidiu, por maioria de 68,58%, pelo fim das charretes puxadas a cavalo, através de plebiscito convocado pela Câmara de Vereadores.

<sup>25</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 800.

do péssimo cenário ao cumprimento das exigências legais. Sucinto: no processo estrutural, inúmeras são as possibilidades de sinalização de diversos interesses ao se deparar com a potencial miríade de questões e o viés democrático somente se concretiza ao se franquear voz a inúmeros atores e grupos atingidos. Há multiplicidade de interesses, os quais se interceptam e se interligam, formando um amálgama multifocal. Exatamente por serem litígios policêntricos, impõe-se a necessidade de implementação da *representatividade adequada*, devendo ser chamados, desde antes mesmo da instauração do competente inquérito civil, todos aqueles que de alguma forma seriam afetados por eventuais medidas tomadas ao longo do processo estruturante. O processo estrutural coaduna-se com a criatividade do operador do Direito e, embora possa aparentar certa pitada de diletantismo, urge buscar e criar mecanismos para se tornar a fase pré-processual a mais acessível possível. Durante palestra na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro (AMPERJ), o advogado Felipe Barreto Marçal defendeu com afinco a ideia de criação de sítios eletrônicos para a concentração de informações acerca dos temas de interesse da comunidade com o propósito de tornar o inquérito civil mais acessível.<sup>26</sup> Defendeu, inclusive, a união de esforços e cooperação do Ministério Público e Defensoria Pública, lado a lado, como saudável exegese de uma sociedade plural.

Somada as demais características, deparamo-nos com a *consensualidade*, marca da conformação do litígio e com viés de flexibilidade intrínseca. Havia parcela de charreteiros irascíveis quanto à abolição da tração animal e o lado diametralmente oposto, mais do que conformado, apenas clamando pelo encerramento da atividade e sua substituição por qualquer outra atividade lucrativa. A propósito do tema atinente à consensualidade nos processos estruturais, leciona Sérgio Arenhart:

A possibilidade de ajustar negócios processuais (art. 190, CPC) é potencializada nos processos estruturais em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação. Se a solução negociada é sempre preferível num processo individual de natureza bipolar, em que normalmente são facilmente identificáveis os interesses contrapostos, tanto mais se pode dizer quando há múltiplos interesses envolvidos – convergentes ou divergentes, a depender da questão em foco – e múltiplas possibilidades de solução do problema. No processo estrutural, o apelo à consensualidade é ainda mais exigível.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Debate sobre Processos Estruturantes ocorrido em 05 de abril de 2022, com a participação do advogado Felipe Marçal e o promotor de justiça Emiliano Brunet.

<sup>27</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 75, p. 115, jan./mar. 2020. Disponível em: [mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75](http://mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75). Acesso em: 12 dez. 2022.



A própria necessidade de adaptação do procedimento com o fim de readequá-lo às vicissitudes do problema estrutural reaviva a necessidade de se repensar as formas de capilarização das técnicas de negociação, reinventando-as.

O Poder Judiciário é realocado no interior dessa nova órbita, exigindo do juiz da causa maior cooperação, transmudando, desta feita, seu papel de simples julgador para criador de ambiente propício para que os outros decidam. A convocação processual inicial, inclusive, é para que os legitimados discutam o inteiro teor da matéria e apresentem, ao menos, minuta, ainda que informal, de potencial negociação. Se não houver acordo, aí sim, o juiz deve decidir, mas a partir das bases e premissas que restaram estabelecidas, retomando-as. Desaparece quase por completo a aura do “Juiz Encastelado” e o surgimento de um verdadeiro colaborador, intermediando, inclusive, terceiros chamados a contribuir, não somente com a implementação, mas com a fiscalização das novas medidas implantadas. No caso específico dos cavalos de Paquetá, houve uma gama de valiosos colaboradores, cabendo destaque para o excelente trabalho da ONG Santuário das Fadas<sup>28</sup> que recebeu em seu sítio na região serrana do Rio de Janeiro todos os cavalos retirados da ilha. Cabe destacar que essa figura do colaborador estranho à lide não é nova na seara de proteção animal, pelo contrário, tal classe emergente de “protetores” *lato sensu*, incluindo-se neste contexto as ONGs que atuam neste campo, trabalhavam lado a lado com os policiais do NPA, auxiliando-os na fiscalização do bem-estar animal, figurando como depositários em caso de animais resgatados por maus-tratos, entre outras funções.<sup>29</sup>

Urge ressaltar, por fim, a necessidade de que o procedimento seja *bifásico*. No caso *sub examine*, a primeira fase seria restrita à sinalização da existência de um problema estrutural e a meta a ser atingida. A fase da instrução limitar-se-ia a comprovar o caótico cenário da ilha, chegando ao extremo de se revestir de normalidade a prática permanente de delito de poluição hídrica, sem mencionar os inúmeros crimes de maus-tratos de animais e outros já explicitados. Inteira pertinência teria a prova documental através da juntada das peças integrantes das ações penais condenatórias ofertadas não somente em face dos charreteiros, mas dos demais, principalmente autoridades detentoras de cargo, responsáveis pela degradação ambiental. Os principais autores que abordam o tema aludem à “atipicidade dos meios probatórios”, devendo ser admitida até a prova por amostragem. No caso específico da Ilha de Paquetá, pensamos não haver a necessidade de reproduzi-la. É que havia um número delimitado de charreteiros na ilha toda, menos de vinte. Todavia, a produção da prova por amostragem far-se-ia necessária caso o objeto do pedido não se limitasse à ilha, mas ao município todo, por exemplo. Em um processo em que se pretendesse resguardar a vida e integridade física dos equinos ligados à

<sup>28</sup> Mais detalhes acerca do local no site da própria ONG, disponível no endereço eletrônico: <https://www.santuariodasfadas.org>.

<sup>29</sup> A propósito do tema, verificar o artigo da autora acerca da emergência de nova classe. Cf. AZEVEDO, Christiane Barbosa Monnerat de. Os Movimentos Sociais e a consolidação da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 80, p. 19-56, abr./jun. 2021.

tração animal em todo o município, seja para o fim da atividade ou a readequação das cocheiras, não haveria necessidade de visitação ou vistoria em todos os abrigos desses animais, bastando a realização de outros meios probatórios como a prova por amostragem, a prova por estatística, a prova indiciária, entre outras. A primeira fase deste procedimento bifásico se encerraria com a decisão estrutural, a qual se revestiria de conteúdo programático. A melhor doutrina entende pertinente a formulação de pedido genérico, permitindo-se, inclusive, a alteração do objeto, observando-se o princípio constitucional do contraditório. Exemplo, *in casu*, seria o pleito de desconformidade do atual estado de coisas na ilha consubstanciado no seu próprio contexto de crimes nos moldes retrocitados e que o magistrado providenciasse a erradicação da tração animal para a garantia de vida dos equinos, bem como a cessação imediata dos delitos de ordem ambiental. Na mesma linha de raciocínio, caso o pedido formulado se limitasse à garantia da integridade física dos cavalos e no curso do processo, o cerne do problema estrutural abrangesse a sua própria vida, inteiramente viável seria a ampliação da pretensão inaugural em nome dos princípios da eficiência e economia processual.

A segunda fase, a seu turno, inaugurar-se-ia com a implementação das medidas imprescindíveis para o atingimento das metas constantes da decisão estrutural. As fases de conhecimento e execução caminham conjunta e entrelaçadamente, abraçando o método de “tentativa e erro” e este inusitado sincronismo nos posiciona rumo a novos desafios, seguindo uma cadeia retroalimentar. Através do *feedback* da medida determinada, ou esta é mantida ou modificada e neste *podium* reside o verdadeiro e inusitado sincretismo. É o que o renomado Sérgio Arenhart acertadamente denomina de “provimentos em cascata”.<sup>30</sup>

## 9. Considerações finais

Instaurou-se nova ordem econômico-jurídico social na Ilha de Paquetá, a partir da Recomendação contida no teor do Ofício 01/16/GAEMA, de 12 de maio de 2016, expedida pelo Ministério Público, com a retirada de todos os cavalos que puxavam charrete no local e a sua imediata substituição por carrinhos de golfe, mediante determinação expressa do Prefeito da Cidade.

O presente artigo teve por fim mapear o roteiro da 19ª PIP da 1ª CI, a qual desprovida de atribuição cível para, *v.g.*, a realização do termo de ajustamento de conduta ou propositura de ação civil pública, se descobriu compelida a trilhar caminhos adversos e, inclusive, judicializar a matéria de forma prematura na área criminal.

A metodologia diversificada com espeque, entre outros, no método quantitativo, embora apresentado de forma acanhada, demonstrou à sociedade que a maioria dos

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 01 dez. 2022.

charreiros já havia praticado, em tese, algum delito de ordem ambiental, o que por si só aconselhava a erradicação da tração animal.

A enumeração dos pontuais e inusitados obstáculos se fizeram imprescindíveis ao longo da narrativa a fim de garantir a verossimilhança do enredo. As obstruções teóricas, a começar pelas raízes históricas da Ilha de Paquetá, perpassando as principais doutrinas acerca da proteção animal, resvalaram na ausência de visão harmônica para a solução da problemática, em detrimento dos equinos vítimas de intensos maus-tratos.

A tentativa de compreensão da gênese do macabro cenário a partir do abandono da visão maniqueísta do universo levou-nos à busca por respostas de cunho sociológico e nos fez socorrer do conceito de “Banalidade do Mal” da teórica política Hannah Arendt. Neste diapasão, enveredamo-nos na tentativa de compreensão do “vazio de pensamento” e deparamo-nos com a alavanca moral da razão pela qual vários charreiros, pessoas comuns, agindo “sem ódio e sem maldade”, continuavam reproduzindo as rotineiras práticas criminosas e nefastas de utilização, por exemplo, dos chicotes nos equinos.

Lícita e igualmente legítima, segundo nosso entendimento, a intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas caso a solução extrajudicial não tivesse se mostrado eficaz, eis que o Princípio Constitucional da Separação de Poderes comporta mitigação.

Em caso de judicialização do tema na seara cível, mediante a instauração de inquérito civil ou propositura de ação civil pública, inclinamo-nos a considerar que se trata de autêntico processo estruturante e, com o intuito de melhor compreensão do estudo de caso, apresentamos seus respectivos atributos tipológicos.

Quanto ao efeito *backlash*, entendemos ser acertado o esgotamento de todas as possibilidades de composição extrajudicial da matéria a fim de evitá-lo ou, ao menos, retardá-lo ao máximo. A “emenda constitucional da vaquejada”, como vero protótipo, remete à existência de colisão entre os direitos fundamentais da manifestação cultural *ex vi* artigo 215, parágrafo 1º, da Constituição Federal e os relativos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante dispositivo 225, parágrafo 1º, VII, do mesmo diploma. A probabilidade do acerto na eleição da via extrajudicial é afiançada não somente pela inexistência, *in casu*, do efeito *backlash*, mas principalmente por evitar os trâmites burocráticos, custosos e demorados, tão recorrentes na propositura de ações coletivas, mormente as de cunho estruturantes.

Esperamos com o presente estudo de caso que não somente e apenas “o passado concretize o futuro”, mas que funcione como intérprete do legado de erros e acertos das próximas decisões para a criação de políticas públicas no campo de proteção animal.

## Referências

ARAÚJO, José Salvador Pereira. *Relação antagônica entre os direitos humanos e a prática da crueldade contra o animal de trabalho: a luta pelo fim da tração animal no Brasil*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/e250069ec3aef89457468de321462ef9.pdf](https://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/arquivos_dissertacoesdefendidas/e250069ec3aef89457468de321462ef9.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 01 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 800.

AZEVEDO, Christiane Barbosa Monnerat de. Os Movimentos Sociais e a consolidação da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 80, p. 19-56, abr./jun. 2021.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BRASIL. *[[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 11 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017*. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm). Acesso em: 11 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 11 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9985&ano=2000&ato=77ck3aq1kMNPWTfc9>. Acesso em: 11 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020*. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14064.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14064.htm). Acesso em: 11 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983/CE*. Processo objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Atuação do advogado-geral da união. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 12 dez. 2022.

CEARÁ. *Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013*. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Fortaleza, CE: Governo do Estado, 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>. Acesso em: 11 dez. 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: [mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75](http://mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75). Acesso em: 12 dez. 2022.

FRANCIONE, Gary L. Animal Rights: the abolitionist approach. *Abolitionist Approach*, [s.l.], [2022]. Disponível em: <https://www.abolitionistapproach.com>. Acesso em: 11 jan. 2023.

GODFREY-SMITH, Peter. *Outras Mentes: o polvo e a origem da consciência*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Todavia, 2019.

HARRISON, Ruth. *Animal Machines*. [s.l.]: Stuart (Vincent) & J.M.Watkins Ltd, 1964.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 1.820, de 29 de abril de 2013*. Cria órgãos de execução do Ministério Público e dá outras providências. Rio de Janeiro: MPRJ, 2013. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418905/Resolucao\\_1820.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418905/Resolucao_1820.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direito dos Animais*. Bruxelas: ONU, 1978. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei nº 3.900, de 19 de julho de 2002*. Institui o Código Estadual de proteção aos animais, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2022. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/136456/lei-3900-02>. Acesso em: 11 dez. 2022.

RIO DE JANEIRO (Município). *Decreto nº 17.555, de 18 de maio de 1999*. Tomba definitivamente os bens que menciona, transforma a Ilha de Paquetá em área de proteção do ambiente cultural (APAC) e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 1999. Disponível em: [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4355621/4107491/paqueta\\_dec17555\\_99.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4355621/4107491/paqueta_dec17555_99.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 28.785, de 03 de dezembro de 2007*. Aprova o regulamento do serviço de transporte de passageiros e de pequenas cargas na Ilha de Paquetá e seu código disciplinar. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 2007. Disponível em: <https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/291682/decreto-28785-07>. Acesso em: 11 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3.350, de 28 de dezembro de 2001*. Disciplina a circulação de veículos de tração animal no Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 2001. Disponível em: <https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/263681/lei-3350-01>. Acesso em: 11 dez. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre homens*. [s.l.: s.n.], 1754. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action&co\\_obra=2284](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action&co_obra=2284). Acesso em: 10 jan. 2023.

SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. *Curso de Direito Animal*. Santa Catarina: Clube de Autores, 2020.

TRINDADE, Gabriel Garmendia da. *Animais como pessoas: a abordagem abolicionista de Gary L. Francione*. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, RS, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/9119>. Acesso em: 11 dez. 2022.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson\\_Vitorelli.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf). Acesso em: 12 dez. 2022.

# O novo ICMS dos combustíveis em análise federativa

## *The new fuel tax in a federative perspective*

Fabrizio Dantas Leite\*

*“Aproxima-se a hora da manchete.  
O PETRÓLEO ACABOU.  
Acabaram as alucinações  
os crimes, os romances  
as guerras do petróleo.  
O mundo fica livre  
do pesadelo institucionalizado.”*

(ANDRADE, 2014, p. 122)

### Sumário

1. Introdução. 2. Da desproporcionalidade por excesso. O retorno à intervenção política como instrumento macroeconômico de controle da inflação e a “má intenção legislativa” da sistemática heterônoma de desoneração tributária. 3. Da desproporcionalidade por inadequação e desnecessidade. Existência de medida financeira de fato efetiva e de meio constitucional menos gravoso. A Conta de Estabilização de Preços de Combustíveis (PL nº 1.472/2021), o Convênio ICMS nº 192/21, suas prorrogações. 4. Análise específica dos dispositivos da LC nº 192/22. 4.1. Art. 3º, inciso V, alínea “b”. Fixação de alíquota *ad rem* por lei complementar federal. Violação da literalidade do artigo 155, §4º, inciso IV. Subversão da competência constitucional do CONFAZ (Artigo 155, § 2º, XII, ‘g’) e da autonomia dos Estados-Membros (Artigo 18). 4.2. Artigo 6º, §4º e §5º. Parâmetros normativos impostos por norma regulamentadora, sem correlação com dispositivo constitucional. 4.3. Artigo 7º. Fixação por lei complementar de medida transitória que importa em isenção. Violação ao artigo 151, inciso III, e ao artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição. Desconsideração dos limites regulamentares da lei complementar. 4.4. Artigo 8º. Benefício fiscal sem estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Violação ao artigo 113 do ADCT. 5. Conclusão. Referências. Anexo: Tabela 1.

\* Doutor em direito financeiro, tributário e econômico pela Universidade de São Paulo. Professor Doutor da graduação e da pós-graduação da FGV/EBAPE. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Árbitro do CBMA. Representante da Fazenda junto ao Conselho de Contribuintes do Rio de Janeiro. Ex-Secretário Executivo do Ministério da Fazenda. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

## Resumo

O presente estudo busca analisar a constitucionalidade e a pertinência federativa da Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022, que introduziu o ICMS monofásico previsto inicialmente pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001. Ao resgatar uma possibilidade constitucional prevista há duas décadas para resolver um problema conjuntural de preço dos combustíveis, a legislação complementar foi usada uma vez mais como instrumento macroeconômico de controle da inflação. A “má intenção legislativa” permitiu a implantação de verdadeira sistemática heterônoma de desoneração tributária. Desproporcional, inadequada, inútil e excessiva, a regulamentação escolheu caminho menos efetivo para o consumidor e com alto custo orçamentário para os entes subnacionais. Ignorou a existência de medida financeira de fato efetiva e de meio constitucional menos gravoso, como a Conta de Estabilização de Preços de Combustíveis (PL nº 1.472/2021). Como resultado, desestabilizou a estrutura normativa da indústria, indo além da possibilidade regulamentar conferida pelo texto da Emenda Constitucional.

## Abstract

*The present study seeks to analyze the constitutionality and federative relevance of Complementary Law No. 192, of March 11, 2022, which introduced the single-phase ICMS initially provided for by Constitutional Amendment nº 33, of December 11, 2001. By bringing back a legally imposed constitutional possibility from two decades ago to solve a current conjunctural problem of fuel prices, complementary legislation was used once again as a macroeconomic instrument to control inflation. The “legislative bad intention” allowed the implementation of a true heteronomous system of tax relief. Disproportionate, inadequate, useless and excessive, the regulation chose a less effective path for the consumer and with a high budgetary cost for subnational entities. It ignored the existence of an effective financial measure and a less burdensome constitutional means, such as the Fuel Price Stabilization Account (PL 1,472/2021). As a result, it destabilized the regulatory framework of the industry, going beyond the regulatory possibility provided by the text of the Constitutional Amendment.*

**Palavras-chave:** ICMS. Combustível. Análise constitucional federativa.

**Keywords:** ICMS. Fuel. Federative constitutional perspective.



## 1. Introdução

A intervenção do Estado na indústria do petróleo é um dos temas que mais desperta paixões ideológicas ao longo da história. Errática, multidirecional, e, por vezes, irracional, a forma com que o Estado brasileiro regula suas reservas, se não chega a ser o anedótico *determinismo geográfico* das *ditaduras rentistas do petróleo*, também está distante de se aproximar da *estabilidade* de modelos mundialmente consagrados, como o norueguês.

A nova tributação dos combustíveis pelo ICMS é um lamentável exemplo da instabilidade normativa da indústria no Brasil. Sempre há uma solução nova que promete ser mais simples, mais eficiente e juridicamente mais segura. Na prática, porém, mostra-se mais complexa, mais onerosa e, assim como ocorreu com adoção do modelo de partilha de produção, juridicamente mais confusa.

O novo regime do ICMS dos combustíveis tem ainda outra característica. Impulsionado pelo momento político-eleitoral, a estratégia legislativa que o efetivou ignorou postulados básicos do federalismo fiscal brasileiro. Para resolver um problema conjuntural, decorrente de uma crise cambial, de certa maneira, cíclica, e da crise de oferta, ocasionada pelo conflito Rússia-Ucrânia, a estrutura tributária da cadeia produtiva do petróleo sofreu, uma vez mais, mudança significativa, com pouca efetividade econômica imediata, porém com desastrosos impactos mediatos.

A partir da regulamentação tardia da Emenda Constitucional nº 33 de 2001, uma série de desafios constitucionais federativos complexos surgiram. Com a edição da Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022, mais de 20 anos após a publicação da Emenda Constitucional, a estrutura tributária do setor de combustíveis passou a vivenciar duas realidades inusitadas: o ICMS monofásico e a *sistemática heterônoma de desoneração tributária*.

Por trás da inovação legislativa, o declarado interesse político-eleitoral de controle de preços ditou uma estrutura de tributação que, ao mesmo tempo, impacta negativamente a arrecadação dos entes subnacionais, sem a contrapartida de melhorar o preço do produto no mercado de varejo.

Além da pouca efetividade econômica da medida, a técnica legislativa utilizada apresenta falhas constitucionais consistentes. Ao utilizar o veículo da lei complementar como instrumento macroeconômico de controle da inflação, o resultado legislativo se mostrou desproporcional por excesso, por inadequação e por desnecessidade. A falta de efetividade prática da norma regulamentadora contrasta com a existência de medida financeira de fato efetiva e de meio constitucional menos gravoso.

O texto da LC nº 192/22 subverteu a lógica da própria emenda que visava a regulamentar Decisões que foram constitucionalmente atribuídas à autonomia dos Estados-Membros e à competência constitucional do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”) e acabaram sendo fixadas pela própria legislação regulamentadora. Estudos orçamentários previstos em emenda constitucional foram dispensados por lei e isenções que dependiam de lei ordinária estadual surgiram através

de lei complementar. Enfim, uma confusão legislativa sucessiva que representou, em última análise, retrocesso na estrutura tributária, cada vez mais complexa, onerosa e juridicamente instável.

Diante da grande repercussão da medida legislativa, tanto econômica quanto midiática, a discussão da constitucionalidade da LC nº 192/22 vem sendo negligenciada pelos maiores prejudicados, ou seja, pelos entes subnacionais que irão sofrer uma redução de arrecadação e pelos próprios consumidores, que não irão experimentar necessariamente a tão esperada redução de preço.

Para entender um pouco mais esta paradoxal manobra legislativa, iremos dividir o presente em estudo, para fins meramente didáticos, em dois grandes tópicos: (i) *inconstitucionalidades gerais*, ou seja, que atingem a peculiar sistemática heterônoma de desoneração tributária introduzida pela LC nº 192/22; e (ii) *inconstitucionalidades específicas*, no qual serão destacados dispositivos da lei que apresentam vícios de inconstitucionalidade evidentes.

O primeiro tópico, que se subdivide nos itens 2 e 3, irá analisar o contexto político e econômico que influenciou a intenção legislativa e deu origem a uma legislação inadequada, desnecessária e excessiva para a finalidade de instrumento macroeconômico de controle inflacionário.

O segundo tópico, por sua vez, será desenvolvido no item 4 e se dividirá em 4 subitens, analisando especificamente cada um dos dispositivos que apresentem características inconstitucionais.

## **2. Da desproporcionalidade por excesso. O retorno à intervenção política como instrumento macroeconômico de controle da inflação e a “má intenção legislativa” da sistemática heterônoma de desoneração tributária**

A LC nº 192/2022 surge em linha com os impulsos de intervenção política na fixação técnica dos preços administrados que se iniciaram em 2008, atingiram o pico no final de 2014 e se consolidaram na época como um criticado instrumento de política macroeconômica de controle da inflação.

O fracasso deste modelo foi notório.

Diante dos ciclos e anticiclos da economia mundial pós-crise econômica de 2008, a indústria nacional do petróleo e gás, em especial, passou a conviver com a constante interferência da União na formação do preço dos combustíveis e derivados, impondo danos severos à economia nacional e à própria política inflacionária, que ultrapassou em larga escala o teto da meta após o ciclo político-eleitoral de 2014, com taxas negativas de crescimento do PIB.

A cronológica defasagem em relação ao custo em dólar e ao preço do barril, no caso específico do petróleo, aumentou o déficit da balança comercial do produto. Como resultado, o investimento na indústria nacional retraiu tanto no *upstream*, ou seja, na exploração e produção, quanto no *dowstream*, especialmente no que concerne

ao refino, que se manteve pouco eficiente e em regime de monopólio, aumentando ainda mais a exposição do mercado doméstico de gasolina, diesel e GLP à volatilidade do mercado internacional, como apontam Edmar Almeida, Patrícia Oliveira e Luciano Losekann. (2015, p. 532)

Apesar de o modelo de controle artificial de preços ter se mostrado equivocados, a crise de demanda causada pela pandemia de COVID-19 reviveu anseios populistas de estabilização política dos preços administrados, especialmente do preço dos combustíveis. Com isso, foi gerido o PLP nº 11/2020, que, a partir da disparada do preço do petróleo causada em larga medida pelo embargo da produção da Rússia, converteu-se na Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022.

O *modelo* é o mesmo, isto é, a tentativa de controle do preço dos combustíveis através de intervenção política da União, mas o *enfoque* é diverso. A repercussão negativa da utilização da Petrobras como instrumento de controle da inflação pelo acionista majoritário fez com que o atual governo optasse por uma modalidade, de certa forma, politicamente conveniente: a criação de uma *sistemática heterônoma de desoneração tributária* do produto, focando na tributação estadual.

Ao fim e ao cabo, o que a LC nº 192/22 pretende é reduzir significativamente o impacto do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS") na formação do preço final ao consumidor da gasolina, do diesel e do GLP, às expensas dos Estados-Membros, e pior, sem qualquer influência relevante no preço praticado para o consumidor final.

O motivo é lógico e relativamente simples.

A estrutura de formação dos preços dos combustíveis, segundo dados oficiais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ("ANP"), depende basicamente de cinco variáveis:

- (i) Preço de produção (refino e importação);
- (ii) Preço do etanol (utilizado na proporção de 27% na venda da gasolina A);
- (iii) Tributos federais (PIS/PASEP, Cofins e Cide);
- (iv) Tributo Estadual (ICMS);
- (v) Distribuição, transporte e revenda.

Os dados são compilados a partir do Relatório do Mercado de Derivados de Petróleo, divulgado mensalmente pelo Ministério de Minas e Energia, e apresentam uma série histórica a partir de 2018. Considerando os dados divulgados pela ANP ao longo do ano de 2021, por exemplo, a proporção referente ao ICMS se mantém constante, com ligeiras variações regionais apenas (Tabela 1).

A estabilidade de uma das cinco proporções acima é inútil para o resultado, quando um dos itens varia constantemente. Em outras palavras, manter ou reduzir

o ICMS não importa necessariamente em redução do preço final, quanto os custos de produção, refino e importação, dependentes diretamente da variação do dólar e do preço do barril internacional, sofrem sucessivos aumentos.

A LC nº 192/22 pressupõe um controle político e artificial do valor da *commodity*, através da redução de medida doméstica de redução da tributação estadual apesar de ser notória a influência da conjuntura geopolítica sobre a formação preço internacional. A utilização da legislação como instrumento macroeconômico de controle da inflação é a *intenção da lei* e desta forma devem ser interpretados o seu alcance, a sua efetividade e, principalmente, a sua proporcionalidade.

Neste contexto, a sistemática heterônoma de desoneração tributária instituída pela legislação federal é *inadequada*, inclusive, em relação ao objetivo precípua da lei. Ao impor um ônus excessivo e fundamentalmente *inútil* aos Estados-Membros, a legislação se afigura desproporcional, na vertente de proibição de excesso.

A inutilidade da medida, inclusive, é ressaltada em recente estudo técnico do Conselho Nacional dos Secretários de Fazenda (COMSEFAZ, 2022, p. 13):

Se por um lado a diminuição do valor nas UFs que perdem receita não representa garantia de repasse total da redução no preço ao consumidor final, já que as margens dos setores de distribuição e revenda são apertadas, por outro, nos estados onde a alíquota média resulta em valor maior que a praticada hoje, é assegurado que vai haver aumento de preços ao consumidor final, onerando ainda mais os consumidores dessas UFs e indo contra o próprio espírito da lei que busca a redução do valor ao consumidor final.

Em um novo ciclo-eleitoral, os Estados-Membros estão sendo obrigados indiretamente a custear, com o seu próprio orçamento e sem manifestação de vontade autônoma própria, a uma *simulação legislativa* de combate à inflação, através de instrumento macroeconômico *inútil* para esta finalidade.

A sistemática de desoneração heterônoma da lei é inadequada, inútil e desproporcional. As consequências indesejáveis da intenção legislativa suplantam a sua intenção primária. Onerar indiretamente o orçamento dos entes subnacionais sob o pretexto de controle macroeconômico de preço de *commodity*, quando a desoneração em si é um meio inócuo desde a origem, revela, portanto, excesso de intervenção nos entes subnacionais, ignora o federalismo fiscal cooperativo e a autonomia federativa.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao analisar pedido cautelar formulado na ADI nº 6930, afastou a constitucionalidade dos incisos IV e V do art. 8º da LC n. 159/17, após sua modificação pela LC n. 178/21, consagrando a autonomia federativa, o federalismo cooperativo e, sobretudo, a tese da desproporcionalidade, na vertente da proibição do excesso como inerentes ao federalismo fiscal: “A submissão da reposição de vacâncias à autorização no Plano de Recuperação Fiscal, ato administrativo

A subversão assimétrica do equilíbrio federativo, através da pretensão de legitimar uma regra macroeconômica federal de controle da inflação que se mostra ineficaz e excessiva, em verdade, demonstra de plano a “evidência legislativa” (LANDIS, 2016, p. 135) de um contexto normativo viciado na sua origem.

A *intenção inconstitucional* da LC nº 192/22, ou, nas palavras de HASEN (2006), a “*má intenção legislativa*”, fica evidente quando se verifica tratar-se de tentativa frustrada de endereçamento de um problema conjuntural macroeconômico, ainda que importe em ruptura estrutural da política fiscal federalista.

### **3. Da desproporcionalidade por inadequação e desnecessidade. Existência de medida financeira de fato efetiva e de meio constitucional menos gravoso. A Conta de Estabilização de Preços de Combustíveis (PL nº 1.472/2021), o Convênio ICMS nº 192/21, suas prorrogações**

Como visto no item antecedente, a LC nº 192/22 é desproporcional por inadequação. Ao enfrentar apenas uma das proporções que formam o preço do petróleo, a medida legislativa se mostra inapta para atingir a finalidade imediata de controle dos preços da *commodity* e mediata de intervenção de política macroeconômica inflacionária.

A variação do preço dos combustíveis não depende diretamente da proporção do tributo estadual, que, inclusive, mantém-se praticamente constante. A recente variação do preço do petróleo no mercado internacional afeta o preço final dos combustíveis ao consumidor no mercado doméstico, independentemente do custo do ICMS.

Neste contexto, as inovações legislativas da LC nº 192/22 não cumprem os requisitos do teste de adequação, que, em última análise, “*examina se a medida de intervenção está apta para atingir a finalidade a que se destina*”. (BRANCO, 2009, p. 75)

Há, entretanto, uma medida financeira efetivamente apta a atingir tanto a finalidade imediata de controle de preços quanto o objetivo mediato de reduzir o impacto inflacionário.

A experiência internacional indica que a variação do preço das *commodities* pode ser efetivamente mitigada através da adoção de um fundo de estabilização, como medida que “*ao mesmo tempo, permita a previsibilidade das mudanças de preços e, conseqüentemente, a redução dos riscos de investimento de potenciais entrantes no mercado doméstico de combustíveis*”. (ALMEIDA; OLIVEIRA; LOSEKANN, 2015, p. 551)

---

complexo que demanda anuência do Ministro de Estado de Economia, pareceres prévios da Secretaria do Tesouro Nacional, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal, além de autorização final do Presidente da República (arts. 4º-A e 5º, da LC nº 159/2021, com a redação conferida pela LC nº 178/2021), parece afrontar, em juízo preliminar, a autonomia dos Estados e Municípios e o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso, além de interferir diretamente na continuidade administrativa dos serviços públicos estaduais e municipais.” (BRASILIA, 2021)

O contexto político e econômico que inspirou a “má intenção legislativa” que geriu o PLP nº 11/20, e posteriormente a LC nº 192/22, também influenciou *medida financeira de fato efetiva*.

O Projeto de Lei nº 1472/2021, recentemente aprovado no Senado Federal (Sessão de 10/03/2022), altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, introduzindo um capítulo dedicado à política de preços dos combustíveis.

Entre as medidas previstas, destaca-se um fundo de estabilização dos preços de combustíveis, denominado *Conta de Estabilização de Preços de Combustíveis* (“CEP-Combustíveis”), com “a finalidade de reduzir, observadas as regras fiscais e orçamentárias, o impacto da volatilidade dos preços dos combustíveis derivados de petróleo e GLP, inclusive o derivado de gás natural, para o consumidor final”. (Art. 68-J da Lei nº 9.478/97)

Formado por recursos oriundos (i) “de participações governamentais relativas ao setor de petróleo e gás destinadas à União”; (ii) “de excesso de arrecadação, relativo à previsão da lei orçamentária dos dividendos da Petrobras pagos à União”; (iii) de receitas públicas não recorrentes relativas ao setor de petróleo e gás, em razão da evolução das cotações internacionais do petróleo bruto”; e (iv) “do superávit financeiro de fontes de livre aplicação disponíveis no balanço da União, em caráter extraordinário” (Art. 68-I da Lei nº 9.478/97); e com limites de variação de preços fixados a partir da utilização de bandas móveis, o mecanismo de combate às flutuações de preço não depende de receitas tributárias, seja federal ou estadual.

O autofinanciamento sem aporte orçamentário, inclusive, é o modelo internacionalmente reconhecido como mais eficiente do que o controle de preços, ou o subsídio, sem custos fiscais relevantes, ou imposição unilateral de ônus orçamentário do ente central sobre os entes subnacionais.<sup>2</sup>

A LC nº 192/22 também é desproporcional por desnecessidade. Há meio constitucionalmente previsto “menos opressivo, capaz de render semelhante resultado”. (BRANCO, 2009, p. 75)

A partir do momento em que a crise cambial afetou o preço internacional da *commodity*, antes mesmo da disparada do preço do barril agravada pelo embargo à produção russa, os Estados-Membros, utilizando o mecanismo constitucionalmente previsto para a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS, nos termos do inciso II do artigo 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo, e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, celebraram o Convênio ICMS nº 192, de 29 de outubro de 2021.

Através do instrumento, os Estados adotaram medidas que, na prática, possibilitaram o congelamento do valor do imposto por um período inicial de 1º de novembro de 2021 a 31 de janeiro de 2022, prorrogados através do Convênio ICMS nº 1, de 27 de janeiro de 2022, até 31 de março de 2022.

<sup>2</sup> Há farta literatura neste sentido. Por todos, ver: Fasano (2000, p. 02-20).

Apesar da adoção da referida medida desde novembro de 2021, em 11 de março de 2022 surge a LC nº 192/22 com medidas mais gravosas. O orçamento dos entes subnacionais foi afetado gravemente, em período crítico, com os efeitos econômicos da pandemia ainda presentes e com as incertezas que afetam os investimentos privados a partir da eclosão da guerra.

Como afirmou a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI nº 6031, a proporcionalidade emerge no controle de constitucionalidade como parâmetro de vedação dos “excessos normativos e das prescrições irrazoáveis do Poder Público”. (BRASÍLIA, 2020)

A LC nº 192/22 ultrapassa todas as barreiras razoáveis, representando uma medida de intervenção política *inadequada, desnecessária e excessiva*.

#### 4. Análise específica dos dispositivos da LC nº 192/22

##### 4.1. Art. 3º, inciso V, alínea “b”. Fixação de alíquota *ad rem* por lei complementar federal. Violação da literalidade do artigo 155, §4º, inciso IV. Subversão da competência constitucional do CONFAZ (Artigo 155, § 2º, XII, ‘g’) e da autonomia dos Estados-Membros (Artigo 18)

A escolha da modalidade de alíquota *ad rem*, ou seja, por unidade de medida adotada, feita pela alínea “b” do inciso V do artigo 3º da LC nº 192/22, prescindiu da participação constitucionalmente prevista dos Estados-Membros, violou a competência do CONFAZ e desconsiderou a própria *literalidade* do artigo 155, §4º, inciso IV da Constituição, que, inclusive, a legislação complementar visava a regulamentar.

A imposição da modalidade *ex ante* pelo dispositivo legal regulamentador ignorou a disposição literal do referido dispositivo constitucional que atribuía a definição como uma opção ofertada aos Estados e ao Distrito Federal, mediante deliberação a ser realizada no âmbito do CONFAZ, nos termos do § 2º, XII, alínea “g”, do artigo 155.

A técnica legislativa utilizada pelo referido dispositivo da LC nº 192/22 é curiosa. Apesar de o *caput* do inciso V do artigo 3º copiar o dispositivo constitucional, remetendo a definição das alíquotas à “*deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos da alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal*”, a alínea “b” do mesmo inciso define as alíquotas do imposto como sendo *específicas (ad rem), por unidade de medida adotada*, citando expressamente o § 4º do art. 155 da Constituição Federal.

A alínea “b” do inciso IV do §4º do artigo 155, por sua vez, prevê que as alíquotas “*poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência*”.

Claramente, portanto, estabelece uma opção, com duas possibilidades excludentes entre si, e cuja escolha recai sobre os *Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, "g"*. Não se trata de imposição da alíquota *ad rem* sobre a alíquota *ad valorem*, que poderia dar fundamento à redação da alínea "b" do inciso V do artigo 3º da LC nº 192/22. A opção por uma ou outra decorre da própria literalidade do dispositivo que foi, em boa parte, transcrito literalmente pelo inciso V do artigo 3º, e citado expressamente pela sua alínea "b".

Em última análise, a lei complementar regulamentadora copiou trechos da norma constitucional que visava regulamentar, de forma seletiva, com a finalidade de imposição da alíquota *ad rem* sobre a alíquota *ad valorem*, quando a literalidade do texto constitucional descreve expressamente uma opção, cuja definição compete aos Estados-Membros, através da celebração de Convênio ICMS.

O resultado não é apenas retórico. A mudança da sistemática afeta diretamente a alíquota, subverte a formação da base de cálculo do tributo e indiretamente influencia na formação do Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final ("PMPF").

Como consequência, estudo técnico do COMSEFAZ revela uma perda estimada de arrecadação na ordem de três bilhões de reais para 18 unidades da Federação, "apenas no restante do exercício de 2022 caso houvesse a implementação desta sistemática a partir de 01/04/2022". (CRUZ, 2022, p. 14)

Como se trata de escolha constitucionalmente atribuída aos Estados-Membros, a partir do momento em que a adoção da alíquota *ad rem* afeta significativamente a arrecadação de 18 unidades da Federação, é lógico deduzir que, se não fosse a imposição por lei complementar, a opção seria a manutenção da alíquota *ad valorem*.

Ao subverter a opção que decorre da literalidade da alínea "b" do inciso IV do §4º do artigo 155 da Constituição, preferir a competência constitucional do CONFAZ e ignorar a autonomia dos entes subnacionais, a imposição inconstitucional prevista pela alínea "b" do inciso V do artigo 3º da LC nº 192/22 atribuiu ônus excessivo à arrecadação de 18 Estados-Membros, e sobretudo inútil.

A desconsideração do texto literal da Constituição trouxe consequências práticas negativas para os entes públicos e para o mercado. O dispositivo legal em referência, além de onerar a arrecadação estadual, não se presta para atingir o resultado pretendido de controlar o preço dos combustíveis e, indiretamente, o seu impacto inflacionário.

Há, portanto, inconstitucionalidade material clara em relação a este dispositivo específico.

#### **4.2. Artigo 6º, §4º e §5º. Parâmetros normativos impostos por norma regulamentadora, sem correlação com dispositivo constitucional**

Em ambos os parágrafos citados, o artigo 6º da LC nº 192/22 estabelece critérios que deverão ser observados pelos Estados-Membros na fixação da alíquota inicial e



nos seus reajustes. Em outras palavras, limita a autonomia plena dos Estados-Membros, sem que haja comando constitucional específico.

Desta forma, o §4º do artigo 6º impõe a observância de interstício mínimo de “12 (doze) entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas e de 6 (seis) meses para os reajustes subsequentes, observado o disposto na alínea “c” do inciso III do *caput* do art. 150 da Constituição Federal”.

O §5º do artigo 6º, por sua vez, impõe o dever de os entes subnacionais observarem “as estimativas de evolução do preço dos combustíveis de modo que não haja ampliação do peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor”.

Ambos os dispositivos veiculam imposição que limitam a autonomia plena dos Estados-Membros, prevista no artigo 18 da Constituição, e novamente inovam na regulamentação por lei complementar do texto literal previsto no inciso IV do §4º do artigo 155 da Constituição.

A fixação da alíquota pelos Estados, portanto, além de adotar a modalidade *ad rem*, precisam se adequar aos parâmetros normativos fiados pelo §4º e pelo §5º do artigo 6º de uma lei complementar federal. Em outras palavras, a LC nº 192/22 subverte a competência do CONFAZ, prevista na alínea “g” do inciso XII do §2º do art. 155 da Constituição, e, por via transversa, impõe alíquota excessiva e inapropriada para o orçamento dos Estados-Membros e para a percepção do consumidor final.

A autorização constitucional dada para a lei complementar de fixar requisitos para a concessão de isenções não é irrestrita. No exercício do poder regulamentar, não se pode “criar fórmulas jurídicas conflitantes com a Constituição e até com a mais primária das lógicas jurídicas”. (FANUCCHI, 1977, p. 43)

Em linha com o dispositivo anterior, há evidente inconstitucionalidade material no §4º e no §5º do artigo 6º da LC nº 192/22.

#### **4.3. Artigo 7º. Fixação por lei complementar de medida transitória que importa em isenção. Violação ao artigo 151, inciso III, e ao artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição. Desconsideração dos limites regulamentares da lei complementar**

O dispositivo da LC nº 192/22 em referência estabeleceu parâmetros de fixação da base de cálculo do tributo, para fins de substituição tributária, nas operações com diesel. Na prática, a sistemática, mesmo que transitória, tendo vigorado da data de publicação da lei, ou seja, 11 de março de 2020, até a edição o Convênio ICMS 16, em 24 de março de 2022, representou redução e congelamento inconstitucionais de carga tributária.

A regra, ainda que de vigência limitada, reflete bem a intenção inconstitucional da LC nº 192/22 e a desconsideração dos limites do poder regulamentar conferido pela Constituição à lei complementar, em matéria de ICMS.

O intuito de controle inflacionário está claro neste dispositivo, dedicado ao delicado tema da formação do preço do diesel.

Neste ponto, o artigo 7º da LC nº 192/22 prevê regra transitória, fixando a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária em relação às operações com diesel, até 31 de dezembro de 2022, como sendo *a média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação*, enquanto não disciplinada a matéria em Convênio ICMS.

Mais uma vez, um dispositivo da LC nº 192/22 foi além da norma constitucional de referência, no caso do texto do inciso III do artigo 151, ultrapassando os limites do poder regulamentar conferido à lei complementar pela alínea “g” do inciso XII do §2º do artigo 155 da Constituição, e criou regra transitória nova e inconstitucional.

Não há autorização para a lei complementar regulamentadora, a qual apenas compete *regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*,<sup>3</sup> instituir, ainda que de forma provisória, *isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios*.<sup>4</sup>

E muito menos se trata do permissivo constante da alínea “b” do inciso XII do §2º do artigo 155 da Constituição, que prevê caber à lei complementar *dispor sobre substituição tributária*.

A matéria, de um lado, sugere interpretação sistemática com o disposto no inciso III do artigo 146 da Constituição que dispõe que à lei complementar é reservado *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*. De outro, exige, como sustenta Humberto Ávila, o estabelecimento dos limites “na definição e na função das ‘normas gerais’ relativamente ao princípio federativo”, ou, de outra maneira, “como pode a União Federal editar uma lei complementar que determine as hipóteses de incidência, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos dos Estados e dos Municípios (art. 146, III, ‘a’)?” (ÁVILA, 2012, p. 190-191)

Geraldo Ataliba (1989), respondendo a esta pergunta, sustenta que a expressão norma geral em matéria tributária deve ser interpretada com base no *princípio federativo*. O Supremo Tribunal Federal (2005), por sua vez, seguindo este racional, estabeleceu há longa data, no julgamento do crédito-prêmio do IPI, que o sentido de norma geral se refere à matéria veiculada por lei complementar.<sup>5</sup>

A fixação de metodologia de cálculo que importa em redução e congelamento da carga tributária do imposto, incidente sobre um produto específico do conjunto dos combustíveis derivados do petróleo (diesel), não constitui, por certo, matéria geral reservada à lei complementar.

Não se trata apenas de violação de cunho geral ou metodológico. A manipulação da formação da base de cálculo do diesel combustível, através de instrumento legal

<sup>3</sup> Cf. alínea “g”, do inciso XII, do §2º, do artigo 155, da Constituição.

<sup>4</sup> Cf. inciso III do artigo 151 da Constituição.

<sup>5</sup> Cf. RE 208.260/RS, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 16.12.2004, DJ 28.10.2005.

inapto para tal finalidade, teve o objetivo material de reduzir e congelar a carga tributária estadual, com graves consequências para a arrecadação. Adentrou, portanto, em elementos específicos, formadores da base de cálculo do tributo, reservados à competência dos Estados, e invadiu matéria específica acerca da incidência do tributo sobre um produto, da mesma forma, específico.

Não há matéria geral e, assim, não há competência reservada à lei complementar. Ao revés, a instituição de critérios específicos trouxe consequência material direta, que afetou sensivelmente a arrecadação estadual. A Nota Técnica nº 13/2022 do COMSEFAZ traz claro o efeito econômico da intromissão na competência estadual:

Em cálculos realizados por diversas unidades federativas e, entre todas, cite-se o Ceará, o valor da base de cálculo atual do diesel seria defasado em torno de 27,6%, a fim de cumprir o art. 7º da LC nº 192/22. (...) Diante do comando ofertado pelo art. 7 da LC nº 192/22, os Estados estão sendo forçados a rever, já na sistemática do Ato Cotepe publicado quinzenalmente pelos Estados, e que se encontra CONGELADO, desde novembro de 2022, os valores relativos ao diesel. Assim, a respeitar-se a redação inconstitucional, os prejuízos já adviriam a partir de 1 de abril de 2022 (...). (CRUZ, 2022, p. 3)

Ainda que temporário e ainda que tenha sido suplantado pela edição do Convênio ICMS 16/2022, o dispositivo previsto no artigo 7º da LC nº 192/22 instituiu benefício fiscal inconstitucional, novamente com a imposição unilateral de ônus orçamentário relevante aos entes subnacionais.

#### **4.4. Artigo 8º. Benefício fiscal sem estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Violação ao artigo 113 do ADCT**

O artigo 8º traz regra dispensado a estimativa de impacto orçamentário-financeiro para as proposições legislativas e atos do Poder Executivo que entrarem em vigor no exercício de 2022, “quando houver a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita (artigo 14, *caput*, I, II, da Lei Complementar nº 101/2000) ou quanto à exigência da apresentação de demonstrativo de impacto orçamentário financeiro nas alterações da legislação (artigo 125 da Lei Federal nº 14.194/2021)”.

Trata-se de tentativa de incluir regra excepcional à necessidade de prévio estudo de impacto, com referência expressa à LRF e à Lei Federal nº 14.194/2021, mas desconsiderando a mesma obrigação, prevista no artigo 113 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição, em redação conferida pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016.

A violação, portanto, é explícita.

A este respeito, inclusive, há Proposta de Emenda Constitucional, denominada de “PEC dos combustíveis”, apresentada pelo Deputado Federal Christino Áureo, que inclui dispositivo próprio no ADCT, excepcionalizando a exigência de compensação, mas “devendo ser acompanhada da estimativa prevista no art. 113 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e respeitar as metas anuais de resultado fiscal.”

Mesmo se tratando de PEC e de dispositivo com alguma preocupação com a sustentabilidade fiscal, em linha com recente Emenda Constitucional nº 109/2021, recebeu fortes críticas. A exigência de estudo prévio de impacto às reduções tributárias foi avanço financeiro que não comporta exceções. Afastar episodicamente esta regra pode abrir portas para desequilíbrios fiscais desmedidos, sem motivação técnica e sem aferição da eficiência econômica, ou seja, “implica irresponsabilidade fiscal”, como conclui Fernando Facury Scaff, em recente artigo sobre a Proposta. (2022)

No caso do artigo 8º da LC nº 192/22, temos uma norma infraconstitucional, violando um comando constitucional explícito (Art. 113 do ADCT), sem qualquer justificativa financeira e com o mero objetivo de possibilitar sejam editadas normas que diminuam a carga tributária estadual sobre o preço dos combustíveis, desconsiderando a sustentabilidade fiscal, recentemente elevada à estatura de princípio constitucional (Art. 163, inciso VIII).

Desrespeita, ainda, jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Em julgamento datado de 14 de março de 2022, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o tribunal prestigiou o artigo 113 do ADCT, superou a ideia de que a norma se destina somente à União e fixou a seguinte tese: “[é] inconstitucional lei estadual que concede benefício fiscal sem a prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro exigida pelo art. 113 do ADCT”, ressaltando que:

Com base no art. 113 do ADCT, toda “proposição legislativa [federal, estadual, distrital ou municipal] que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”, em linha com a previsão do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. (BRASÍLIA, 2022)

O artigo 8º da LC nº 192/22, portanto, além de representar um retrocesso fiscal sem justificativa aparente, viola o artigo 113 do ADCT e a jurisprudência do STF que entende que suas exigências se estendem para todas as renúncias de receita e para todos os entes da Federação.

## 5. Conclusão

Por tais razões, concluo objetivamente:

(i) a LC nº 192/22 pressupõe um controle político e artificial do valor da *commodity*, apesar de ser notória a influência da conjuntura geopolítica sobre a formação do preço internacional;

(ii) a utilização da legislação como instrumento macroeconômico de controle da inflação é a *intenção da lei* e desta forma devem ser interpretados o seu alcance, a sua efetividade e a sua proporcionalidade;

(iii) a sistemática heterônoma de desoneração tributária instituída pela legislação federal é inadequada, inclusive, em relação ao objetivo precípua da lei. Ao impor um ônus excessivo e fundamentalmente *inútil* aos Estados-Membros, a legislação se afigura desproporcional, na vertente de proibição de excesso;

(iv) a LC nº 192/22 é desproporcional por inadequação, haja vista que enfrenta apenas uma das proporções que formam o preço do petróleo, mostram-se inapta para atingir a finalidade imediata de controle dos preços da *commodity* e mediata de intervenção de política macroeconômica inflacionária;

a medida financeira efetivamente apta a atingir tanto a finalidade imediata de controle de preços quanto o objetivo mediato de reduzir o impacto inflacionário, de acordo com a experiência internacional, seria a criação de um fundo de estabilização de preços, a exemplo do que prevê o Projeto de Lei nº 1472/2021, com a criação da Conta de Estabilização de Preços de Combustíveis (“CEP-Combustíveis”);

(vi) a LC nº 192/22 também é desproporcional por desnecessidade, de modo que, utilizando o mecanismo constitucionalmente previsto para a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS, previsto no inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, o Estados-Membros celebraram o Convênio ICMS nº 192, de 29 de outubro de 2021, congelando o impacto tributário estadual na *commodity*;

(vii) a alínea “b” do inciso V do artigo 3º da LC nº 192/22, ao impor modalidade de alíquota *ad rem*, ou seja, por unidade de medida adotada, prescindiu da participação constitucionalmente prevista dos Estados-Membros, violou a competência do CONFAZ e desconsiderou a própria literalidade do artigo 155, §4º, inciso IV da Constituição, que, inclusive, a legislação complementar visava a regulamentar;

- (viii) o §4º e o §5º do artigo 6º da LC nº 192/22 limitam a autonomia plena dos Estados-Membros, prevista no artigo 18 da Constituição, e novamente inovam na regulamentação por lei complementar do texto literal previsto no inciso IV do §4º do artigo 155 da Constituição;
- (ix) o artigo 7º da LC nº 192/22 foi além da norma constitucional de referência, no caso do texto do inciso III do artigo 151, ultrapassando os limites do poder regulamentar conferido à lei complementar pela alínea “g” do inciso XII do §2º do artigo 155 da Constituição, e criou regra transitória nova e inconstitucional;
- (x) o artigo 8º da LC nº 192/22, ao excepcionalizar a exigência constitucional de estimativa de impacto para benefício fiscal, viola comando constitucional explícito (Art. 113 do ADCT), sem qualquer justificativa financeira e com o mero objetivo de possibilitar sejam editadas normas que diminuam a carga tributária estadual sobre o preço dos combustíveis, desconsiderando a sustentabilidade fiscal, recentemente elevada à estatura de princípio constitucional (Art. 163, inciso VIII).

Neste emaranhado de regras regulamentadoras, que ora observa a Emenda Constitucional nº 33/21, ora se afasta dos seus limites, inclusive de demarcações textuais expressas, a intenção clara de utilizar a legislativa complementar para resolver um problema conjuntural, com reflexos políticos-eleitorais diretos, subverte a estrutura da incidência do ICMS sobre os combustíveis.

O resultado, embora possa representar algum alívio imediato e de curta duração no preço final do combustível em poucos Estados, reflete a insegurança jurídica estrutural da intervenção estatal da indústria do petróleo e gás no Brasil. Em outras palavras, transforma a riqueza natural em um verdadeiro “pesadelo institucionalizado”.

## Referências

- ALMEIDA, Edmar Luis Fagundes de; OLIVEIRA, Patrícia Vargas de; LOSEKANN, Luciano. Impactos da contenção dos preços de combustíveis no Brasil e opções de mecanismos de precificação. *Revista de Economia Política*. 35 (3), p. 531-556, jul.-set. 2015.
- ANDRADE, Carlos Drummond. *A Grande Manchete*. Discurso de primavera e algumas sombras. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- ATALIBA, Geraldo. Lei Complementar em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros. nº 48, 1989.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. ANP. *Composição e estrutura de formação dos preços*. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Publicado em: 29.10.2020 e atualizado em: 14.02.22. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br>>. Consulta em: 25 de mar. de 2022.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 6031/DF – Distrito Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 27/03/2020. Publicação: 03/06/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5564645>>. Consulta em: 03 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 6303/RR – Roraima*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 14/03/2022. Publicação: 18/03/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5842989>>. Consulta em: 03 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 208.260/RS – Rio Grande do Sul*. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 16/12/2004. Publicação: 28/10/2005. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1659530>>. Consulta em: 03 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Relator Ministro Roberto Barroso). *ADI 6930/DF – Distrito Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Julgamento: 25/08/2021. Publicação: 27/08/2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6221519>>. Consulta em: 03 abr. 2022.

CRUZ, Décio José Padilha da. *Nota Técnica nº 013/2022 do Comitê Nacional dos Secretários de Fazenda*. Brasília: mar. 2022. Disponível em: <[www.comsefaz.org.br](http://www.comsefaz.org.br)>. Consulta em: 01 abr. 2022.

FANUCCHI, Fábio. Convênios para isenção de ICM: inconstitucionalidades da Lei Complementar n. 24, de 1975. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 42-45, jul./set. 1977.

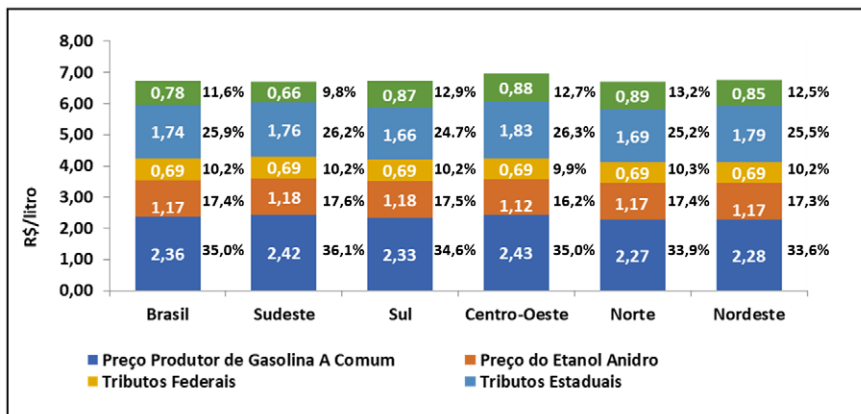
FASANO, Ugo. Review of the experience with oil stabilization and savings funds in selected countries. *IMF Working Paper*. Middle Eastern Department. Issue 112, p. 02-20, jun. 2000.

HASEN, Richard L. Bad legislative intent. *Wisconsin Law Review*. 2006, n. 3, p. 843-895, 2006. Disponível em: <<https://repository.law.wisc.edu/suwlaw/item/19080>>. Consulta em: 25 mar. 2022.

LANDIS, Dean. What is legislative intent? Evidence of contexto. In *Misreading law, misreading democracy*. NOURSE, Victoria et al. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 135.

SCAFF, Fernando Facury. O preço dos combustíveis e os projetos para redução de tributos. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. fev. 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-fev-21/justica-tributaria-preco-combustiveis-projetos-reducao-tributos> >. Consulta em: 24 mar. 2022.

Anexo: Tabela 1



Fonte: ANP (2022)



# **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: aplicabilidade e função no direito português, à luz do direito comparado**

Fabício Pinto Weiblen\*

## **Sumário**

1. Introdução. 2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e *compliance* criminal. 2.1. *Compliance* criminal: contexto e justificação. 2.2. Modelos de imputação da pessoa jurídica: heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade. 2.3. Modelos de imputação e *compliance*. 3. *Compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado: os modelos italiano, espanhol e chileno. 3.1. Modelos de imputação. 3.2. Natureza jurídica dos programas de *compliance*. 3.3. O ônus da prova em relação aos modelos de organização e controle. 3.4. Análise judicial dos modelos de organização e controle. 4. *Compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pessoas coletivas) em Portugal. 4.1. A responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal português e o defeito de organização. 4.2. Aplicabilidade e função do *compliance* no modelo português. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## **Resumo**

O presente trabalho busca analisar o fenômeno do *criminal compliance* e sua influência na responsabilidade penal da pessoa jurídica em Portugal. Para tanto, inicialmente será contextualizado o surgimento desse fenômeno e seu enquadramento nos modelos de imputação das pessoas coletivas. Na segunda parte, serão estudados alguns dos principais aspectos relativos à função e à avaliação do *compliance* criminal no direito comparado. Por fim, o *compliance* será avaliado sob a perspectiva do ordenamento jurídico português. Desde já, pode-se adiantar, como conclusão principal, que os programas de conformidade podem ser aplicados em Portugal como possível causa de isenção de responsabilidade penal das pessoas coletivas, por meio do afastamento da tipicidade objetiva do fato em relação à empresa.

---

\* Mestre em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Professor da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC). Professor convidado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

## Abstract

*This paper seeks to analyze the phenomenon of criminal compliance and its influence on the criminal liability of legal entities in Portugal. For this purpose, initially it will be contextualized the emergence of this phenomenon and its framing in the models of imputation of legal entities. In the second part, some of the main aspects related to the function and evaluation of criminal compliance in comparative law will be studied. Finally, compliance will be assessed from the perspective of the portuguese legal system. As result, it can be said that the compliance programs can be applied in Portugal as a possible cause of exemption from criminal liability of legal entities, through the removal of the objective typicity of the fact in relation to the company.*

**Palavras-chave:** *Compliance criminal. Responsabilidade penal. Pessoas jurfdicas. Autorresponsabilidade. Heterorresponsabilidade. Defeito de organizaço.*

**Keywords:** *Criminal compliance. Criminal liability. Legal entities. Self-responsibility. Hetero-responsibility. Organizational defect.*

## 1. Introduo

Em um cenrio de crescente importncia das empresas como atores globais e geradores de riscos, alm de se evidenciar um maior consenso acerca da necessidade de responsabilizao penal dos entes coletivos, ganha relevncia tambm a disseminao do *compliance* como forma de preveno de riscos nas empresas, com reflexos inclusive na responsabilidade penal das pessoas jurfdicas.

Este estudo busca avaliar a influncia dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas coletivas em Portugal, diante da ausncia de previso legal especfica, ao contrrio de pasies como Itlia e Espanha.

Para tanto, em um primeiro momento, ser feita uma anlise da evoluo da "autorregulao regulada" no contexto dos modelos de imputao de responsabilidade penal s pessoas jurfdicas. Na sequncia, ser verificado o tratamento, no direito comparado, do *compliance* como possvel causa de iseno de responsabilidade empresarial, sua funo e avaliao. Por fim, com olhos para o direito portugus, ser abordada a aplicabilidade e a funo do *compliance* na responsabilidade penal dos entes coletivos.

Como principais concluses, pode-se citar, de forma sinttica: a) que um modelo de imputao constitucionalmente adequado deve ser misto (nem uma pura heterorresponsabilidade nem uma pura autorresponsabilidade), como pode ser interpretado do modelo portugus; b) que a adoo de programas de *compliance* pode ter influncia na responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal, inclusive para isent-los de responsabilidade; c) que a adoo de um programa de conformidade adequado e eficaz afasta a tipicidade objetiva, pois torna ausente

um defeito de organização atribuível à empresa, a qual atuaria dentro de um risco permitido; d) que, embora o ônus da prova do defeito de organização seja da acusação, cabe à empresa, se suscitar como defesa a adoção de um programa de conformidade, fazer a prova correspondente; e) que a avaliação da adequação e da eficácia de um programa de *compliance* deve ser feita por uma perspectiva *ex ante* e a partir de sua influência concreta sobre a conduta criminosa das pessoas físicas.

## 2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e *compliance* criminal

### 2.1. *Compliance* criminal: contexto e justificação

A evolução tecnológica e a grande dinâmica econômica ensejam que grande parte dos riscos a que os cidadãos estão expostos decorram de decisões tomadas por outros no uso da tecnologia.<sup>1</sup> Diante dos novos riscos e inseguranças, surgem novas formas de controle social e o recurso ao direito penal exige uma mutação de seus pressupostos clássicos, em especial na proteção de bens jurídicos coletivos ou incorpóreos (meio ambiente, ordem econômica etc.), realidade na qual se insere o certo consenso atual sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas<sup>2</sup> como via necessária para o controle dos riscos de suas atividades. Além disso, a expansão do direito penal aliada ao volume e à dinâmica da atividade econômica levam a uma impossibilidade de controle estatal exclusivo desses novos riscos. O próprio papel do Estado encontra-se modificado, de modo que surgem reflexos, também no direito penal, do Estado regulador, como sucessor do Estado liberal e do Estado intervencionista keynesiano.<sup>3</sup> Nesse contexto de controle mais difuso, há o ambiente propício para que o direito penal paulatinamente se utilize de um partilhamento de responsabilidades com os particulares para a prevenção de atividades delituosas.<sup>4</sup>

Ao associarem-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a tendência de partilhamento de responsabilidades, constata-se com facilidade o denominado *criminal compliance* como instrumento próprio desse cenário. Há uma nova “racionalidade penal”, em que o particular é inserido na gestão dos riscos inerentes à criminalidade econômica.<sup>5</sup> A responsabilidade penal das pessoas jurídicas encontra-se cada vez mais vinculada à ineficácia de programas de *compliance*, o que está associado à “proliferação do fenômeno da autorregulação” (relacionada, por sua vez, à tomada de funções estatais por entes privados) e à maior aceitação do “status da cidadania corporativa”.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35–36.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>4</sup> TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle, *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 4, n. 1, p. 98-113, 2018, p. 103.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 99 e 111.

<sup>6</sup> Reforça-se o novo papel do direito penal de “instrumento de condução socioeconômica”. (SÁNCHEZ. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 218.)

A globalização também orienta o direito penal na direção de um tratamento sob o critério da eficácia, ou seja, não mais tão preocupado com uma construção teórica sólida, mas, sim, em responder de maneira eficaz à delinquência transnacional, já que a criminalidade da globalização é precipuamente econômica, com objeto evidentemente diverso dos paradigmas clássicos (“criminalidade de rua”).<sup>7-8</sup>

Nesse contexto, o *compliance* criminal<sup>9</sup> deveria ser imposto pelo Estado, na denominada “autorregulação regulada”: o Estado regulador impõe a adoção de práticas internas pelas empresas e estabelece seus requisitos gerais, todavia, as minúcias e a implementação dessas medidas ficam a cargo das próprias pessoas jurídicas, cuja eficácia poderá ser avaliada oportunamente pelo Estado.<sup>10</sup> Diante de uma criminalidade econômica global e complexa, os regulamentos das próprias empresas afetadas têm melhores condições de avaliar as especificidades técnicas e econômicas da realidade moderna, em comparação com os regulamentos administrativos ou penais gerais. Isso se deve principalmente ao seu conhecimento especial, à sua capacidade de agir globalmente (de que não dispõem nem os Estados nacionais nem organizações internacionais), bem como ao seu domínio dos meios de administração central que impedem o crime (desde competências hierárquicas até sistemas decisivos de informação). Portanto, a autorregulação seria uma abordagem mais eficaz do que a heterorregulação, sendo tratada, em muitos casos, como a única maneira de recuperar uma parte do controle do Estado na forma de “autorregulação regulada”.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 98-99.

<sup>8</sup> Sob esse prisma de eficácia, justifica-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por fundamentos pragmáticos, não dogmáticos: apesar de se reconhecerem as críticas à possível flexibilização de categorias, enxerga-se isso como uma necessidade para que fatos graves não fiquem impunes (a responsabilização das empresas seria mais fácil do que se determinar a responsabilidade individual em contextos empresariais complexos) e para que haja o devido amparo às vítimas desses fatos delituosos (COLOMER, Juan-Luis Gómez. La persona jurídica acusada en el proceso penal español, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 49). Também referindo a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas como estratégia político-criminal: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, 2015, p. 127. Silva Sánchez apresenta uma menor resistência a essa reconfiguração se considerado que as empresas não se sujeitam a penas privativas de liberdade, o que admite, segundo sua proposta de direito penal de duas velocidades, uma flexibilização de categorias dogmáticas clássicas (SÁNCHEZ. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*). Em sentido similar, Reis Bravo admite uma posição dualista, em que o rigor das categorias dogmáticas clássicas do direito penal seria reservado aos casos sujeitos à pena privativa de liberdade, enquanto nos casos em que não há esse risco (como na responsabilidade das empresas), seria viável a flexibilização de garantias como critérios de imputação. (BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal dos Entes Colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 122.

<sup>9</sup> Entendido de maneira sintética como a adoção de medidas internas pelas empresas para a prevenção de práticas delituosas em sua atividade. (LASCURAIN, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, n. 1 a 4, 2015, p. 99.)

<sup>10</sup> VILA, Ivó Coca. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (org.). *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 51.

<sup>11</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 98–99. Nesse cenário em que as grandes empresas atingiram um papel dominante, por serem elas que controlam, de forma direta ou indireta, grande parte dos serviços e funções públicas, cabe ao Estado garantir o alinhamento dos interesses

Na criminologia, pela associação diferencial de Sutherland, a conduta desviada é produto da aprendizagem, de modo que, quando uma pessoa integra-se em uma organização, como uma empresa, pode aprender a cometer delitos e também a justificá-los, deixando seus valores prévios que poderiam impedi-la da prática criminosa.<sup>12</sup> No mesmo sentido, Sykes e Matza, quando revelam especificamente as formas de justificação que o delinquentes corporativo encontra para a prática criminosa, neutralizando seu sentimento de culpa.<sup>13-14</sup> Sem prejuízo, os estudos da denominada *rational choice* revelam o criminoso, em especial na criminalidade econômica, como um ator racional (Gary Becker), que pondera custos e benefícios

públicos com os empresariais e, para tanto, pode utilizar-se de seu instrumento mais poderoso (o direito penal), diante da multiplicidade dos riscos gerados por essa atividade e da especial complexibilidade de sua contensão. Como superação de dois polos opostos (desregulação e regulação estatal clássica ou heterorregulação), surge esse mecanismo de intervenção estatal misto, chamado “autorregulação regulada” (*enforced self-regulation*) ou “corregulação”, em que o Estado recorre a empresas para que colaborem com a formulação de corpos normativos e com seu *enforcement*, mas de forma subordinada aos fins e interesses públicos predeterminados pelo próprio Estado. (VILA. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? p. 43–45 e 51; MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa, *Política Criminal*, v. 5, 2008, p. 2–4.). Também: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, in: BACIGALUPO, Silvina; SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; BASALDUA, Juan Ignacio Echano (Orgs.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 677–679; MARTÍN, Adán Nieto. Introducción, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.

<sup>12</sup> Trata-se de um comportamento desviante ocupacional, em que o delito seria fruto da associação com valores e padrões de conduta desviantes, aprendidos, por exemplo, nas organizações empresariais (MARTÍN, Adán Nieto. Introducción al derecho penal económico y de la empresa, in: BARRANCO, Norberto J. de la Mata et al (Orgs.). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 41–45; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica, in: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Orgs.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 171.). Também: SAAD-DINIZ, Eduardo. Cumprimento normativo, criminologia e responsabilidade penal da pessoa jurídica, in: MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Manual de cumplimiento normativo e responsabilidad penal das pessoas jurídicas*, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 123–124.; NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1; COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1. FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.; SOUZA. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, p. 121.

<sup>13</sup> Tais como apelo à obediência hierárquica, ao fato de ser uma prática comum, a eventuais pressões por resultados dentro da empresa, ao suposto excesso das exigências legais, entre outros. (MARTÍN, Introducción al derecho penal económico y de la empresa, p. 41–45.). Também: SOUZA. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, p. 123–124.

<sup>14</sup> Há, nesse ponto, também estudos sobre desvios cognitivo-comportamentais e sua influência nos comportamentos antiéticos em contexto de empresa. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo, in: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNANDES, Raquel (org.). *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013.; GUARAGNI, Fábio André; STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Orgs.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*, Londrina: Thoth, 2017, p. 45–77.)

da conduta criminosa e que encontra no seio de uma organização empresarial o ambiente ideal para essa análise.<sup>15</sup> Esses pontos principais para a prevenção de delitos corporativos justificariam a disseminação da responsabilidade penal das empresas e a importância do *compliance* como forma de redução dos fatores criminógenos das organizações empresariais, substituindo-os por uma cultura de cumprimento normativo e incrementando o risco de detecção de comportamentos criminosos (o que é decisivo para o efeito intimidante).<sup>16</sup>

A consagração desse modelo foi pioneira nos EUA, com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas,<sup>17</sup> a atenuação de sanções das empresas no caso de programas efetivos de *compliance*,<sup>18</sup> a definição de deveres de organização para empresas com ações registradas na SEC<sup>19</sup> e a especial atenção à figura dos *whistleblowers*, que foram vinculados aos programas de *compliance*.<sup>20</sup> Na Europa, além das normativas no âmbito europeu,<sup>21</sup> o mesmo fenômeno é representado pelo recente *Bribery Act* britânico (de 2010), que criou uma infração autônoma para a pessoa jurídica denominada *failure of commercial organisation to prevent bribery* e permite a defesa da empresa no sentido de que adotou procedimentos adequados desenhados para prevenir que pessoas adotem tal comportamento de corrupção.<sup>22</sup> Também são marcos evidentes as previsões da Itália (em 2001) e da Espanha (a partir de 2010), cuja análise será feita de forma detida mais adiante.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> MARTÍN. Introducción al derecho penal económico y de la empresa, p. 41–45.

<sup>16</sup> *Ibid.*; SARCEDO, Leandro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 258; SIEBER. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, p. 96–97.

<sup>17</sup> FCPA, de 1977, que introduziu três grandes novidades (e que seriam as principais características da “privatização da luta contra a corrupção”): a punição de corrupção praticada por particulares, a ultraterritorialidade, isto é, o julgamento de fatos ocorridos no exterior e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (MARTÍN, Adán Nieto. La privatización de la lucha contra la corrupción, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 193–196.), a qual teria como objetivo último o incentivo à adoção de medidas internas de prevenção e investigação de delitos, privatizando as funções públicas correspondentes. (*Ibid.*, p. 201.)

<sup>18</sup> *U.S. Sentencing Guidelines*, que, além disso, também prevê como atenuante a confissão e cooperação da empresa com as investigações.

<sup>19</sup> Tais como dever de incluir, nos registros financeiros, relatórios de órgãos de controle interno e previsão de atenuação de sanções no caso de adoção ou reformulação de programas de *compliance*, conforme o *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002, editado na esteira dos escândalos de grandes empresas (como World-Com e Enron).

<sup>20</sup> *Dodd-Frank Act*, de 2008, editado após a crise financeira global, que deu estímulo a que empregados informem infrações dentro da empresa, garantindo-se anonimato, isenção ou atenuação de pena e, inclusive, recompensas monetárias pelo auxílio nas investigações. (SOUZA. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais, p. 128–132; SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. Gatekeepers e soluções de compliance, *Revista dos Tribunais*, v. 979, 2017, p. 74–76)

<sup>21</sup> Recomendação R (88) 18, do *Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre responsabilidade penal de empresas*, de 1988: “a empresa deve ficar isenta de responsabilidade quando a sua organização não se viu implicada no delito cometido e tomou as medidas necessárias para impedir a sua comissão”.

<sup>22</sup> A infração sanciona a empresa em cujo nome se praticou corrupção, ainda que no estrangeiro, desde que a empresa tenha negócios no Reino Unido, ou seja, adota aqueles mesmos três pilares (nota 18) da “privatização da luta contra a corrupção”. (MARTÍN. La privatización de la lucha contra la corrupción, p. 202)

<sup>23</sup> Na Alemanha existem deveres legais de organização em certos setores de atividade e a questão do controle do crime através de programas de conformidade teve ampla divulgação ao menos a partir de

Por fim, essa tendência é reforçada pelos estudos empíricos. Em uma investigação de 2007, foram entrevistadas 1166 empresas alemãs, das quais 61% possuíam diretrizes éticas, enquanto 37% tinham programas de *compliance* com parâmetros de conduta controlados. Por sua vez, nos EUA, 94% das empresas tinham diretrizes de ética, que foram reforçadas em 73% dos casos mediante programas de *compliance*.<sup>24</sup> Quanto à eficácia dos programas, a mesma investigação indicou que, em todo o mundo, 38% das empresas com normas éticas e programas de *compliance* foram vítimas de crimes econômicos, enquanto no grupo comparativo (sem tais medidas) o índice foi de 54%. Trata-se de resultados notáveis, uma vez que a “cifra negra” em empresas sem tais programas tende a ser mais alta do que em empresas que os adotaram (pois abrangem ferramentas de detecção de fraudes e práticas delituosas), indicando a eficácia de programas adequados de ética e conformidade.<sup>25-26</sup>

## 2.2. Modelos de imputação da pessoa jurídica: heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade

Como dito, o avanço do *compliance* como objeto de estudo do direito penal está intimamente ligado à consolidação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Porém, como se trata de modificação significativa das categorias clássicas do direito penal,<sup>27</sup> houve diversas propostas de compatibilização, que podem ser separadas em dois grandes grupos: modelos de heterorresponsabilidade e modelos de autorresponsabilidade.<sup>28</sup>

Os modelos de heterorresponsabilidade, em linhas gerais, baseiam a responsabilização da pessoa jurídica exclusivamente na conduta da pessoa física, de modo que o crime cometido por esta é transferido para o ente coletivo.<sup>29</sup> Têm sua

2007, com as investigações no caso de corrupção da Siemens. (SIEBER. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, p. 64–65.)

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 96–97.

<sup>26</sup> Pesquisa de 2018 de mesma autoria reuniu dados de mais de 7200 participantes de 123 países, sendo 86 participantes de Portugal (parte significativa do setor financeiro). Ela aponta que, globalmente, 45% das empresas já utilizam ou pretendem adotar soluções de *compliance* nos próximos 12 meses, enquanto em Portugal esse índice é de 38%. (PricewaterhouseCoopers. A fraude vista à lupa. *Global Economic Crime and Fraud Survey 2018 - Perspetiva sobre Portugal*, 2018, p. 13.)

<sup>27</sup> Com o reconhecimento do ente coletivo como sujeito jurídico e a superação de obstáculos à aceitação dessa possibilidade (como a incapacidade de ação e a incapacidade de culpa), ilustrados pela expressão latina *societas delinquere non potest*. (MAGALHÃES, Tiago Coelho. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 25, 2015, p. 146–149.)

<sup>28</sup> Para maiores considerações sobre as diversas teorias relativas à culpabilidade das pessoas jurídicas, vide também: ROCHA, Jorge Bheron. *A (in)transmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 80. e ss.; ANDORFATO, João J. Anhê. Um contributo aos estudos sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas, in: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Modernas Técnicas de Investigação e Justiça Penal Colaborativa*. 1a. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 24–28; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 86, 2010, p. 48–54.

<sup>29</sup> BRITO, Teresa Quintela de. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, in: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminas. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, 1a. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1227–1228.

origem identificada com o surgimento da responsabilização das pessoas jurídicas no direito anglo-saxônico, em especial nos EUA, com a denominada *vicarious liability*, até hoje associada aos modelos de heterorresponsabilidade (também chamados de responsabilidade vicarial).<sup>30</sup> A premissa básica é o de que a pessoa jurídica é considerada responsável pelas ações e omissões de seus representantes e órgãos, quando realizadas em nome e no interesse do próprio ente coletivo. Por meio de um mecanismo de imputação normativa, o fato e a culpa da pessoa física são transferidos à pessoa jurídica, sem que se questione uma censurabilidade própria do ente coletivo.<sup>31</sup>

Uma das principais críticas a esse modelo reside na dificuldade representada pela “irresponsabilidade organizada”,<sup>32</sup> pois, se a responsabilização penal das empresas é justificada pela dificuldade de identificação de responsáveis individuais em organizações empresariais complexas, fazer a responsabilidade do ente coletivo depender de uma apuração de fato de órgão ou representante da pessoa jurídica conduz à ineficácia também do modelo de responsabilização das empresas.<sup>33</sup> As críticas, já em um plano mais dogmático, abrangem: a dificuldade de transferência do elemento subjetivo em casos de pluralidade de agentes, uns atuando com dolo e outros com culpa; questionamentos envolvendo atos isolados praticados por agentes no seio da pessoa jurídica, sem que haja contribuição desta; o fato de assemelhar-se a uma responsabilidade por fato alheio, com características de responsabilidade objetiva e, portanto, com violação a diversos princípios constitucionais amplamente consagrados nas Constituições modernas, tais como a pessoalidade das penas e a culpabilidade.<sup>34</sup>

Por sua vez, o modelo de autorresponsabilidade, na sua forma pura, fundamenta a responsabilização da pessoa jurídica em um fato próprio do ente coletivo, onde se analisam também o elemento subjetivo, a ilicitude e a culpa. O objeto de imputação é um fato coletivo consistente em uma auto-organização falha ou uma “gestão defeituosa dos riscos típicos da exploração”. O delito da pessoa física no interior da empresa seria apenas uma condição objetiva de punibilidade do estado de perigosidade da organização, isto é, apenas a manifestação da gestão falha de riscos ou da organização defeituosa.<sup>35-36</sup>

<sup>30</sup> Surgiu por criação jurisprudencial, como é próprio daquele sistema, mas posteriormente recebeu aportes dogmáticos, dando origem a essa categoria também denominada de responsabilidade por substituição, por transferência ou por ricochete.

<sup>31</sup> MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 162–166.

<sup>32</sup> DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

<sup>33</sup> MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 169–170.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 172–175.

<sup>35</sup> BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1227–1228.

<sup>36</sup> Entre as propostas de autorresponsabilidade pura, destacam-se: Heine e o “domínio de organização funcional-sistêmico”, com uma culpabilidade do ente pela condução da atividade empresarial; Lampe e a



Uma primeira crítica aos modelos puros de autorresponsabilidade reside na nebulosidade do conceito de fato coletivo como simples organização deficiente, que prescinde do fato individual senão como simples condição objetiva de punibilidade.<sup>37</sup> Além disso, ao se reduzir o objeto de imputação à organização falha ou deficiência na gestão de riscos, tal modelo representaria uma culpa pelo caráter ou pela condução da vida, repudiada pelo direito penal.<sup>38</sup> Ainda, se o crime da pessoa física for manifestação da organização defeituosa, haveria ofensa à presunção de inocência ao se presumir o fato coletivo e atribuir à empresa o ônus de comprovar a adequada organização empresarial, aproximando-se de uma responsabilidade objetiva. Questiona-se também se a associação do fato coletivo a um defeito de organização não o reduziria a um delito culposo, com dificuldades em tipos penais que exigem o dolo.<sup>39-40</sup>

Deve-se citar ainda a proposta de Klaus Tiedemann,<sup>41</sup> segundo a qual o ordenamento jurídico imporia à empresa um dever de organização para assegurar que seus integrantes agissem conforme o Direito. Assim, eventual crime das pessoas físicas seria tido como um “fato de conexão”, atribuído ao ente coletivo em razão de ser resultado de um defeito na organização. Trata-se de uma solução intermediária: não prescinde do fato individual como “fato de conexão” e introduz a ideia de

---

“culpa pelo mau caráter da empresa”; e Gómez-Jara Díez, com seu modelo construtivista de culpabilidade empresarial (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 187–197.). Sobre este último modelo, vide DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*; DÍEZ. Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, 2013.

<sup>37</sup> BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1228.

<sup>38</sup> BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro, *Revista Liberdades - Ed. Especial - Reforma do Código Penal*, 2012, p. 119–125; SILVA, Sofia Serpa Andrade e. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 69.

<sup>39</sup> MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 191–192. Questionamentos similares apresenta DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 114–115

<sup>40</sup> Em sentido similar, sustenta-se que os modelos de autorresponsabilidade implicam que a responsabilização da pessoa jurídica cingir-se-ia sempre na violação de um único dever de cuidado (não criação de um sistema capaz de evitar delitos), com um único tipo penal (organização inadequada) e deixaria diversos questionamentos sem resposta, tais como a separação de delitos dolosos e culposos, definições de imputação, avaliação do resultado delitivo e definição de tentativa. (BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. Coimbra: Almedina, 2018, p. 38.)

<sup>41</sup> Classificada ora como heterorresponsabilidade, ora como autorresponsabilidade, e há quem a coloque no meio do caminho entre ambos os polos. (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 179; MARTÍN. Introducción, p. 14–15.)

“culpa pela organização”.<sup>42-43</sup> Tal proposta está próxima dos denominados modelos mistos de imputação, que apresentam características de ambos os sistemas: partem do fato de uma pessoa física que integra o ente coletivo (próximos, portanto, da heterorresponsabilidade), mas a atribuição desse fato à pessoa jurídica depende de uma culpabilidade própria desta, centrada no defeito de organização, cuja inexistência pode ser provada, afastando a responsabilidade da empresa. Sem prejuízo, agregam uma das principais vantagens do modelo de autorresponsabilidade: a desnecessidade de punição da pessoa física para que haja responsabilização da pessoa jurídica.<sup>44</sup>

### 2.3. Modelos de imputação e *compliance*

Os diversos modelos de imputação trazem também consequências diferentes, como no caso do *compliance* criminal, que tem função e limites distintos, de acordo com o sistema que se adote.<sup>45</sup>

Nos ordenamentos que adotam a heterorresponsabilidade, a implementação de programas de conformidade poderá prevenir a ocorrência de crimes no seio da empresa. Porém, no caso de delitos praticados por seus órgãos ou representantes no exercício de suas funções e no interesse coletivo, haverá a necessária responsabilização do ente coletivo, sem que o programa de conformidade possa afastá-la, podendo, quando muito, apenas atenuar as sanções.<sup>46</sup> É o caso, por exemplo, dos EUA, onde os programas de *compliance*, assim como a cooperação da pessoa jurídica, são previstos expressamente como atenuantes das sanções.<sup>47</sup> No Brasil, ainda prevalece

<sup>42</sup> Conceito que posteriormente iria ser adotado, em maior ou menor medida, pelos modelos puros de autorresponsabilidade. (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 180–182.

<sup>43</sup> Embora não esteja isenta de crítica, em especial quanto à impossibilidade de afastamento da responsabilidade pela prova da organização suficiente e pela utilização da *actio libera in causa* para tentar solucionar o problema da distinção temporal entre a organização e o fato. (DIAS. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), p. 116–117). Apesar das críticas, Silva Dias entende a proposta de Tiedemann como um bom ponto de partida. Nesse sentido, também: ARÁN, Mercedes García. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, p. 45–56, 1998, p. 54.

<sup>44</sup> SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 135–139. Em sentido similar: ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 149–150; SARAIVA, Renata Machado, *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 31.

<sup>45</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 31. No mesmo sentido: MARTÍN. Introducción, p. 15–16.

<sup>46</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 36.

<sup>47</sup> United States Sentencing Commission. *Sentencing Guidelines Manual*, 2016, p. 525. e ss. Na prática, porém, os *compliance programs* atuam como verdadeiras causas de isenção de responsabilidade das pessoas jurídicas nos EUA, pois, dada a amplitude que têm os *Non-Prosecution Agreements* e os *Deferred Prosecution Agreements* e diante do disposto nos *Principles of Prosecution*, a adoção de modelos de organização e prevenção eficazes gera uma alta probabilidade de que o Departamento de Justiça renuncie à imputação. (SÁNCHEZ. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 673–674.)

o entendimento de que a Lei dos Crimes Ambientais<sup>48</sup> adotou um modelo de heteroresponsabilidade,<sup>49</sup> de modo que o *compliance* não é visto como causa de isenção de responsabilidade. A previsão acerca do *compliance* está na denominada Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2012), que trata de uma responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas<sup>50</sup> e traz os programas de integridade apenas como causas de atenuação das sanções. (art. 7º, III)<sup>51</sup>

De outro lado, nos ordenamentos que adotam a autorresponsabilidade de forma pura, a implementação efetiva de um programa de conformidade redundará na inexistência de um defeito organizacional do que decorre a ausência do próprio fato coletivo imputável à pessoa jurídica. Ou seja, a adoção de medidas efetivas de prevenção à criminalidade anteriormente ao crime da pessoa física (que nesses modelos configura mera condição objetiva de punibilidade) enseja a própria inexistência de fato típico da pessoa coletiva, por ausência de organização deficiente ou conduta empresarial criminógena, de modo que haverá isenção da responsabilidade da empresa.<sup>52</sup> São citados como tais o modelo australiano e o modelo suíço.<sup>53</sup>

Por fim, no modelo misto, como visto, a responsabilização da pessoa jurídica pela conduta da pessoa física depende, em geral, de um defeito de organização, que seria o fundamento da culpabilidade autônoma do ente coletivo. Até mesmo diante da imprecisão do que se trata de uma organização deficiente, os programas de *compliance* poderiam exercer a função de delimitar esse parâmetro, de modo que medidas de integridade eficazes isentariam a responsabilidade da pessoa jurídica por excluírem o defeito de organização. A autorregulação, nesse sentido, seria a base do modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.<sup>54</sup> Assim, muitos enxergam na proposta de Tiedemann, de culpa pelo defeito de organização, uma via de entrada para que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tenha como um dos principais objetivos (senão o principal) o estímulo à adoção de programas

<sup>48</sup> Lei n. 9.605/98, única com previsão de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil.

<sup>49</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 988, 2018, p. 47–48; MOURA, Evânio. Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais, *Revista dos Tribunais*, v. 987, 2018, p. 224.

<sup>50</sup> Embora alguns enxerguem verdadeira responsabilidade penal. (SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 167–169.)

<sup>51</sup> ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A responsabilização do compliance officer e a Lei Anticorrupção, *Revista Síntese*, v. 148, 2018, p. 86–87; SOUZA, Renee; LIMA, Rogério Sanches de. Compliance como instrumento de combate à corrupção, *Revista Síntese*, v. 141, 2017, p. 199; RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, 2015; FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação, in: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 36–39.

<sup>52</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 40–42; MARTÍN. *Introducción*, p. 15–16; DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 62–63.

<sup>53</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 42; DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 64.

<sup>54</sup> MARTÍN. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*, p. 14–18; SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 46.

de *compliance*, com uma visão eminentemente preventiva. Para tanto, a previsão de isenção de responsabilidade pela adoção eficaz desses programas seria essencial.<sup>55</sup>

### 3. *Compliance* e responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado: os modelos italiano, espanhol e chileno

Embora os principais marcos históricos dos programas de conformidade com repercussão penal residam no direito norte-americano, mais recentemente há importantes previsões acerca do tema nos países de tradição do *civil law*, mais próximos de Portugal, entre os quais se destacam, por sua extensão e detalhamento, as disciplinas legais da Itália (em 2001), do Chile (em 2009) e da Espanha (em 2010, com ampla reforma em 2015).<sup>56</sup> Além disso, a doutrina reconhece que a responsabilidade das pessoas coletivas no direito português aproxima-se dos critérios italianos,<sup>57</sup> que também serviram de referência para os modelos espanhol e chileno.<sup>58</sup>

A semelhança é vista tanto em relação às hipóteses de responsabilização (critérios de imputação) penal da pessoa jurídica<sup>59</sup> quanto no tocante ao regramento e às consequências dos programas de conformidade (isenção de responsabilidade).<sup>60</sup>

<sup>55</sup> SIEBER. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, p. 106–109; MARTÍN. Introducción, p. 15–18.

<sup>56</sup> VILA. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, p. 61.

<sup>57</sup> SILVA, Germano Marques da. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Editorial Verbo, 2009, p. 225.

<sup>58</sup> LASCURAÍN. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, p. 114. No mesmo sentido: PÉREZ, Elena Gutiérrez. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, *Revista General de Derecho Penal*, v. 24, 2015, p. 4; VILELA, Alexandra. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª.: Almedina, 2018, p. 108.

<sup>59</sup> Na Itália, o DL n. 231/2001 estabelece que a pessoa jurídica responde por atos, cometidos no seu interesse ou para sua vantagem, por parte de seus dirigentes ou representantes (art. 5º, 1., “a”) ou por parte de pessoas sujeitas ao controle e vigilância daqueles dirigentes (art. 5º, 1., “b”), desde que, neste último caso, o fato tenha se tornado possível em razão da inobservância de deveres de vigilância e direção (art. 7º, 1.). Por sua vez, no Chile, a Lei n. 20.393/2009 dispõe, em seu art. 3º, que a pessoa jurídica será responsabilizada por fatos cometidos em seu interesse ou proveito, pelos dirigentes ou representantes, ou por pessoas sujeitas a estes, desde que, em qualquer caso, a comissão do delito tenha sido consequência da violação, pela pessoa jurídica, dos deveres de vigilância e supervisão. Por fim, o CP espanhol disciplina, em seu art. 31 *bis* 1., que responderá a pessoa jurídica pelos crimes cometidos, por conta e em seu benefício direto ou indireto, por seus dirigentes ou representantes (alínea “a”) ou por pessoas submetidas à autoridade destes últimos, desde que, neste último caso, o fato tenha sido possível pelo grave incumprimento, por parte daqueles, dos deveres de supervisão, vigilância e controle (alínea “b”).

<sup>60</sup> Nesse ponto, o DL 231/2001, da Itália, prevê que o ente não responde se provar que adotou, de forma eficaz, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão, com diversos requisitos (art. 6º, 1. e 2.), sendo menos exigentes os requisitos no caso de fatos cometidos pelos subordinados (art. 7º). No mesmo sentido, a Lei chilena considera cumpridos os deveres de direção e supervisão quando, antes da prática do crime, a entidade legal adotou e implementou modelos de organização, administração e supervisão para prevenir crimes como o cometido (art. 3º da Lei n. 20.393/2009), cujos requisitos são detalhados no art. 4º do mesmo diploma legal. Por fim, o CP espanhol dispõe que a pessoa jurídica estará isenta de responsabilidade se forem cumpridas algumas condições, entre as quais a implementação eficaz, antes do crime, de modelos de vigilância e controle para prevenir delitos da espécie do cometido, com seus requisitos mínimos previstos expressamente (art. 31 *bis* 2. e 5.), sendo também menos rigorosos no caso de fatos praticados por funcionários de menor hierarquia (art. 31 *bis* 4.).

Todavia, embora quanto ao primeiro ponto haja uma similaridade com o art. 11º do CP português, este não traz previsão expressa quanto às repercussões de eventual programa de conformidade, de modo que a análise daqueles sistemas revela-se útil.

### 3.1. Modelos de imputação

Como visto, um dos principais aspectos para se definir a função do *compliance* na responsabilidade dos entes coletivos reside no modelo de imputação adotado.

Na Itália, deixando de lado a discussão acerca da própria natureza da responsabilidade estabelecida no DL 231/2001,<sup>61</sup> o regime jurídico estabelece uma culpabilidade autônoma da pessoa jurídica, de caráter normativo e desvinculada de fatores psicológicos típicos da pessoa física,<sup>62</sup> denominada “culpa da organização”, que tem duas principais vantagens: justifica uma reprovação do ente coletivo diante do descumprimento de um dever de se organizar, estabelecendo um vínculo autônomo com o fato criminoso e, do ponto de vista empírico-criminológico, incentiva uma cultura de legalidade e permite que modelos de organização eficazes e a colaboração com os órgãos de persecução gerem uma isenção de responsabilidade.<sup>63</sup> Não é admitida, portanto, uma responsabilização objetiva, adotando-se um critério de culpa da empresa pela deficiência na organização, representada pela não adoção de modelos preventivos eficazes, entendimento que restou acolhido pela jurisprudência.<sup>64</sup> Há uma clara relação entre o crime cometido por uma pessoa física, no interesse da

<sup>61</sup> A Constituição italiana dispõe, em seu art. 27, que “a responsabilidade penal é pessoal”, o que sempre foi entendido como vinculada necessariamente ao indivíduo. Embora parte da doutrina já tenha interpretado tal dispositivo apenas como uma vedação à responsabilidade penal objetiva, o fato é que o DL 231/2001, provavelmente para não enfrentar essa discussão (TESI, Maristella Amisano. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, p. 303–331, 2012, p. 305.), previu expressamente que se tratava de uma responsabilidade administrativa, embora com um sistema híbrido, pois é derivada de crimes cometidos por pessoas físicas e julgada perante um juízo criminal (SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 174; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 98; CUSSAC, José L. González. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 132, 2017, p. 43.). A maioria da doutrina considera que se trata de responsabilidade penal, embora disfarçada, todavia, a jurisprudência tem variado entre uma e outra posição, além de uma qualificação como “terceiro gênero” de responsabilidade (o próprio relatório prévio ao decreto refere à criação de um *tertium genus* de responsabilidade, conforme TESI, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 306–308., mas reconhece, em qualquer caso, a necessidade de observância dos princípios de direito penal (Cass., n. 38343, de 18/09/2014) (FRATINI, Paolo. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, Dissertação de Mestrado, Università Degli Studi Firenze, Florença, 2017, p. 34–38.). Sobre essa discussão, ver: CORTONI, Giulia. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, Dissertação de Mestrado, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2013, p. 146–164.

<sup>62</sup> FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 59–60.

<sup>63</sup> CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 63–68.

<sup>64</sup> “[...] o ente responde por fato próprio, sem comprometer o princípio constitucional da proibição da responsabilidade penal por fato de outrem (art. 27 da Constituição). O DL n. 231 não delinea uma hipótese de responsabilidade objetiva, prevendo, ao contrário, a necessidade da ‘culpa da organização’ do ente, por não providenciar um esquema de medidas preventivas idôneas a evitar o cometimento de delitos como aquele realizado [...]” (Cass, Sez. VI, 18/02/2010, n. 27.735), citada por: SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 181.

pessoa jurídica, e a responsabilização desta, que, porém, é independente, já que prescinde da identificação e da imputabilidade da pessoa física, bem como de eventual prescrição do crime individual (art. 8º do DL n. 231/2001).<sup>65</sup> A vinculação com o fato individual, aliada à culpa autônoma da pessoa jurídica (por defeito de organização), leva à conclusão pela adoção de um modelo misto de imputação na Itália.<sup>66</sup>

Da mesma forma, o modelo chileno é reconhecido como um modelo misto ou<sup>67</sup> modelo atenuado de responsabilidade derivada,<sup>68</sup> pois associa a necessidade de um fato de conexão cometido pela pessoa física e uma contribuição da pessoa jurídica, por meio de um defeito de organização. Muito embora a jurisprudência ainda não tenha feito uma análise aprofundada da natureza da culpa da pessoa jurídica,<sup>69</sup> sua autonomia é reforçada pelo art. 5º da Lei n. 20.393/2009, já que permanece a responsabilidade do ente coletivo mesmo quando a do indivíduo tenha se extinguido ou quando este não for identificado.<sup>70</sup> O modelo de imputação, portanto, tem natureza mista, pois prevê a responsabilidade da empresa pelos atos de seus gerentes e empregados, sejam ou não identificados, cometidos diretamente em seu interesse ou benefício, desde que o crime tenha decorrido da violação dos deveres de direção e supervisão da pessoa coletiva.<sup>71</sup>

Na Espanha, houve a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ano 2010, com previsão tímida das medidas de *compliance*, apenas como atenuantes, se adotadas após o crime, mas antes do juízo oral. Até por isso, havia divergência quanto ao modelo adotado, principalmente nos crimes dos dirigentes da empresa,<sup>72</sup> para os quais não havia exigência expressa de inobservância de deveres de vigilância e supervisão. Assim, alguns viam um modelo de heterorresponsabilidade ou responsabilidade por fato alheio,<sup>73</sup> pois a lei não exige fato próprio (defeito de organização ou falta de controle) da pessoa jurídica, independentemente da via de imputação.<sup>74</sup> Em certos pontos, porém, já se enxergava uma opção intermediária, uma

<sup>65</sup> TESI. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 309.

<sup>66</sup> Contra, entendendo que se trata de um modelo de autorresponsabilidade: SARAIVA, *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 110.

<sup>67</sup> MONDACA, Iván Navas; LABARCA, Antonia Jaar. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, *Política Criminal*, v. 13, n. 26, 2018, p. 1033.

<sup>68</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, *Política Criminal*, v. 5, n. 9, 2010, p. 217.

<sup>69</sup> MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1045.

<sup>70</sup> Desde que demonstrado que o crime foi necessariamente praticado no âmbito das funções e atribuições das pessoas indicadas na lei como geradoras de responsabilidade da empresa. (BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 223.).

<sup>71</sup> ACUÑA. La certificación de los programas de cumplimiento, p. 145–146. Contra, entendendo que se trata de um modelo de autorresponsabilidade: SARAIVA, *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 110.

<sup>72</sup> TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.), *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 39–41.

<sup>73</sup> Díez. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas, p. 444–445.

<sup>74</sup> Ou seja, seria uma responsabilização indireta por ato ilícito dos dirigentes (primeira via de imputação) ou dos subordinados, desde que os dirigentes não tenham adotado medidas eficazes de controle (segunda

conexão normativa entre o ilícito das pessoas físicas e a pessoa jurídica. Ou seja, embora indireta, não havia responsabilidade objetiva ou por puro fato alheio, pois se exigia identidade de interesses com a pessoa jurídica (ato em nome e proveito da pessoa jurídica ou falha no controle também por conta e em proveito da pessoa jurídica).<sup>75</sup>

Com a reforma pela LO n. 1/2015, os modelos de organização e gestão foram previstos expressamente como causas de isenção de responsabilidade. Além disso, o preâmbulo da LO referiu que ela buscava colocar “um fim às dúvidas interpretativas que haviam sido levantadas pelo regulamento anterior, que por alguns setores tinha sido interpretado como um regime de responsabilidade vicarial”.<sup>76</sup> A *Fiscalía General del Estado*, ao interpretá-la, porém, manteve a posição pela responsabilidade por transferência/vicarial, em razão da manutenção dos fatos de conexão consistentes nos crimes das pessoas físicas, embora, ao observar aspectos que autonomizavam a responsabilidade da empresa em relação ao indivíduo, tenha vislumbrado um modelo de heteroresponsabilidade atenuado, mas nunca um sistema de imputação própria ou de autorresponsabilidade em sentido estrito. Reconheceu que o defeito organizacional, construído como causa de isenção da pena, funciona como pressuposto e reforço da culpa, banindo qualquer indício de responsabilidade penal objetiva.<sup>77</sup> Alguns viram nisso o reconhecimento de um modelo intermediário,<sup>78</sup> enquanto outros diferenciam o modelo adotado de acordo com a via de imputação: nos crimes cometidos por dirigentes e representantes seria uma responsabilidade vicarial, enquanto nos crimes cometidos por subordinados haveria uma autorresponsabilidade.<sup>79</sup> O Tribunal Supremo espanhol, por sua vez, após uma indefinição inicial,<sup>80</sup> adotou, por maioria, posição que parte da doutrina e interpretou como uma opção pela autorresponsabilidade,<sup>81-82</sup> porém, em 2019, mudou de entendimento e aparentemente cindiu o modelo adotado

via de imputação). (CUSSAC. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, p. 47–48; Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.)

<sup>75</sup> CUSSAC. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010, p. 56–57.

<sup>76</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 2.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 5–10.

<sup>78</sup> Embora sustentem que se trata de um modelo de “corresponsabilidade” em que cada um dos responsáveis pelo mesmo evento é responsabilizado por diferentes motivos regulatórios. (SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 2, 2016, p. 3 e 24–27.)

<sup>79</sup> GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, in: BARRANCO, Norberto J. de la Mata *et al.* (Orgs.), MARTÍN *et al.* *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 137.

<sup>80</sup> “Quer se escolha um modelo de responsabilidade pelo próprio ato ou por uma fórmula de heteroresponsabilidade, [...] qualquer pronunciamento condenatório de pessoas jurídicas deve se basear nos princípios inalienáveis que informam o direito penal” (STS 514/15, de 2/9/2015), citado também por: PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 2.

<sup>81</sup> STS 154/2016, enquanto o voto minoritário teria optado pelo modelo de heteroresponsabilidade.

<sup>82</sup> Posição mantida na STS 221/2016, de 16 de março, e na STS 583/2017, de 19 de julho. (UGARTE, Javier Hermoso de Mendoza Sáinz de. *Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*, Dissertação de Mestrado, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2018, p. 12–13.)

em cada uma das vias de imputação (heterorresponsabilidade nos crimes de dirigentes e autorresponsabilidade nos crimes de subordinados).<sup>83</sup>

### 3.2. Natureza jurídica dos programas de *compliance*

Ainda que em todos os países analisados o *compliance* possa isentar a responsabilidade do ente coletivo, a discussão subsiste quanto à natureza jurídica desses programas na teoria geral do crime, o que terá repercussões práticas importantes.

Na Itália, há divergência quanto à natureza jurídica dos programas de *compliance*.<sup>84</sup> Em especial para crimes cometidos por dirigentes, alguns qualificam-nos como causa de exclusão da culpabilidade, que introduz um elemento novo e não exigido para a responsabilização da entidade, enquanto outros enxergam uma causa de exclusão da punibilidade, baseados no relatório prévio ao DL que previa tal natureza para circunstância similar.<sup>85</sup> Por outro lado, há quem associe o déficit de organização a um requisito de imputação, a qual exigiria: uma relação de causalidade mínima (ainda que mera facilitação) entre o evento concreto e a desorganização da empresa; a previsibilidade desse risco e da possibilidade de preveni-lo por meio da organização e, no caso de uma organização insuficiente ou ineficaz, a geração de um risco acima do aceito.<sup>86</sup> Ou seja, aproxima-se de critérios de imputação objetiva, de modo que modelos de organização e gestão eficazes seriam causas de exclusão da própria tipicidade.<sup>87</sup>

No caso chileno, a solução parece ser mais simples, uma vez que a Lei n. 20.393/2012 estabelece de forma expressa que, em qualquer caso (crimes cometidos por dirigentes ou por subordinados), a imputação dependerá sempre de uma inobservância dos deveres de controle e vigilância por parte da empresa (art. 3º). Assim, embora a doutrina não se detenha nesse ponto, referindo-se mais ao defeito de organização como fundamento da culpabilidade autônoma da pessoa jurídica,<sup>88</sup> a legislação evidencia que essa falha é elemento constitutivo da imputação.

Na Espanha, há intensa controvérsia sobre o tema. Aqueles que veem um sistema de heterorresponsabilidade entendem que os programas de *compliance* são uma causa de exclusão pessoal da punibilidade, uma escusa absolutória.<sup>89</sup> O TS, num primeiro momento, afastou expressamente essa interpretação, por apertada

<sup>83</sup> STS 742/2018, de 7 de fevereiro de 2019.

<sup>84</sup> Modelos de organização e gestão, na dicção do art. 6º do DL n. 231/2001.

<sup>85</sup> CORTONI. *La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 86–87.

<sup>86</sup> FRATINI. *Colpa di organizzazione e "modelli 231": fra prevenzione e colpevolezza*, p. 66.

<sup>87</sup> Sem prejuízo, a adoção de sistemas de organização preventivos, mesmo após o fato, pode atuar como atenuante das sanções, com os seguintes possíveis efeitos, a depender do caso: exclusão das sanções de inabilitação e publicação da sentença (arts. 17 e 18); redução substancial da sanção pecuniária (art. 12); pedido de suspensão das medidas cautelares de desqualificação e conversão de penalidades de desqualificação em multas. (art. 78) (CORTONI. *La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 102–103.)

<sup>88</sup> MONDACA; LABARCA. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena*, p. 1038–1039; BASUALTO. *La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*, p. 225.

<sup>89</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 55–57.



maioria:<sup>90</sup> a atribuição de responsabilidade penal ao ente coletivo, em qualquer hipótese, deveria partir da análise de se o crime da pessoa física foi possível ou facilitado pela ausência de uma cultura de respeito pelo direito na empresa,<sup>91</sup> razão pela qual a exigência dos programas de conformidade afastaria o tipo objetivo<sup>92</sup> e essa exigência decorreria de necessidade constitucional (princípios da culpabilidade e da presunção da inocência).<sup>93</sup> Recentemente, porém, o TS afirmou que, no caso dos crimes praticados por dirigentes, não há necessidade da ocorrência de uma grave violação dos deveres de supervisão ou controle, o que é aplicável apenas aos delitos cometidos por empregados,<sup>94</sup> de modo que afastou o defeito de organização do tipo objetivo na primeira hipótese.

Apesar de alguma divergência,<sup>95</sup> parece prevalecer na doutrina que o defeito de organização faria parte do tipo objetivo, em qualquer hipótese, uma vez que critérios acerca de elementos da teoria do delito não são descritos expressamente na legislação, mas definidos pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive a partir de causas de exclusão de responsabilidade.<sup>96</sup> Assim, ao critério de imputação exposto

<sup>90</sup> Maioria de 8 votos contra 7, sendo que o voto vencido afastou, de forma contundente, que a ausência de medidas de controle e vigilância estariam no “núcleo da tipicidade” ou configurariam um elemento independente do tipo objetivo, pois não se encontram tais requisitos na lei. Quanto aos crimes cometidos por dirigentes, inclusive, a minoria deixou claro que a imputação depende apenas de um ato criminoso em nome da sociedade e em seu benefício, critério que se baseia nos princípios gerais de *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando* ou mesmo na culpa “em constituendo” e culpa “em instruendo”. Por sua vez, a prova de programas de *compliance* eficazes afastaria a culpabilidade.

<sup>91</sup> Cultura que se manifestaria em algum tipo de formas concretas de vigilância e controle do comportamento de seus dirigentes e subordinados hierárquicos, tendente a evitar a comissão de crimes por eles.

<sup>92</sup> A isenção baseia-se na comprovação da existência de ferramentas de controle adequadas e eficazes, cuja ausência, ao contrário, integraria o núcleo típico da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, complementar à prática do ato ilícito pela pessoa física (STS 154/2016, de 29/02/2016). As mesmas empresas foram objeto da STS 583/2017, em que se referiu que “está coberta também a face negativa da atribuição de responsabilidade: a pessoa jurídica carecia de um sistema efetivo de controle implementado para anular ou, ao menos, diminuir eficazmente o risco de comissão desse delito no seio da empresa”.

<sup>93</sup> STS n. 221/2016, de 16/03/2016.

<sup>94</sup> Considerou-se que a prática de crime por quem controla a gestão de uma empresa, por conta dela e em seu benefício, legitima a atribuição do evento típico ao ente coletivo e no caso concreto a empresa não alegara em nenhum momento a ocorrência de alguma das causas de isenção de responsabilidade relativas à implementação de programas de *compliance* eficazes. (STS 742/2018, de 7/2/2019)

<sup>95</sup> Na doutrina também há quem separe as duas vias de imputação, estabelecendo que, no caso de crimes cometidos por dirigentes, o defeito de organização não consiste em elemento essencial de imputação, bastando que o fato individual seja cometido por aqueles em nome e no interesse da pessoa jurídica; por outro lado, no caso de crimes cometidos por empregados de baixa hierarquia (segunda via de imputação), o defeito de organização, expresso na lei, seria pressuposto essencial, ou seja, seria “o núcleo de tipicidade” desta via de imputação, de modo que a implementação de modelos de organização eficazes seriam causa de exclusão da responsabilidade por atipicidade (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidade penal de las personas jurídicas, p. 132–143.). Em sentido similar: REMESAL. Javier de Vicente. Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *Revista Penal*, v. 34, 2014, p. 174–175; RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, in: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Orgs.), *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 173–174.

<sup>96</sup> SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 29–30.

na lei (“em nome e no interesse da pessoa jurídica” – “critério de benefício”), deve ser acrescido o “critério de favorecimento” (o defeito objetivo de organização que facilita a ocorrência do crime), a partir de uma interpretação *a contrario sensu* da previsão de modelos de prevenção da criminalidade como eximente de responsabilidade.<sup>97</sup> Para que fatos individuais se transformem num crime do ente coletivo deve haver uma manifestação de defeitos estruturais, o que requer levar em conta elementos organizacionais que excedem o desempenho estrito de indivíduos específicos.<sup>98</sup> O estado de coisas favorecedor de delitos ou incapaz de preveni-los seria por si só um risco juridicamente desaprovado, de modo que a adoção de um modelo de organização eficaz compensaria tal estado de coisas e deixaria a empresa em um estado de risco permitido,<sup>99</sup> ou seja, excluiria a relevância típica do suposto descontrolo (a relação da pessoa jurídica com o crime individual seria meramente acidental).<sup>100-101</sup>

### 3.3. O ônus da prova em relação aos modelos de organização e controle

Provavelmente, o efeito prático mais importante decorrente da definição do modelo de imputação e da natureza jurídica do defeito de organização (e dos programas de conformidade) reside na atribuição do ônus da prova relativo a tais circunstâncias.

Na Itália, em razão da diferença de redação dos critérios de imputação entre os crimes cometidos por dirigentes<sup>102</sup> e por subordinados, alguns veem a principal

<sup>97</sup> SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 672–677. Em sentido similar, afirmando que, mesmo nos crimes cometidos por dirigentes, exige-se a prova da ausência de controle e vigilância efetiva, à luz da pessoalidade das penas, da culpabilidade e do *ne bis in idem*, sendo um requisito implícito de imputação: LASCURAÍN, Juan Antonio, Compliance, debido control y unos refrescos, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 118–120.

<sup>98</sup> SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 36–37. No que toca à parte objetiva da imputação, é necessário demonstrar que a ação criminal individual está objetivamente conectada a um defeito estrutural da organização, o que teria facilitado ou incentivado esse comportamento em um contexto no qual a entidade deveria ter tomado medidas preventivas. (SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización, *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 1, 2016, p. 15.)

<sup>99</sup> SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 672–677.

<sup>100</sup> SOLA. El injusto estructural de la organización, p. 15.

<sup>101</sup> Por fim, também na Espanha há a possibilidade de incidência dos modelos de organização como atenuantes de pena, ao menos em duas hipóteses: se os programas de *compliance* forem adotados apenas após a prática do delito e antes do juízo oral (comportamento pós-delituoso - art. 31 *quater* 1, “d”, do CP); se os programas de *compliance*, embora anteriores ao delito, sejam apenas parcialmente eficazes (art. 31 *bis* 2, do CP). Nesse ponto, Gómez-Aller adverte que não haverá atenuação se se tratar de um programa de *compliance* apenas formal (*cosmetic compliance*), inoperante, mas apenas se houver cumprimento parcial dos requisitos da lei (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 160.). De outro lado, Silva Sánchez sustenta que, excluídos os casos de programas “cosméticos”, o simples início de implantação de programa de *compliance*, mesmo que ainda não plenamente eficaz, deveria ser suficiente para a exclusão da sanção, por falta de necessidade da pena, embora reconheça que neste caso permanece o estado de coisas gerador de um risco juridicamente desvalorado. (SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 683–685.)

<sup>102</sup> Também chamados de pessoas em posição “apical”, ou seja, no ápice da estrutura da empresa.

distinção prática no ônus da prova: nos crimes de subordinados, cabe ao MP demonstrar a ausência de um modelo de organização eficaz;<sup>103</sup> por sua vez, os delitos de dirigentes seriam considerados, a princípio, como praticados pela própria pessoa jurídica (desde que cometidos no seu interesse), de modo que caberá ao ente coletivo o ônus de comprovar a adoção de programas de *compliance* eficazes.<sup>104</sup> Em sentido contrário, para os que enxergam o dever de organização como exigência de imputação mesmo nos crimes da cúpula, caberia à acusação realizar tal prova,<sup>105</sup> embora se reconheça que a prática judicial adota outra interpretação nesta hipótese.<sup>106-107</sup>

No Chile, a lei estabelece de forma expressa o defeito de organização como requisito de imputação para ambas as hipóteses. Porém, a lei chilena inovou ao possibilitar que os programas de *compliance* sejam certificados, quanto à sua eficácia, por outras empresas devidamente registradas (art. 4º, Lei n. 20.393/2012). Essa certificação estabeleceria uma espécie de presunção em favor da empresa, que deveria ser ilidida pelo MP, mas, inexistente a certificação, caberia à pessoa jurídica demonstrar a eficácia de seu modelo de organização.<sup>108</sup> A jurisprudência conclui, em

<sup>103</sup> Na segunda hipótese de imputação (crimes de subordinados), há um maior consenso quanto à necessidade de prova de uma falha na organização da própria empresa: “para que a entidade seja responsável por crimes cometidos por sujeitos sujeitos à supervisão e supervisão de outros [...] é necessário que, nos termos do art. 7, a comissão do crime tenha sido possível pela violação das obrigações de supervisão e controle que pertencem à estrutura” (Trib. Milano, GIP Salvini, de 27/04/2004, citada por FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 81–91.). Além disso, deve-se avaliar o nexo de causalidade entre o evento concreto e o defeito de organização (ainda que simples facilitação), bem como a previsibilidade do risco e sua evitabilidade pelos modelos de organização (*Ibid.*).

<sup>104</sup> TESI. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 311–313; CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 72–73. Em outras palavras, como o defeito de organização não seria elemento constitutivo da infração penal no caso de crimes praticados por dirigentes, a prova poderia ser suportada pela defesa sem que haja qualquer violação do princípio da presunção de inocência (*Ibid.*, p. 86–87.). Embora alguns vejam verdadeira inversão do ônus da prova (SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 183.), isso seria justificado pela natureza da responsabilidade, que seria administrativa. (TESI. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 314.)

<sup>105</sup> “Nenhuma reversão do ônus da prova é reconhecível na disciplina de responsabilidade do delito da entidade, de modo que cabe à acusação o ônus da prova [...] da deficiência interna da instituição” (Cass. Sez. VI, 16/07/2010, n. 27735, citado por FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 71–81 e 108–112.). Em qualquer caso, há diferenciação quanto aos requisitos do modelo de organização e gestão, pois nos crimes de subordinados são menos rigorosos, o que pode ser explicado com base no envolvimento diferente do ente em relação a assuntos que não são da cúpula. (CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 87–91.)

<sup>106</sup> Cita-se, nesse sentido, *Tribunale di Milano*, GIP D’Arcangelo, de 03/01/2011 (FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 71–81 e 108–112.). Há duas propostas de alteração do Decreto 231/2001 e ambas propõem a extinção dessa inversão do ônus da prova. (*Ibid.*, p. 216–220.)

<sup>107</sup> Nieto Martín reconhece que a norma italiana prevê que, neste caso, o ônus da prova recairia sobre a empresa, todavia, essa carga, na prática, foi substancialmente abrandada, traduzindo-se num *onere di allegazione* por parte da empresa, de modo que a discussão, ao final, fica reduzida à eficácia dos programas de conformidade, cuja prova dependeria de uma perícia judicial (MARTÍN, Adán Nieto. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*). Sobre a análise da eficácia do *compliance* por uma perícia, vide também: COSTA, Haide; RICHARTE, Fruitos. *La pericial de “Compliance”: Análisis de la profilaxis y prognosis de la responsabilidad criminal de la persona jurídica*.

<sup>108</sup> Segundo essa posição, não haveria aqui uma inversão do ônus da prova, pois o fato de ter sido cometido o delito por uma pessoa estabelecida pela lei e no interesse da pessoa jurídica seria indicio suficiente de que não há uma organização efetiva, razão pela qual o MP poderia se basear inicialmente

geral, pelo descumprimento de deveres de supervisão e direção no caso de inexistência de programas de *compliance*<sup>109</sup> e, em ao menos um caso,<sup>110</sup> esse fato foi comprovado por um ofício da SVS (órgão que registra as empresas certificadoras) que atestava a ausência de programa certificado.<sup>111</sup>

No caso espanhol, aqueles que veem o *compliance* como escusa absoluta entendem que é a empresa quem possui recursos e possibilidade de comprovar que, apesar do crime, seu programa era eficaz.<sup>112</sup> O TS, por sua vez, na STS 154/2016, afirmou que cabe à acusação demonstrar que o crime da pessoa física foi possível ou facilitado por um defeito de organização, o que, contudo, não se confundiria com os programas de *compliance*, eximente que busca permitir a exoneração rápida da responsabilidade da pessoa jurídica (evitando danos à sua reputação), de modo que a própria empresa poderá tomar essa iniciativa, chamando para si o ônus de comprová-la (o que acredita o TS que ocorrerá na prática).<sup>113-114</sup> A acusação caberia provar a contribuição da empresa para o crime, mas se o ente coletivo, “além de negar

---

apenas nessas circunstâncias. (BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 226–227.)

<sup>109</sup> Caso Pehuenche: Sentença de 19 de agosto de 2015, RIT Nº 11862-2014, RUC Nº 1400129785-7, do 7º *Juzgado de Garantía de Santiago*, contra a Empresa *Constructora Pehuenche* pelo delito de suborno; Caso *Universidad del Mar*: Sentença de 2 de junio de 2016, RIT Nº 4799-2012, RUC Nº 1200084351-0, do 8º *Juzgado de Garantía de Santiago*, contra *La Universidad del Mar* pelo delito de suborno.

<sup>110</sup> Caso Colbún: Sentença de 12 de agosto de 2013, RIT Nº 9211-2012, RUC Nº 1201092968-5, do *Juzgado de Garantía de Talca*, contra *Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada* pelo delito de suborno.

<sup>111</sup> Precedentes citados em: MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1039–1040.

<sup>112</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 55–57.

<sup>113</sup> O voto vencido, por outro lado, sustentou que apenas os elementos expressamente previstos nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 1 do art. 31 *bis* deveriam ser comprovados pela acusação (o que não inclui defeito de organização por parte da pessoa jurídica); que os modelos de organização eficazes são circunstâncias eximentes e, portanto, segundo as regras probatórias gerais, cabe à parte interessada trazer uma base razoável de sua existência (e não à acusação sempre fazer prova do fato negativo de sua não ocorrência); que o entendimento da maioria levaria a um regime privilegiado de ônus da prova para as pessoas jurídicas, com risco de impunidade e de se esvaziar a previsão de sua responsabilidade penal.

<sup>114</sup> Em sentido que aparenta ser mais extremo, na STS 221/2016, o TS: lembrou parecer do Conselho de Estado para a reforma de 2015, que sugeriu uma alteração de redação (posteriormente efetivada) justamente para que a prova da inexistência do programa de conformidade ou da sua não aplicação recaísse sobre a parte acusadora; excluiu expressamente a adoção de modelos de distribuição de prova de outros ordenamentos jurídicos (referindo-se principalmente à Itália); concluiu que, em observância à presunção de inocência, o julgamento da autoria da pessoa jurídica exigirá que o MP comprove também que o crime praticado pela pessoa física se deu pela concorrência de uma infração corporativa, um defeito estrutural nos mecanismos preventivos exigidos, sem prejuízo de que a pessoa jurídica produza a prova que julgue apropriada para demonstrar seu correto funcionamento na perspectiva do cumprimento da lei. O TS veio a corroborar tal entendimento na sentença 583/2017, ao afirmar que a ausência de um sistema de controle efetivo seria uma face negativa da atribuição de responsabilidade. De qualquer forma, como já referido, na STS 742/2018, decidiu-se que, no caso dos crimes de dirigentes, não há necessidade de especificar se ocorreu ou não uma grave violação dos deveres de supervisão ou controle (exigência restrita aos crimes de subordinados), de modo que caberia à empresa a alegação e eventual prova da implementação de programas de *compliance* eficazes.

sua ligação com o fato”, sustentar como defesa “a existência de um sistema geral de *compliance* efetivo”, é ele que tem mais condições de apresentar essas provas.<sup>115</sup>

Apesar da polêmica, a discussão talvez seja mais simples do que pareça, uma vez que, ainda que se atribua à acusação a demonstração do defeito de organização, o mais importante é saber como se prova tal fato. Nesse sentido, Lascuraín lembra que a prova do que se faz na empresa (fatos positivos) indica também o que não se faz na empresa e que o próprio fato ilícito ocorrido no seio da pessoa jurídica e no seu interesse pode ser um indício da ausência de controle.<sup>116</sup>

### 3.4. Análise judicial dos modelos de organização e controle

Como referido, a própria legislação italiana estabelece requisitos mínimos para a isenção de responsabilidade da pessoa jurídica por programas de conformidade, os quais são diversos, conforme se trate de crimes de dirigentes<sup>117-118</sup> ou de subordinados.<sup>119</sup> Porém, há quem entenda que mesmo a inexistência de um modelo de organização não geraria uma responsabilização automática da empresa, pois caberia comprovação de que o risco do delito não era previsível ou não era evitável pela adoção de um

<sup>115</sup> SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 36–37.

<sup>116</sup> LASCURAÍN. Compliance, debido control y unos refrescos, p. 114; LASCURAÍN. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, p. 103–104.

<sup>117</sup> Exige-se prova de que: a) o órgão de administração adotou e efetivamente implementou, antes de cometer o fato, modelos de organização e gestão adequados para prevenir crimes do tipo que ocorreu; b) a tarefa de supervisionar o funcionamento e a observância dos modelos e para cuidar de sua atualização foi confiada a um órgão da entidade com poderes autônomos de iniciativa e controle (*compliance officer*); c) as pessoas cometeram o crime, evitando fraudulentamente os modelos de organização e gestão; d) não houve omissão ou fiscalização insuficiente do *compliance officer* (art. 6º, 1, do DL 231/2001). Por sua vez, os modelos de organização devem observar os seguintes requisitos: a) identificar as atividades em que os crimes podem ser cometidos (avaliação de risco); b) fornecer protocolos específicos destinados a planejar a formação e a implementação das decisões da entidade em relação aos crimes a serem evitados (gestão de risco); c) identificar métodos de gestão de recursos financeiros adequados para prevenir a prática de infrações; d) prever obrigações para fornecer informações ao órgão responsável pela supervisão do funcionamento e cumprimento dos modelos; e) introduzir um sistema disciplinar adequado para sancionar o não cumprimento das medidas indicadas no modelo (art. 6º, 1, do DL 231/2001).

<sup>118</sup> O requisito de conduta fraudulenta da pessoa física, talvez o principal, não se confunde com o mero descumprimento do modelo de organização, mas há quase uma presunção de culpa da empresa, em razão da difícil comprovação, de modo que parte da doutrina sustenta uma absorção dele pela prova da adoção de modelos de organização adequados e eficazes (CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 82–85.). Limitando a relevância do requisito: Cass., Sez. Un., 18 de setembro de 2014, n. 38343, citado por FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 108–112.

<sup>119</sup> De outro lado, no caso de crimes cometidos por subordinados, exige-se, para isenção de responsabilidade: a) a adoção de um modelo de organização e gestão adequado para prevenir crimes do tipo que ocorreu; b) que o modelo previja, em relação à natureza e dimensão da organização, bem como o tipo de atividade, medidas adequadas para garantir a execução da atividade em respeito à lei e para detectar prontamente e eliminar situações de risco; c) uma revisão periódica e eventual alteração do modelo quando descobertas significativas violações das regras ou quando há mudanças na organização ou na atividade; d) um sistema disciplinar adequado para sancionar o não cumprimento das medidas indicadas no modelo. (art. 7º do DL 231/2001)

modelo de organização.<sup>120</sup> Ou seja, exigir-se-ia, para imputação à pessoa jurídica, também: uma relação de causalidade mínima (ainda que mera facilitação) entre o evento concreto e a desorganização da empresa e a previsibilidade deste risco e a possibilidade de preveni-lo por meio da organização. Essa avaliação deve ocorrer mentalmente *ex ante*, de acordo com o conhecido e o conhecível no momento em que o crime foi cometido (“juízo prognóstico póstumo”).<sup>121</sup>

Nesse ponto, a doutrina critica a jurisprudência italiana, que teria abandonado esse critério de avaliação, levando a uma preocupação quanto à real possibilidade de valoração de eficácia dos programas de *compliance* pelos juízes.<sup>122</sup> No célebre “caso Impregilo”,<sup>123</sup> a sentença de primeiro grau (confirmada em apelação) absolveu a pessoa jurídica, por adotar um modelo organizacional adequado,<sup>124</sup> porém, a Corte de Cassação entendeu que o modelo era ineficaz, pois o órgão de supervisão tinha um único membro, que era subordinado aos diretores, de modo que não havia efetivo controle.<sup>125</sup> Para a doutrina, essa análise foi essencialmente normativa, sem apreciação das circunstâncias históricas de quando o modelo foi implementado e, portanto, da possibilidade de adoção de um modelo diverso (essencial para a verificação de culpabilidade),<sup>126</sup> o que tem se repetido em outros casos.<sup>127</sup> Muitos anos após o decreto,

<sup>120</sup> FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 104–105. Sobre o tema, também: CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 98–100.

<sup>121</sup> CORTONI. *La responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*, p. 101; FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 183–187; TESL, A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano, p. 314–315.

<sup>122</sup> PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 14–16.

<sup>123</sup> Cass., Sez. V, 18 de dezembro de 2013, n. 4677, em que era imputado à pessoa jurídica um crime de divulgação de informações falsas sobre a empresa a fim de alterar a avaliação do mercado financeiro, cometido pelos dirigentes do ente coletivo.

<sup>124</sup> Citaram-se como principais motivos para a adequação do modelo: adotou diretrizes da associação de profissionais e da Bolsa de Valores; havia um órgão de supervisão; havia um código de ética e havia um procedimento específico para divulgação das informações, com envolvimento de várias pessoas, que foi deliberadamente descumprido pelos dirigentes (e nesse ponto o Tribunal viu a atuação fraudulenta das pessoas físicas).

<sup>125</sup> Também se afirmou que a adesão às diretrizes de associações profissionais não vincula o juiz e, além disso, não bastam por si só, necessitando de especificação interna adequada às circunstâncias da empresa, bem como que não basta o simples descumprimento do modelo, exigindo-se uma fraude efetiva das pessoas físicas para iludi-lo, como requisito para isenção da responsabilidade da empresa.

<sup>126</sup> Para uma análise mais detalhada da decisão do caso Impregilo: FRATINI. *Colpa di organizzazione e “modelli 231”: fra prevenzione e colpevolezza*, p. 203–213.

<sup>127</sup> No “caso Thyssenkrupp” (Cass., Sez. Unite, n. 38343, de 18/09/2014), a Corte identificou a falha de organização na composição do Conselho Fiscal, pois seu encarregado era também o responsável pela área de segurança (onde ocorreria o crime), em conflito de interesses, porém, não houve fundamentação além dessa consideração abstrata, que não identificou um nexo causal concreto entre o evento e uma regra preventiva violada ou inadequada (*ibid.*, p. 134–136.). Em sentido similar: *Tribunale di Milano*, GIP Secchi, de 20/09/2004, considerou inadequado o modelo de organização por deficiências no mapeamento das áreas de risco, na gestão transparente dos recursos financeiros, no controle disciplinar e na independência do órgão de supervisão; *Tribunale di Bari*, GIP De Benedictis, 18/04/2005, reconheceu a responsabilidade da entidade por falha na preparação de um sistema disciplinar para sancionar violações ao programa de *compliance*; *Tribunale di Napoli*, GIP Saraceno, de 27/06/2007, aplicou sanção cautelar de proibição de contratar com a administração pública por 1 ano devido à ausência de rigor nos protocolos de prevenção e no seu controle, além de falha na determinação dos responsáveis pelas decisões e sua execução (todos referidos em CICONTE, Valeria. *L'idoneità del modello ex D.lgs. 231/2001.*)

não houve nenhuma sentença final de absolvição por um modelo de organização adequado, no que se vislumbra uma forma velada de responsabilidade objetiva.<sup>128</sup>

No Chile, a Lei n. 20.393/2012 não estabeleceu diferença de requisitos dos modelos de prevenção de acordo com a via de imputação.<sup>129</sup> Para a doutrina, o modelo da lei é facultativo, de modo que o cumprimento dos deveres de vigilância e controle pode ser demonstrado de outra forma, sob pena ser uma presunção de culpabilidade.<sup>130</sup> Porém, o programa deve ser sempre eficaz para a prevenção de delitos, não apenas formal,<sup>131</sup> o que suscita questionamentos sobre as certificações:<sup>132</sup> para alguns, elas seriam verdadeiras bases de análise das condutas adotadas *ex ante* ao fato delituoso e, assim, um forte indício da idoneidade dos programas de *compliance*;<sup>133</sup> para outros, muito dificilmente a jurisprudência considerará a programas de *compliance* certificados como eximente de responsabilidade, mas apenas como atenuação de pena.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> FRATINI. *Colpa di organizzazione e "modelli 231": fra prevenzione e colpevolezza*, p. 173; MARTÍN. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*; ACUÑA, La certificación de los programas de cumplimiento, p. 148–149; FRANCO, J. A. González; SCHEMMELE, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento, in: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.), *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 158.

<sup>129</sup> Os requisitos abrangem: a designação de um diretor de prevenção com poderes e recursos independentes da gestão da empresa, que se reporta diretamente à gestão superior deles (art. 4º, 1 e 2), responsável pelo estabelecimento de um sistema de prevenção ao crime que leve em conta os riscos de sua atuação nas atividades da empresa, estabeleça protocolos e regras de atuação que permitam minimizá-los, e um sistema de sanções internas que possibilite sua efetivação dentro do mesmo (art. 4º, 3); e estabelecimento de métodos para efetiva aplicação e atualização do modelo de prevenção, além da já citada possibilidade de certificação, por empresas devidamente registradas no órgão competente, do atendimento aos requisitos da lei por parte da empresa. (art. 4º, 4) (ACUÑA. La certificación de los programas de cumplimiento, p. 145–147; VILA. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, p. 62–63; SARCEDO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*, p. 197.)

<sup>130</sup> MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1038–1039.; BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 225. Porém, a jurisprudência conclui, em geral, pelo descumprimento de deveres de supervisão no caso de inexistência de programas de *compliance* e em ao menos um caso esse fato foi comprovado por ofício da SVS, atestando a inexistência de programa certificado da empresa. (MONDACA; LABARCA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena, p. 1039–1040.)

<sup>131</sup> BASUALTO. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, p. 226.

<sup>132</sup> Assim como os programas “cosméticos”, há uma preocupação com as certificações *express*, decorrentes de mero preenchimento de formulários de *checklist*. (PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 16–20.)

<sup>133</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 110.

<sup>134</sup> Isso por diversas razões: porque um certificado de “bom cidadão” seria de difícil compreensão como eximente de responsabilidade, em especial se isso não ocorre para isentar pessoas físicas devidamente habilitadas de responsabilidade; porque haveria desconfiança quanto a certificações de programas de *compliance*, por soar como “pretexto da defesa”, além de a própria empresa interessada ter pago pela certificação, o que levanta questionamentos de idoneidade e de moralidade (ou igualdade, já que seria tratar de forma mais benéfica corporações com poder econômico, que têm condições de pagar por uma certificação de programa de *compliance*). Além disso, é sempre lembrada a jurisprudência italiana, que raramente aceita a eficácia de programas de *compliance* na prática como isenção de responsabilidade. (ACUÑA. La certificación de los programas de cumplimiento, p. 152–154.)

Na Espanha, há um duplo regime de isenção, basicamente transposto do regime italiano,<sup>135</sup> conforme se trate de crimes cometidos por dirigentes ou por subordinados.<sup>136-137</sup> A avaliação incidirá sobre a adequação do programa para evitar o crime específico cometido, de modo que deve estar perfeitamente adaptado à empresa e aos seus riscos específicos.<sup>138</sup> Embora a comissão do crime seja um sinal inicial da ineficácia do modelo, não gera ineficácia automática, a qual será analisada em retrospectiva sobre a probabilidade que existia da comissão de um crime que já ocorreu.<sup>139</sup> Na STS 154/2016, citou-se várias vezes a “cultura de cumprimento” como

<sup>135</sup> GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 146; MARTÍN. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*; PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 4.

<sup>136</sup> A diferença reside na ação fraudulenta da pessoa física, que só é exigida como requisito para isenção no caso de crimes de dirigentes, mas uma diferença relativa, pois, exceto pelo comportamento imprudente, será difícil provar que um programa é efetivo se puder ser quebrado pelos integrantes sem a concorrência de conduta que envolve algum tipo de fraude. (Circular 1/2016, sobre a responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 40–42.)

<sup>137</sup> Além do requisito de “ilusão fraudulenta”, que, como visto, só é exigido no caso de delitos praticados por dirigentes, há quem entenda que apenas neste caso são obrigatórios, para a isenção de responsabilidad, o preenchimento de todos os requisitos do modelo de organização previstos em lei. Isso porque, para esses autores, apenas no caso de crimes cometidos por subordinados há a previsão de violação a um dever de controle e vigilância, a qual não exige desses deveres a especificidade dos modelos de organização. Assim, nesse caso, poderá ser afastada a tipicidade por medidas de controle eficazes, ainda que não tenham as características dos “programas de *compliance*” dispostas na lei. De outro lado, na hipótese de crimes praticados por dirigentes, o tipo não exige a infringência de deveres de controle, razão pela qual, para a isenção de responsabilidad, há necessidade de preenchimento de todos os requisitos legais (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 145–146.). Também: REMESAL. Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, p. 176. Em sentido similar, embora se refira à redação anterior: RAGUÉS I VALLÉS. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, p. 173–174.

<sup>138</sup> Cita-se, aqui, a questionável prática em que, a fim de reduzir os custos, as empresas simplesmente copiam os programas preparados por outros, mesmo de setores industriais ou comerciais diferentes.

<sup>139</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 43–46. Nesse sentido, a Circular 1/2016 estabelece uma série de diretrizes bastante interessantes para avaliação da eficácia, tais como: verificação da importância que o programa de *compliance* tem na tomada de decisões de seus líderes e funcionários e em que medida é uma expressão verdadeira de sua cultura de conformidade; eventual certificação do modelo, embora não seja suficiente, por si só, para comprovar eficácia; avaliação do comportamento e do envolvimento da cúpula da empresa com o programa de conformidade, de modo que eventual hostilidade, ambiguidade ou indiferença ao modelo de organização possivelmente levará à conclusão pela ineficácia do programa, por não refletir uma verdadeira cultura de respeito pelo direito na empresa (há orientação para presunção de ineficácia do programa se um alto funcionário da empresa tiver participado, acordado ou tolerado o crime); diferenciação entre um crime com benefício direto à empresa (que traz um indício mais forte da ineficácia do modelo) e um delito em benefício próprio do autor, com benefício apenas indireto para a pessoa jurídica (caso em que a avaliação da eficácia do modelo deve passar especialmente pela adoção de altos padrões éticos na contratação e promoção de gerentes e empregados); atribuição de um valor especial à descoberta dos crimes pela própria corporação, com orientação para isenção de responsabilidad da pessoa jurídica se ela mesmo detectar a conduta e levá-la à autoridade, quando evidenciada uma cultura de conformidade corporativa; embora a prática do crime não gere presunção de ineficácia do programa, isso pode ser seriamente questionado de acordo com a extensão e a gravidade da conduta criminosa, o número de funcionários envolvidos, a frequência ou duração da atividade ilícita e a baixa intensidade de fraude utilizada para contornar o programa de *compliance*; avaliação da eficácia do modelo em relação a ocasiões anteriores, do comportamento da empresa em relação a violações antecedentes (punições, manutenção do infrator na função etc.), da existência de processos ou infrações administrativas relacionadas; análise do comportamento da pessoa jurídica após a prática do crime, como punição dos autores, revisão



parâmetro de avaliação da responsabilidade da pessoa jurídica, conceito que foi criticado pela vagueza, tanto pelo voto da minoria quanto pela doutrina,<sup>140</sup> pois sua análise se aproximaria de um julgamento do “caráter moral” do suspeito (uma culpa pelo caráter, apartada dos fatos) e com uma revisão total das políticas de *compliance* do ente coletivo, mesmo que não tenham conexão com o ato ilícito específico.<sup>141</sup>

Além dos requisitos legais,<sup>142</sup> sugerem-se como parâmetros aqueles das associações de standardização reconhecidas no ramo<sup>143</sup> e a avaliação deve ser realizada por um juízo *ex ante* em relação ao crime, de acordo com a previsibilidade

---

do programa, restituição imediata dos danos, colaboração com a investigação (*Ibid.*, p. 51–55.). Sugere critérios muito parecidos: PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21. Em sentido similar: SOLA. El injusto estructural de la organización, p. 12–13.

<sup>140</sup> GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, v. 6, 2018, p. 3–4. Apesar da crítica, o autor entende que normas mais recentes de associações de standardização (a exemplo da espanhola UNE 19601 de 2017) tornam mais concreto o conceito de cultura de *compliance*, de modo “que a isenção da entidade legal é possível tanto pela demonstração de *due diligence* no caso específico quanto, não sendo este último caso, pelo seu desempenho mais geral em questões de conformidade regulatória”. (*Ibid.*, p. 6–7.)

<sup>141</sup> SÁNCHEZ. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo, p. 28. Apesar disso, Feijoo Sanchez admite a exclusão de responsabilidade, mesmo se o crime for facilitado por uma falha de organização da empresa, desde que haja um sistema efetivo de conformidade (“a isenção de responsabilidade de pessoas jurídicas não deve ser limitada àqueles casos em que o menor defeito organizacional ou de controle, supervisão e vigilância não é observado, mas deve ser estendido àqueles casos nos quais o defeito organizacional ou de controle encontrado não está vinculado a defeitos estruturais em conformidade com a legalidade ou em relação a uma cultura corporativa de conformidade” - *Ibid.*, p. 4–5.), hipótese mais polêmica, uma vez que, em geral, associa-se a responsabilização da pessoa jurídica a uma ausência de medidas concretas para evitar delitos como aquele cometido (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 144–145.).

<sup>142</sup> Identificação de riscos; estabelecimento de protocolos ou procedimentos que concretizem o processo de formação de vontade da pessoa jurídica, tomada de decisões e execução delas (busca-se evitar a “irresponsabilidade penal organizada”); gestão de recursos financeiros adequada; obrigação de informar riscos e violações ao responsável (aqui se inserem os canais de denúncia ou *whistleblowers*, que devem ter requisitos específicos para serem eficazes – vide PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 7–10.); sistema disciplinar com sanções por violações; revisão periódica do modelo; *compliance officer* com independência e autonomia (a jurisprudência italiana já afastou isenção em casos em que o órgão de vigilância carecia de autonomia e independência suficientes - GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 150–151.). Além disso, no caso de crimes de dirigentes, deve ter havido ilusão fraudulenta dos modelos de organização e prevenção (talvez a principal razão pela qual meras diretrizes de conduta interna são insuficientes se não tiverem controles complementares, pois a simples infração a um código ético interno não configura uma atividade fraudulenta - *Ibid.*, p. 151). Por fim, exige-se que o próprio *compliance officer* não tenha incorrido em omissão de supervisão, vigilância ou controle, pois este órgão deve ter tanta independência, autonomia e poder quanto um administrador, de modo que sua atuação falha leva a um defeito organizacional no mais alto nível da pessoa jurídica e, dessa forma, resulta na responsabilização do ente coletivo. (*Ibid.*, p. 152.)

<sup>143</sup> Por exemplo, a ISO 19601 (*compliance programs*) e a ISO 37001 (medidas anticorrupção), sustentando que uma empresa que descumpra os parâmetros da ISO dificilmente poderá se eximir de responsabilidade (GÓMEZ-ALLER. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 147–150; UGARTE. *Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*, p. 19–20.). Em sentido similar, Silva Sánchez entende que devem ser adotadas as diretrizes dadas pelas normativas específicas de cada ramo de atividade ou, se não houver, devem ser considerados os costumes daquele setor, de forma próxima ao que se faz no Direito Penal tradicional ao se avaliar a imprudência objetiva. (SÁNCHEZ. La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 685–686.)

da ocasião.<sup>144</sup> Além de uma idoneidade genérica do programa para evitar delitos, deve-se avaliar se a conduta criminosa estava controlada ou se, pelo contrário, o risco penal não fora considerado ou, mesmo que considerado, o crime foi cometido por carência de pessoal ou de meios (casos em que, em princípio, devem ser tidos como ineficazes).<sup>145</sup> Na prática judicial, o TS ainda não avaliou de forma aprofundada concretos modelos de organização e gestão, uma vez que nos casos apreciados as empresas careciam de qualquer sistema de controle implementado e os crimes foram cometidos basicamente por seus únicos administradores.<sup>146</sup>

#### 4. Compliance e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pessoas coletivas) em Portugal

##### 4.1. A responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal português e o defeito de organização

Em Portugal, a responsabilidade penal das pessoas coletivas ganhou previsão expressa no CP com a Lei n. 59/2007, embora já houvessem leis esparsas.<sup>147</sup> Assim, antes mesmo da reforma do CP, já havia discussão sobre o tema<sup>148</sup> e hoje há certo consenso quanto à legitimidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.<sup>149</sup>

Quanto ao modelo de imputação, a doutrina reconhece de forma majoritária um modelo de heterorresponsabilidade pela dependência do fato individual da pessoa física.<sup>150</sup> Parece-nos correta, porém, a posição que vê um modelo misto, pois depende

<sup>144</sup> Embora se reconheça que, na prática, há uma tendência de que o delito seja considerado, de forma incorreta, como indício da ineficácia do modelo de organização. (SÁNCHEZ. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 687–688; PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21.)

<sup>145</sup> PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21.

<sup>146</sup> Em razão disso, “não é dado imaginar outra hipótese que não seja a responsabilidade penal compartilhada do ente coletivo” e inclusive “seria um contrassenso que aqueles que controlam a pessoa jurídica e a utilizam para canalizar sua atividade delitativa implantassem medidas para prevenir seus próprios propósitos e planos”. (STS 583/2017, de 19 de julho)

<sup>147</sup> A exemplo do DL 28/84, de 20 de janeiro. (MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas, *Revista Julgar*, v. 5, 2008, p. 122–123.)

<sup>148</sup> O TC assentou, por exemplo, que não haveria na responsabilidade penal da pessoa jurídica violação ao princípio do *non bis in idem* (art. 29º, 5º, da Constituição), pois não se trata de um duplo julgamento da mesma pessoa pelo mesmo fato (mas, sim, de pessoas distintas, passíveis de sanções diferentes) (Acórdãos n. 212/95, n. 213/95 e n. 569/98, referidos por SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 279.)

<sup>149</sup> SALGUEIRO, Ana Cláudia. A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas. (In) constitucionalidade do artigo 11º, n. 2 e 3, do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 3, 2014, p. 355; VILELA. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”, p. 113.

<sup>150</sup> SILVA. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, p. 47–54; SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português: teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 389; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 210–211.

de um fato individual de conexão (cometido em nome e no interesse coletivo), mas também da demonstração da culpa da pessoa coletiva por este mesmo fato.<sup>151</sup>

No que se refere aos requisitos de imputação, segue-se, de forma muito similar, o padrão das legislações estrangeiras analisadas, com duas hipóteses: a primeira relativa a fatos praticados, em nome e no interesse coletivo, por pessoas em posição de liderança na empresa (art. 11º, 2, “a”, do CP) e a segunda concernente a fatos praticados por subordinados aos líderes da empresa, em razão da violação dos deveres de vigilância ou controle destes (art. 11º, 2, “b”, do CP).<sup>152</sup>

Na primeira hipótese de imputação, há lição clássica que exige apenas pressupostos formais (ato praticado por pessoa em posição de liderança) e pressupostos materiais (atuação em nome e no interesse da pessoa jurídica).<sup>153-154</sup> Haveria um regime próximo da teoria dos órgãos, embora com uma definição mais ampla de pessoas em posição de liderança, o que é vantajoso em termos de política criminal.<sup>155-156</sup> Porém, essa posição aproxima-se de um modelo puro de heterorresponsabilidade, com responsabilização “automática” da empresa por atos de seus dirigentes, o que parece inconstitucional, pois o direito penal impede que alguém responda por fato e culpa de outra pessoa (princípios da pessoalidade e da culpabilidade). Assim, além dos requisitos formais e materiais, impõe-se que a conduta delitativa dos dirigentes

<sup>151</sup> OLIVEIRA, Arthur Machado. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 35. Em sentido similar: BRANDÃO, Nuno; JESUS, Solange. Responsabilidade penal de las personas jurídicas: el caso portugués, *Eguzkilore*, v. 28, p. 125–144, 2014, p. 129. Por sua vez, há quem entenda que, ao menos na alínea “b” do número 2 do art. 11º, adotou-se uma culpa por defeito de organização, próxima do modelo de Tiedemann. (MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 200–201)

<sup>152</sup> Essa previsão respeita “escrupulosamente a letra e o sentido do direito da União Europeia e do Conselho da Europa, que foi pela primeira vez claramente expresso no Relatório Explicativo do Segundo Protocolo à Convenção sobre a protecção dos interesses financeiros da CE, tendo o Relatório sido aprovado pelo Conselho a 12.3.1999 e publicado no jornal oficial a 31.3.1999” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas.). Na jurisprudência: “A responsabilidade criminal da pessoa colectiva exige o nexo de imputação do facto a um agente da pessoa colectiva, que será aquele que nela exerça liderança ou um seu subordinado nas condições prescritas no art. 11º, nº 2 - a) e b) do Código Penal”. (Acórdão do TRE de 26/06/2012, Processo 60/09.9TAVVC.E1, Rel. Ana Barata Brito)

<sup>153</sup> SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 387; SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 208. Ou seja, é o fato praticado pelas pessoas dispostas no número 2 do art. 11º que é imputado à pessoa jurídica, o que se dá em razão da qualidade funcional daquele que praticou o fato, desde que preenchidos os demais pressupostos legais. Também: BRANDÃO; JESUS. Responsabilidade penal de las personas jurídicas: el caso portugués, p. 129–132.

<sup>154</sup> A responsabilidade do ente coletivo depende do crime da pessoa física, porém, não da responsabilidade desta. (art. 11º, 7., CP) (SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 387–388; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 209–210.)

<sup>155</sup> TORRÃO, Fernando. Crimes ambientais e responsabilidade penal das pessoas colectivas: o caso português, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, v. 1 e 2, 2010, p. 53. Também elogia a amplitude dos agentes que podem gerar a responsabilização da pessoa jurídica: MEIRELES. A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro, p. 129–131

<sup>156</sup> Trata-se da posição majoritária na jurisprudência, conforme acórdãos do TRL de 08/05/2013, proc. 11110/05.8TDL5B.L2-3; do TRL de 11/12/2018, proc. 364/16.4T9SNT.L1-3; do TRP de 07/03/2012, proc. 106/09.0IDBRG.P1; do TRP de 17/12/2014, proc. 3189/12.2IDPRT.P1.

decorra também de um defeito de organização.<sup>157</sup> Exclui-se um puro modelo de heterorresponsabilidade, pois, uma vez imputado o fato típico a um dos líderes, os demais elementos constitutivos do crime devem ser também autonomamente verificados em relação ao ente coletivo.<sup>158-159</sup>

Quanto à segunda hipótese de imputação (delitos praticados por subordinados, com violação de deveres de controle e vigilância pelos líderes), reconhece-se uma aproximação maior com a culpa pelo defeito de organização, embora a legislação atribua, ao menos de forma expressa, o dever de controle e supervisão aos agentes em posição de liderança, e não à pessoa jurídica, de modo que a omissão nos deveres que a eles competem revelaria uma má estrutura da empresa.<sup>160-161</sup>

Quintela de Brito, à luz dos princípios da tipicidade e da determinação do fato punível, propõe, em qualquer hipótese de imputação, fundar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em uma necessária conexão entre o fato praticado pela pessoa física e a culpabilidade da pessoa jurídica, que consistiria no “domínio da

<sup>157</sup> LASCURAÍN. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal, p. 101–102.

<sup>158</sup> BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1249–1251. Também rejeita um modelo puramente vicarial, por se tratar de responsabilidade penal desprovida de culpa: MAGALHÃES. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo, p. 211–212.

<sup>159</sup> Quanto a um modelo puro de autorresponsabilidade, é impedido pelo princípio da ofensividade da conduta. Isso porque não bastará determinar o órgão competente para o cumprimento dos deveres que impediriam a ocorrência do crime, pois daí decorreria a criminalização por mera violação de dever (e uma presunção de violação de dever em função da competência atribuída). (BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 1, 2010, p. 42–43; BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva, in: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra: Almedina, 2008, v. 2, p. 1426.)

<sup>160</sup> SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 399–400; SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 254–255. Em sentido similar: SOUSA, Idalécio Rodrigues de. *Critérios da responsabilidade penal das pessoas colectivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 31.

<sup>161</sup> Ou seja, embora a conduta dos dirigentes, de omissão nos deveres de vigilância e controle, não seja necessariamente típica, ela expressa a deficiência organizacional da empresa e, dessa forma, liga, de forma sistêmico-funcional, a ação típica e ilícita do funcionário à pessoa jurídica. “Trata-se, pois, de uma ‘culpa colectivamente típica’ que legitima a responsabilização colectiva, ainda que responsabilizados não sejam os seus líderes” (TORRÃO. Crimes ambientais e responsabilidade penal das pessoas colectivas: o caso português, p.53–55.). Em sentido similar: OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 76–80. Da jurisprudência: “I) Não se verificam os pressupostos para a atribuição de responsabilidade penal a pessoa colectiva numa situação como a dos autos em que se conclui dos factos provados que o crime em causa não foi cometido por pessoa que ocupe liderança na pessoa colectiva, pois que o arguido não é órgão nem representante da sociedade nem tem autoridade para exercer o controlo (fiscalização) da actividade da pessoa colectiva. II) É que o arguido era um mero trabalhador, que na altura da prática dos factos desempenhava funções de chefia na equipa que laborava no terreno e, por outro lado, embora tenha cometido o ilícito enquanto trabalhava em nome e no interesse da pessoa colectiva, não se provou (nem estava alegado) que a prática do crime só ocorreu em virtude de uma violação, por parte do líder, dos seus deveres de controlo e supervisão.” (TRG, acórdão de 09/10/2017, proc. 23/14.2GCVPA.G1)

organização para a execução do fato”<sup>162</sup> e, ainda, no “domínio da organização para a não comissão do crime”. Seria exigido, para imputação do fato individual (“fato de conexão”) à pessoa jurídica, que esta tenha determinado os “elementos essenciais do crime através de condições criminógenas de estruturação ou funcionamento e/ou de uma filosofia de actuação que contesta a vigência do Direito Penal”. Isto é, a pessoa jurídica “contribui” para a execução do fato individual ao configurar o setor de forma favorável ao fato e também, num segundo momento, ao se comportar de forma omissiva durante a execução do delito, em inobservância ao seu dever de garante (domínio da organização para a não comissão do crime).<sup>163-164</sup>

De qualquer forma, a construção no sentido de fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica no defeito de organização (ou na cultura de inconformidade ao Direito)<sup>165</sup> e a necessidade de que a empresa não responda por fatos alheios realizados no seu interior, mas, sim, por fato próprio (ou seja, com uma contribuição própria para o fato das pessoas físicas), leva-nos a uma aproximação com a imputação objetiva, isto é, com critérios normativos adicionais para que se possa atribuir à pessoa jurídica o fato praticado pela pessoa física.<sup>166</sup> Isto é, há a necessidade de verificação, em alguma medida, de que a ausência de organização correta/suficiente gerou ou incrementou um risco não permitido e que esse risco se realizou no resultado.<sup>167</sup> Logo, parece-nos

<sup>162</sup> Sobre o domínio da organização para a execução do fato, vide DIAS. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), p. 224–225; BRITO, Teresa Quintela de. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

<sup>163</sup> BRITO, Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal, p. 45–46 e 62–64. A pessoa jurídica exerce o seu domínio da organização para a execução do fato típico sempre que não adotar medidas de organização, gestão e controle adequadas a evitar o fato cometido (BRITO. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva, p. 1434–1435.). Também: OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 35–37.

<sup>164</sup> Sem prejuízo, esses elementos só estarão presentes se os entes coletivos tiverem disponibilidade efetiva de tomarem medidas para evitar a prática do delito, isto é, apenas se forem “capazes de cumprir o dever jurídico-penal, podem ser censuradas pela sua violação” (BRITO. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal, p. 51; BRITO. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos, p. 1243-1244). Aqui, a autora exclui a possibilidade de responsabilização de empresas “espantinho” ou sem um mínimo de capacidade de organização, no que se aproxima de uma regra de inimputabilidade das pessoas jurídicas. Sobre inimputabilidade das pessoas jurídicas, vide: SALGUEIRO, Ana Cláudia. Imputabilidade e “inimputabilidade” jurídico-penal da pessoa coletiva. *Revista do Ministério Público*, v.153, 2018; Díez. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 32–36.

<sup>165</sup> Díez. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 51.

<sup>166</sup> “Quanto à pessoa jurídica não faz sentido discutir um problema de causalidade/causação do facto punível, mas – e em primeiro lugar – de imputação objectiva de uma realização típica”, sendo um “facto normativamente típico, tanto no plano objectivo quanto subjectivo.” (BRITO. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, p. 1808.

<sup>167</sup> Para Quintela de Brito, o crime é cometido “no interesse colectivo” (art. 11º, n. 2, do CP) se reflete o modo de organização e funcionamento da pessoa jurídica e/ou da sua política empresarial, ou seja, se o crime foi cometido num contexto em que a organização, operação e cultura da empresa facilita ou não impede tal prática. (BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do Crime*, v.0, 2014, p. 76-79.)

que, à semelhança de posicionamentos já expostos no direito comparado,<sup>168</sup> deve-se aferir se a não adoção de medidas de vigilância, supervisão e controle, exigidas da pessoa jurídica, de alguma forma contribui concretamente para o crime praticado pela pessoa física.<sup>169</sup>

Tal constatação, reforçada pela previsão do número 6 do art. 11º do CP (analisado mais adiante),<sup>170</sup> é de suma importância para a análise da aplicabilidade e da função do *compliance* na responsabilidade da pessoa jurídica.

#### 4.2. Aplicabilidade e função do *compliance* no modelo português

Ao contrário das legislações italiana, chilena e espanhola, o CP português não traz de forma expressa a possibilidade de isenção de responsabilidade em razão da adoção de programas de conformidade empresarial,<sup>171</sup> porém, o art. 11º, 6, do CP<sup>172</sup> seria a “porta de entrada” para a influência de programas de *compliance* na responsabilidade criminal dos entes coletivos.<sup>173</sup> O dispositivo legal reflete que as ordens ou instruções expressas seriam espécies de medidas preventivas de organização, gestão e controle, razão pela qual assume que a ausência delas leva a que pessoas em posição de liderança, ao praticarem o fato delituoso no exercício de suas funções e no interesse coletivo, tenham manifestado a própria vontade coletiva, permitindo a responsabilização do ente coletivo.<sup>174</sup> Por outro lado, se o agente atuar contrariando ordens ou instruções expressas, sua atuação seria contrária à vontade coletiva, impedindo a imputação

<sup>168</sup> Insere expressamente o defeito de organização na imputação objetiva: AROCENA, Gustavo A. Acerca del denominado “criminal compliance”, *Revista Crítica Penal y Poder*, v.13, 2017, p.139. Embora adote um modelo de autorresponsabilidade, também: DíEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 7-10.

<sup>169</sup> Sobre o tema da imputação objetiva e suas correntes, vide BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral - Vol. 1*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 312-321; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de, *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 502-517.

<sup>170</sup> Embora tratando de um sistema puro de autorresponsabilidade, Díez reconhece que o ideal seria uma regulação específica na legislação sobre esses requisitos, mas que a ausência da previsão não impede que as disposições sejam interpretadas de acordo com os princípios do direito penal e a realidade social das empresas, em especial se considerado que a legislação não positiva grande parte dessas questões em relação à responsabilidade individual. (DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 1.)

<sup>171</sup> Tal ausência de previsão expressa, para alguns, um dos principais motivos para a pequena adoção de tais programas na realidade portuguesa, de modo que alteração legislativa nesse sentido seria recomendável. (JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. A elaboração de programas de compliance, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. ed, Coimbra: Almedina, 2018, p. 133-135.)

<sup>172</sup> “CP, art. 11, 6. A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.”

<sup>173</sup> MENDES, Paulo de Sousa, *Law Enforcement & Compliance*, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 14. Outra porta de entrada seria o art. 11, n. 2, “b”, do CP, que exige inobservância de deveres de vigilância para responsabilização por crimes praticados por subordinados (BRITO, Teresa Quintela de. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, in: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 86-90.) e que, como visto, ajuda a definir o próprio modelo de imputação adotado.

<sup>174</sup> SOUSA. *Crítérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*, p. 34-36.

à pessoa jurídica.<sup>175</sup> Haveria um reforço da autonomia da responsabilização penal das empresas, em especial quando da imputação do fato, pois as ordens expressas demonstram a “ausência de uma filosofia empresarial criminoso”.<sup>176</sup>

A causa isentiva em questão é diversa da existência de programas de *compliance*, de modo que pode haver a isenção da responsabilidade mesmo na ausência desses programas.<sup>177</sup> Porém, como as ordens ou instruções devem ter clareza, efetividade e eficácia, que estão condicionadas pelo concreto modo de organização, funcionamento e atuação do ente coletivo,<sup>178</sup> o dispositivo conecta-se com a relevância do *compliance* na exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.<sup>179</sup>

De qualquer forma, a influência de programas de *compliance* é determinada também pelo modelo de imputação adotado, que, no caso português, como visto, é um modelo misto, isto é, cujo objeto de imputação é um fato cometido pela pessoa física, mas que depende de uma contribuição concreta da pessoa jurídica, correspondente à falha na organização que determina ou facilita a comissão do crime individual. Daí que a implementação de programas de *compliance* eficientes pode fazer desaparecer essa contribuição da desorganização empresarial ao fato individual, excluindo a tipicidade objetiva.<sup>180</sup> De outro lado, a não implementação ou implementação incorreta pode fazer supor um favorecimento no crime cometido pela pessoa natural, um risco não tolerado a ser realizado no ato criminoso do indivíduo.<sup>181-182</sup>

<sup>175</sup> OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 65; SILVA. *Direito penal português: teoria do crime*, p. 409; SILVA. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 276.

<sup>176</sup> SILVA. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, p. 58–59.

<sup>177</sup> OLIVEIRA. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*, p. 66.

<sup>178</sup> Da jurisprudência, embora relativa a contraordenações, extrai-se: “para que as pessoas colectivas beneficiem da exclusão da responsabilidade criminal ou contraordenacional, [...] não basta a prova de que transmitiram aos seus empregados instruções no sentido de procederem com o máximo cuidado quanto ao estado dos produtos, já que o que há que provar é que os mesmos actuaram contra ordens ou instruções expressas, directas, concretas, determinadas por ela” (acórdão do TRP de 10.01.2001, proc. 0040383, referido em: BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 86–90.). Em sentido similar, já se afastou a exclusão da responsabilidade: por se tratar de ordens genéricas (acórdão do TRE de 08/06/2004, proc. 1114/04-3), pela aparente inexistência de instruções (acórdão do TRP de 16/01/2013, proc. 5454/11.7TBMAI.P).

<sup>179</sup> BRITO. *Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes*, p. 82–83. Também vê no referido dispositivo a abertura para a influência dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas jurídicas: SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 18.

<sup>180</sup> Quintela de Brito entende que o modelo português é de responsabilidade por fato próprio do ente, o que abre as portas para a “relevância dos mecanismos de criminal *compliance* nos planos, desde logo, do ilícito típico colectivo, mas também, porventura, da culpa da pessoa jurídica”. (BRITO, *Compliance. Cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 71–73.)

<sup>181</sup> AROCENA. *Acerca del denominado “criminal compliance”*, p. 139.

<sup>182</sup> Entretanto, só caso a caso é possível verificar se a infração pode ser imputada à pessoa jurídica em razão de um defeito organizacional, o qual incrementa um risco proibido, diante do poder-dever exigido das pessoas coletivas de se organizarem de forma a evitarem crimes cometidos em seu interior, em especial aqueles que lhe podem ser atribuídos em razão de previsão legal. Em sentido semelhante: SOUSA. *Crítérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*, p. 49–51. O autor, embora qualifique como proposta de *lege ferenda*, entende que o defeito organizacional interno incrementa um risco proibido e autoriza a imputação de um ato típico e

Quintela de Brito entende que o *compliance* pode ser tanto uma causa de afastamento do ilícito típico coletivo quanto uma excludente da culpabilidade: pode acontecer de, apesar da “eficaz implementação de um programa de *compliance*”, verificar-se um fato revelador de sua insuficiência ou desatualização, de modo que haveria atribuição de fato à pessoa jurídica, pois refletiu o “específico modo de organização, funcionamento e actuação do ente”; entretanto, no entender da autora, a culpabilidade da empresa consistiria em uma “posição desvaliosa do ente perante as exigências do dever-ser jurídico-penal em concreto relevantes”, de modo que não poderia ser censurada pelo “ilícito-típico coletivo” se, no caso concreto, constatar-se que, apesar da deficiência na organização, tratou-se de um “acidente de percurso”.<sup>183</sup>

Apesar da sofisticação do raciocínio, temos dificuldade em vislumbrar tal possibilidade de exclusão da culpabilidade, mesmo diante de um fato criminoso cometido em nome e no interesse da pessoa jurídica e facilitado por um defeito de organização desta, pois: não se assemelha, numa primeira análise, a nenhuma causa tradicional de exclusão da culpabilidade; reforçaria o receio de que o *compliance* serviria de subterfúgio para a isenção de responsabilidade das empresas,<sup>184</sup> já que a excluiria mesmo em caso de eficácia parcial do programa (o que também é uma ineficácia parcial); não há consideração semelhante na prática de nenhum dos países com maior vivência nesse tema, nos quais, quando muito, a eficácia parcial do *compliance* é uma atenuante da pena (e a revisão e a atualização dos programas são requisitos mínimos de sua adequação). Mesmo que, no caso concreto, se verifique que não seria exigível a tomada de outra medida eficaz para prevenir ou dificultar o delito (aproximando-se da tradicional excludente da inexigibilidade de conduta diversa),<sup>185</sup>

---

ilícito, bem como a respectiva culpa, ao ente coletivo, o que estaria excluído se demonstrado que foram seguidas as regras adequadas para evitar aquele ilícito.

<sup>183</sup> BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 85–86. Em sentido semelhante, Díez sustenta que a culpabilidade empresarial seria associada a uma determinada cultura corporativa – de incumprimento ou infidelidade ao Direito (DÍEZ. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*, p. 51.). Também: VILELA. *A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”*, p. 110–112.

<sup>184</sup> Em especial das mais poderosas, que poderiam convencer mais facilmente sobre uma “cultura de fidelidade ao Direito”.

<sup>185</sup> Nesse sentido (relativamente a contraordenação): “a pessoa colectiva, sob pena de o seu comportamento poder ser censurado, é obrigada, através dos seus órgãos ou representantes, a organizar as suas actividades económicas (e outras) de modo adequado a, segundo critérios de normalidade, prevenir violações das normas legais, mas não lhe é exigível que monte uma organização que impeça ou neutralize toda e qualquer possibilidade de os seus agentes ou funcionários, actuando ao arrepio de instruções expressas, violarem normas legais, nomeadamente do direito penal económico já que nesses casos, porque nenhuma culpa lhe pode ser assacada, a sua responsabilidade é excluída [...]. Ora, os factos provados [...] demonstram que a arguida sociedade teve um comportamento cauteloso adequado a, segundo critérios de normalidade, prevenir a ocorrência dos factos, pois para além de, genericamente, ter instruído os gerentes das suas unidades hoteleiras para terem o máximo rigor e exigência relativamente ao funcionamento do sector de cozinha, tendo estabelecido uma cadeia hierárquica que implementou, sendo certo que se houve falhas no controle, elas talvez pudessem ser imputadas a um dos elos dessa cadeia por não se certificar que o responsável máximo da cozinha cumpria o determinado. [...] Traduzindo-se a culpa, sempre, num juízo de censura concreto, por alguém ter tido determinado comportamento, quando podia e devia ter agido de modo diverso (CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. I, p. 316), perante aquele conjunto de factos, que o tribunal considerou provados, não se vê que outras medidas concretas podiam razoavelmente ser exigidas à sociedade arguida (que não contendessem com critérios de racionalidade de gestão económica) para evitar o resultado, pois que numa empresa, o normal é as pessoas cumprirem, devendo naturalmente,



parece-nos que a situação revelaria uma atuação dentro de um risco permitido (com exclusão da tipicidade objetiva).

Como já visto, definir a natureza jurídica do *compliance* nesse contexto auxilia na identificação do ônus da prova, pois ao MP caberia provar, inicialmente, a tipicidade da conduta, mas não a ausência de toda excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Daí a preocupação de alguns autores de que, se for uma causa de exclusão da tipicidade, à acusação caberá demonstrar não só a ocorrência do delito, mas também a ineficácia do programa de conformidade, o que seria impossível.<sup>186</sup> Todavia, como citado, há diversos elementos que a investigação acaba por colher em relação à empresa que indicam, por si só, o defeito de organização e, como consequência, a ineficácia de eventual programa de conformidade, de modo que não se trata de prova impossível. Sem prejuízo, o ordenamento jurídico português não estabelece a ineficácia de programas de *compliance* como critério de imputação, de modo que tal preocupação é ainda menos válida nesse regime. Assim, caberá, em princípio, ao investigado ou arguido alegar e demonstrar a efetiva implementação de um programa de *compliance* e sua eficácia na prevenção de delitos como aquele praticado por seus membros,<sup>187</sup> desde que a acusação tenha demonstrado de forma suficiente uma contribuição da pessoa jurídica, por meio de um defeito organizacional, para o fato criminoso.<sup>188-189</sup>

---

serem previstos mecanismo mínimos de controle que se mostravam implementados.” (Acórdão do TRG de 27/10/2008, processo n. 1339/08-1).

<sup>186</sup> BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 36–37.

<sup>187</sup> MENDES. Law Enforcement & Compliance, p. 14.

<sup>188</sup> Parece correto o raciocínio da FGE espanhola de que, demonstradas evidências suficientes do defeito de organização, caberia à pessoa jurídica uma explicação exculpatória que eliminaria o efeito incriminatório daquelas evidências, “à semelhança da doutrina jurisprudencial sobre provas circunstanciais, segundo a qual não há inversão do ônus da prova ou violação à presunção de inocência em exigir do arguido que facilite para lograr sua exculpação aqueles dados que é capaz de fornecer de forma única e insubstituível (TEDH. *Murray v. Reino Unido*, de 8 de fevereiro de 1996, *Geerings v. Holanda*, de 1 de março de 2007, *Grayson e Barnahm v. Reino Unido*, de 23 de setembro de 2008; *STC n. 137/98*, de 7 de julho, e *202/2000*, de 24 de julho, e *STS n. 1504/2003*, de 25 de fevereiro, *578/2012*, de 26 de junho, e *487/2014*, de 9 de junho)” e “não há dúvida de que é a própria empresa que possui os recursos e a possibilidade de comprovar que, apesar da prática do crime, seu programa foi eficaz e atendeu aos padrões legalmente exigidos, pois está nas melhores condições para fornecer dados únicos e insubstituíveis que pertencem à sua organização”. (Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p. 55–57.)

<sup>189</sup> Em sentido similar, Quintela de Brito entende que o defeito de organização é ônus da acusação, pois ela trata-o como parte do requisito de atuação “no interesse coletivo”. Além disso, entende que o art. 11º, n. 6, do CP “não deve ser interpretado como uma presunção de culpa” da pessoa jurídica diante da prática de crimes por pessoas em posição de liderança (presunção que o próprio ente coletivo teria de afastar, mediante prova de ordens ou instruções expressas em sentido contrário), mas, sim, que tal dispositivo densifica o conceito de atuação no interesse coletivo, vinculando-o com o poder-dever da pessoa jurídica de se organizar e vigiar a fim de evitar a prática de fatos criminosos que lhe possam ser atribuídos (BRITO. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal, p. 55–58.). Nesse sentido, a autora critica o entendimento jurisprudencial exposto no Acórdão do TRP de 6.6.2012, Proc. N. 4679/11.OTBMAI.P1, no qual se reconheceu a prática de um ilícito-típico contraordenacional coletivo (“os factos dados como provados apontam no sentido da responsabilização da recorrente, uma vez que o ato ilícito [desembarque de passageiros efetuado fora do posto de fronteira qualificado para o efeito] foi praticado pelo trabalhador E, mas por indicação da supervisora D – ou seja, por indicação de quem tem autoridade para exercer o controlo da sua atividade [n.º 4 do cit. artigo 11.º]”), mas se excluiu a responsabilidade do ente coletivo em razão da atuação “contra ordens ou instruções expressas de quem de direito” (“está demonstrado que a arguida ‘explanou as instruções dadas aos funcionários responsáveis pelo embarque e desembarque de passageiros no Manual de Passageiros para o Aeroporto do Porto’ [...], cujos procedimentos, se seguidos pelos trabalhadores em causa, permitiriam inviabilizar a

Quanto à avaliação em si dos programas de *compliance*, não há impacto automático da sua existência na responsabilidade das pessoas jurídicas, nem mesmo na atenuação da pena, devendo ser avaliado se são efetivos no caso concreto,<sup>190</sup> pois a simples existência do programa não afasta os defeitos de organização que influenciaram no crime individual (o programa pode se revelar insuficiente ou desatualizado, com a subsistência de um defeito organizativo determinante para a prática do fato singular).<sup>191</sup>

De fato, como visto, nos ordenamentos jurídicos que o preveem expressamente, são exigidos diversos requisitos mínimos de um modelo de organização que se pretenda efetivo e adequado, os quais podem servir de referência para o caso português. Além disso, na avaliação dessa eficácia devem ser adotadas as lições da experiência estrangeira, notadamente: análise do modelo em uma perspectiva anterior à prática do crime (prognose póstuma), verificar se eventual ineficácia tem conexão com a facilitação do delito específico e analisar a possibilidade de que uma medida diversa pudesse evitar ou dificultar o delito.

Nesse contexto, não prospera a crítica de que a própria ocorrência do fato delitivo na atividade empresarial seria o reconhecimento ou da irrelevância ou da ineficácia do programa de *compliance*.<sup>192</sup> Tal raciocínio anularia o maior incentivo para a adoção de programas de *compliance* pelas empresas (cujos benefícios são reconhecidos),<sup>193</sup> que parece ignorar que não há como se reduzir o risco de criminalidade a zero, em qualquer espécie de modelo de organização,<sup>194</sup> e não está de acordo com a avaliação por prognose póstuma.<sup>195</sup> O simples fato de ter ocorrido um crime não conduz a uma responsabilização automática da empresa, porém, a depender das circunstâncias, pode servir de indicativo importante acerca da existência de um defeito de organização (extensão, frequência e duração dos crimes, participação da cúpula etc.).

Outra crítica reside em que o *compliance* converteria a empresa em “juíza de si mesma”, a quem caberia decidir quando comunicar às autoridades um crime, e tanto os oficiais de *compliance* quanto eventuais *whistleblowers* seriam subordinados à

---

conduta que deu causa à contraordenação verificada”). (BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 90–92.)

<sup>190</sup> MENDES. *Law Enforcement & Compliance*, p. 12–14.

<sup>191</sup> BRITO. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes, p. 81; BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 85–86. Apenas exclui a responsabilidade um modelo de organização, gestão e controle eficaz para prevenir a prática do ilícito e o dever de tal organização se justifica para evitar que a empresa torne-se um fator criminógeno. (BRITO. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva*, p. 1436–1438.)

<sup>192</sup> BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 27.

<sup>193</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 49–50.

<sup>194</sup> BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 62.

<sup>195</sup> SÁNCHEZ. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática, p. 687–688; PÉREZ. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, p. 20–21.

empresa.<sup>196</sup> Entretanto, a não comunicação de um crime às autoridades seria justamente um elemento a evidenciar falha na organização, de modo que o *compliance*, neste caso, não teria qualquer efeito atenuador.<sup>197</sup> Quanto aos *compliance officers*, um dos principais receios quanto aos programas de conformidade é justamente o de repassar toda a responsabilização a eles (que seriam uma espécie de bode expiatório),<sup>198</sup> de modo que o risco de sua responsabilização em caso de não cumprimento de deveres indica que a eventual subordinação não gerará, ao menos em linha de princípio, uma tendência a que venham atuar em desconformidade. Ainda, como visto, um dos requisitos essenciais de um modelo de organização adequado é a autonomia do oficial de *compliance* e o estabelecimento de um canal de denúncias com garantias ao denunciante (o que, a princípio, compensa também a crítica aos *whistleblowers*).

Por sua vez, quanto ao citado risco de descarga de toda a responsabilidade nos *compliance officers* (a quem seria atribuída eventual ineficácia dos programas de *compliance*), deve-se contrapor que uma das principais medidas dos programas de cumprimento é justamente definir competências e protocolos de formação da vontade da pessoa jurídica, tomada de decisões e respectiva execução, além dos próprios códigos de ética, de modo que um programa bem aplicado auxiliará muito na definição de responsabilidades e deveres de cuidado de cada um dos atores.<sup>199</sup>

Quanto à crítica de que admitir o *compliance* como fator de isenção de responsabilidade seria tratar as pessoas jurídicas de forma desigual em relação às físicas,<sup>200</sup> parece-nos que o raciocínio mais adequado é justamente o contrário: o *compliance* efetivo como medida de isenção é uma consequência do reconhecimento de que as pessoas jurídicas só podem responder criminalmente se contribuírem de forma própria para fatos criminosos (no caso, por meio de defeitos de organização que facilitem a prática do crime), de modo que, bem analisadas as coisas, trata-se de medida que vem ao encontro do princípio da igualdade (no sentido de não punir pessoas jurídicas por fatos exclusivos de terceiros, regra básica do direito penal individual).

<sup>196</sup> BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 24–25.

<sup>197</sup> Pelo contrário, poderia até mesmo gerar agravamento da pena, conforme MENDES. Law Enforcement & Compliance, p. 16–17.

<sup>198</sup> BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 39–44; MENDES. Law Enforcement & Compliance, p. 16–17.

<sup>199</sup> MARTÍN. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa, p. 10–11; TIEDEMANN. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico, p. 38; SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance, *Revista Síntese*, v. 70, 2011, p. 210. Sobre imputação de fatos ilícitos a indivíduos dentro de estruturas empresariais, vide: SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2009.; ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 112, 2015.; GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Responsabilidade individual nos crimes de empresa, in: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.

<sup>200</sup> BUSATO. O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 45–49.

Assim, a isenção de responsabilidade por um programa de *compliance* efetivo deve ser admitida no direito português, seja em razão do art. 11º, n. 6, do CP, que acolhe uma isenção similar, mas muito menos exigente,<sup>201</sup> seja pelo modelo de imputação misto adotado, que exige uma contribuição da pessoa coletiva para o fato individual por um defeito de organização (o que seria afastado por um *compliance* efetivo), seja porque, como visto, as principais críticas a isso não merecem prosperar, pelo contrário, a criminologia, os estudos empíricos específicos e a experiência estrangeira parecem recomendar a prática.

Por fim, sem prejuízo de atuar como possível causa de exclusão de responsabilidade, há consenso, até mesmo entre os mais críticos, de que o *compliance* pode atuar como atenuante de pena,<sup>202</sup> pois, ainda que parcialmente eficaz, pode denotar o esforço da empresa no sentido de evitar a prática de delitos, a indicar uma menor censurabilidade da conduta. Tal possibilidade é extraída do art. 71º, n. 2, “e”, do CP, que avalia, na aplicação da pena, a conduta do agente, inclusive posterior ao fato,<sup>203</sup> ou mesmo das causas de atenuação especial contidas no art. 72º, n. 2, “b”, “c” e “d”.<sup>204</sup> De qualquer forma, deverão ser adotadas as mesmas cautelas quanto a eventuais programas “cosméticos”, criados apenas para se obter uma sanção abrandada.<sup>205</sup>

## 5. Conclusão

A análise de modelos de imputação de responsabilidade penal das pessoas coletivas suscita sempre o debate acerca do mais adequado do ponto de vista dos princípios constitucionais do direito penal. Nesse contexto, um modelo misto, que associe um fato da pessoa física a uma necessária contribuição da pessoa jurídica (por meio de um defeito de organização) revela-se o mais adequado e, na linha da doutrina mais moderna, deve ser o adotado em Portugal, pela interpretação de seus dispositivos legais à luz da CRP.

A partir dessa premissa, constata-se que a adoção de programas de *compliance* pode ter influência na responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal, inclusive para isentá-los de responsabilidade, na medida em que afastaria o defeito de organização. Isso é reforçado pelo art. 11º, n. 6, do CP, que permite a isenção de responsabilidade com medidas menos exigentes do que aquelas integrantes de um modelo de *compliance* adequado.

Daí decorre também que essa causa de isenção de responsabilidade afasta a tipicidade objetiva, na medida em que, ao excluir o defeito de organização, situa

<sup>201</sup> Não há um rol amplo de requisitos mínimos e não se exige conduta fraudulenta para iludir as ordens expressas, o que talvez vulnere um pouco o caráter de prevenção que fundamenta a influência dos programas de *compliance* na responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

<sup>202</sup> SARAIVA. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*, p. 50; BUSATO, O que não se diz sobre o criminal compliance, p. 32–35.

<sup>203</sup> VILELA. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”, p. 110–112; MENDES. *Law Enforcement & Compliance*, p. 14.

<sup>204</sup> BRITO. *Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica*, p. 93–95.

<sup>205</sup> SILVA. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*, p. 186.

a empresa dentro dos limites de um risco permitido. Porém, não caberá à acusação comprovar, em todo e qualquer caso, a ausência de um programa de *compliance* efetivo: demonstrado um defeito de organização, haverá elementos suficientes para a imputação, cabendo à empresa, que tem maiores condições de fazê-lo, demonstrar eventual programa de conformidade efetivo, embora na prática as evidências de um aspecto serão decisivas para a convicção acerca do outro.

Por fim, deve-se ressaltar, à luz da experiência do direito comparado, que a avaliação da adequação e da eficácia de um programa de *compliance*: deve ser feita por uma perspectiva *ex ante* em relação ao crime, na denominada prognose póstuma; deve avaliar se eventual ineficácia tem conexão com a facilitação do delito específico praticado pela pessoa física vinculada à empresa e deve analisar a possibilidade de que uma medida diversa pudesse evitar ou dificultar o delito.

Assim, à luz dos próprios aspectos que justificam a responsabilização penal de empresas e também dos estudos empíricos e criminológicos sobre criminalidade empresarial e *compliance*, enfatiza-se o caráter preventivo dessa responsabilização, com o estímulo à evitação de ilícitos na atividade econômica, sem haver uma excessiva flexibilização de princípios constitucionais caros ao direito penal.

### Referências bibliográficas

ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/paulo-pinto-de-albuquerque-a-responsabilidade-criminal-das-pessoas-colectivas-ou-equiparadas/>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A responsabilização do compliance officer e a Lei Anticorrupção. *Revista Síntese*, v. 148, 2018.

ANDORFATO, João J. Anhê. Um contributo aos estudos sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Modernas Técnicas de Investigação e Justiça Penal Colaborativa*. 1ª. São Paulo: LiberArs, 2015.

ARÁN, Mercedes García. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, p. 45–56, 1998.

AROCENA, Gustavo A. Acerca del denominado “criminal compliance”. *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 13, 2017.

BASUALTO, Héctor Hernández. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*, v. 5, n. 9, 2010.

BRANDÃO, Nuno; JESUS, Solange. Responsabilidade penal de las personas jurídicas: el caso portugués. *Eguzkilore*, v. 28, p. 125–144, 2014.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal dos Entes Colectivos: ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRITO, Teresa Quintela de. Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª. Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_. *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*. Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

\_\_\_\_\_. Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais*. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. 1ª. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. *Anatomia do Crime*, v. 0, 2014.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, v. 2.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade criminal de entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 1, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral* - Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

\_\_\_\_\_. O que não se diz sobre o criminal compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro. *Revista Liberdades – Ed. Especial – Reforma do Código Penal*, 2012.

CICONTE, Valeria. *L’idoneità del modello ex D.lgs. 231/2001*. Disponível em: <<https://www.diritto.it/l-idoneita-del-modello-ex-d-lgs-2312001/>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

COELHO, Cecilia Choeri da Silva. Responsabilidade individual nos crimes de empresa. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. La persona jurídica acusada en el proceso penal español. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CORTONI, Giulia. *La responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche: profili di compatibilità costituzionale e lineamenti di disciplina sostanziale*. Dissertação de Mestrado, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2013.

COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.

COSTA, Haide; RICHARTE, Fritos. *La pericial de "Compliance": Análisis de la profilaxis y prognosis de la responsabilidad criminal de la persona jurídica*. Disponível em: <<https://confilegal.com/20190125-la-pericial-de-compliance-analisis-de-la-profilaxis-y-prognosis-de-la-responsabilidad-criminal-de-la-persona-juridica/>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

CUSSAC, José L. González. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 132, 2017.

DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100, 2013.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Orgs.). *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018, v. 2.

FGE, Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*.

\_\_\_\_\_. *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.*

FRANCO, J. A. González; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

FRATINI, Paolo. *Colpa di organizzazione e "modelli 231": fra prevenzione e colpevolezza*. Dissertação de Mestrado, Università Degli Studi Firenze, Florença, 2017.

FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, v. 6, 2018.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Responsabilidade penal de las personas jurídicas. In: BARRANCO, Norberto J. de la Mata; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; et al (Orgs.). MARTÍN et al. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.

GUARAGNI, Fábio André; STEIDEL, Evelin. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Orgs.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2017.

JÚNIOR, Filipa Marques; MEDEIROS, João. A elaboração de programas de compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Coimbra: Almedina, 2018.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. Los programas de cumplimiento com programas de prudencia penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, n. 1 a 4, 2015.

MAGALHÃES, Tiago Coelho. Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 25, 2015.



MARTÍN, Adán Nieto. Introducción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. In: BARRANCO, Norberto J. de la Mata; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuráin; et al (Orgs.). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

\_\_\_\_\_. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*. Disponível em: <<https://almacendederecho.org/regreso-al-futuro-el-nuevo-31-bis-del-codigo-penal-desde-la-experiencia-italiana-el-caso-impregilo/>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, v. 5, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. *Revista Julgar*, v. 5, 2008. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-M%C3%A1rio-Pedro-Meireles-Resp-Penal-Pess-Coletivas.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

MENDES, Paulo de Sousa. Law Enforcement & Compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Coimbra: Almedina, 2018.

MONDACA, Iván Navas; LABARCA, Antonia Jaar. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. *Política Criminal*, v. 13, n. 26, 2018.

MOURA, Evânio. Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais. *Revista dos Tribunais*, v. 987, 2018.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, v. 1.

OLIVEIRA, Arthur Machado. *Violação dos deveres de vigilância e controlo: responsabilização penal da pessoa colectiva e do seu dirigente*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

PÉREZ, Elena Gutiérrez. Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015. *Revista General de Derecho Penal*, v. 24, 2015.

PWC, PricewaterhouseCoopers. A fraude vista à lupa. *Global Economic Crime and Fraud Survey 2018 - Perspetiva sobre Portugal*. 2018. Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/advisory/forensic-services/gecs/pwc-gecs2018.pdf#page=4>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Orgs.). *Criminalidade de empresa y compliance*. Prevención y Reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

REMESAL, Javier de Vicente. Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control. *Revista Penal*, v. 34, 2014.

RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, 2015.

ROCHA, Jorge Bheron. *A (in)transmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

ROXIN, Imme; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112, 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 988, 2018.

\_\_\_\_\_. *Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Orgs.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. Cumprimento normativo, criminologia e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: MARTÍN, Adán Nieto (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

\_\_\_\_\_; MARTINELLI, Sofia Bertolini. Gatekeepers e soluções de compliance. *Revista dos Tribunais*, v. 979, 2017.

SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Revista Síntese*, v. 70, 2011.

SALGUEIRO, Ana Cláudia. A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas. (In)constitucionalidade do artigo 11º, n. 2 e 3, do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 3, 2014.

\_\_\_\_\_. Imputabilidade e “inimputabilidade” jurídico-penal da pessoa coletiva. *Revista do Ministério Público*, v. 153, 2018.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Imputacion de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2009.

\_\_\_\_\_. Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo. *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 2, 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. La exigente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática. In: BACIGALUPO, Silvina; SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; BASALDUA, Juan Ignacio Echano (Orgs.). *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

\_\_\_\_\_. VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: Silva Sánchez, Jesús-María; Montaner Fernández, Raquel (Org.). *Criminalidade de empresa y compliance. Prevención y Reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

SARAIVA, Renata Machado. *Criminal compliance como instrumento de tutela ambiental a propósito da responsabilidade penal de empresas*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

SARCEDO, Leandro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português: teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SILVA, Sofia Serpa Andrade e. *Enquadramento penal das sanções aplicáveis às pessoas colectivas: a sua natureza e finalidades*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

SOLA, Javier Cigüela. El injusto estructural de la organización. *In Dret - Revista para el análisis del Derecho*, v. 1, 2016.

SOUSA, Idalécio Rodrigues de. *Critérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas: a problemática da (não) identificação do agente do crime*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 25, 2015.

SOUZA, Renee; LIMA, Rogério Sanches de. Compliance como instrumento de combate à corrupção. *Revista Síntese*, v. 141, 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, 2010.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 4, n. 1, p. 98–113, 2018.

TESI, Maristella Amisano. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, p. 303–331, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. *In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

TORRÃO, Fernando. Crimes ambientais e responsabilidade penal das pessoas colectivas: o caso português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, v. 1 e 2, 2010.

UGARTE, Javier Hermoso de Mendoza Sáinz de. *Legal compliance: el manual de prevención de riesgos penales*. Dissertação de Mestrado, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2018.

USSC, United States Sentencing Commission. *Sentencing Guidelines Manual*. 2016.

VILA, Ivó Coca. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Org.). Criminalidade de empresa y compliance*. Prevención y Reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

VILELA, Alexandra. A responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva no contexto do “Estado Regulador”. *In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Orgs.). Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª Lisboa: Almedina, 2018.

# O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores<sup>1-2</sup>

*The Brazilian multidoor courthouse system as a self-organized system: interaction, integration and its catalyzing institutes*

Fredie Didier Jr.\*

Leandro Fernandez\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Sistemas de justiça e acesso à justiça. 3. O sistema multiportas. A reconstrução da ideia dos anos 70 do século XX. 4. Auto-organização como característica do sistema brasileiro de justiça multiportas. 5. A interação entre sujeitos integrantes do sistema brasileiro de justiça multiportas. 5.1. Interação indireta. 5.2. Interação direta: sem coordenação ou com coordenação. 6. Institutos catalisadores da integração e da eficiência no âmbito do sistema brasileiro de justiça multiportas. 6.1. A integração como característica do sistema brasileiro de justiça multiportas. O CPC como norma central de organização do sistema brasileiro de justiça multiportas. 6.2. Negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico. 6.3. Cooperação judiciária. 6.4. Produção antecipada de provas. 6.5. Livre trânsito: trânsito de técnicas e trânsito entre portas. 6.5.1. Livre trânsito de técnicas entre portas de acesso à justiça. 6.5.2. Livre trânsito entre portas. 7. Repercussões do caráter integrado do sistema sobre o regime jurídico aplicável aos sujeitos que nele atuam. 8. Conclusões. Referências.

<sup>1</sup> 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, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente no endereço: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). O grupo é membro fundador da “ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

<sup>2</sup> Em homenagem a Marília Muricy.

\* Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Professor Titular da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Livre-Docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado.

\*\* Doutor e Mestre em Direito (UFBA). Juiz do Trabalho no TRT-6. Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Anamatra. Coordenador Adjunto da Escola Judicial do TRT-6. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.

## Resumo

O ensaio tem o propósito de propor a compreensão do sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado, que encontra no Código de Processo Civil sua norma central de organização, além de examinar a interação entre seus sujeitos componentes e os mecanismos catalisadores de integração do sistema.

## Abstract

*The purpose of this essay is to propose an understanding of the Brazilian multidoor courthouse system as a self-organized system, which finds its central organizational norm in the Code of Civil Procedure, and to examine the interaction between its component subjects and the catalyzing mechanisms for system integration.*

**Palavras-chave:** Sistema de justiça multiportas. Auto-organização. Código de Processo Civil.

**Keywords:** *Multidoor courthouse system. Self-organization. Civil Procedure Code.*

## 1. Introdução

No Brasil, a solução de problemas jurídicos não é função exclusiva do Poder Judiciário. É possível visualizar a existência de um verdadeiro sistema brasileiro de justiça multiportas, composto por diversos sujeitos.

O fato de o sistema brasileiro de justiça multiportas ser produto de uma construção progressiva e não planejada é provavelmente o motivo para a abordagem do tema ser desenvolvida, de modo geral, até agora, a partir da percepção da existência apenas de um amalhado de elementos, não de um sistema em sentido próprio.

O objetivo deste ensaio é propor a compreensão do sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado e analisar as modalidades de interação entre seus sujeitos componentes.

Ao final serão examinados aqueles que podem ser denominados de institutos catalisadores da integração e da eficiência do sistema.

## 2. Sistemas de justiça e acesso à justiça

Reconhecer a existência de um sistema brasileiro de justiça multiportas é, com o perdão pelo truísmo, afirmar, antes de tudo, que se está diante de um sistema. De

modo genérico, é possível definir um sistema como um “conjunto de elementos em interação”<sup>3</sup> ou uma “totalidade coordenada de elementos”.<sup>4</sup>

Teorias dos sistemas são formuladas em diferentes áreas do conhecimento – como a Biologia, a Matemática, a Química, a Cibernética e as Ciências Sociais – para explicar os fenômenos relacionados à reunião desses elementos e à dinâmica da sua interação. O estudo sobre a possibilidade de formulação dessas teorias se situa no plano da Epistemologia.

A elaboração dos conceitos fundamentais,<sup>5</sup> dotados de *pretensão* de universalidade, aplicáveis a qualquer sistema de justiça (como os conceitos de heterocomposição e autocomposição, por exemplo) é tarefa de uma Teoria Geral dos Sistemas de Justiça, excerto da Epistemologia Jurídica.

Mas é possível conceber uma teoria específica sobre o sistema de justiça de determinado país em certo momento histórico – uma teoria individual de dado sistema de justiça, portanto.<sup>6</sup> Essa formulação teórica, em uma abordagem jurídica, é construída a partir da indagação acerca do conteúdo das normas integrantes de um *determinado* ordenamento jurídico e será parte de uma teoria sobre o Direito interno, situada em plano de reflexão distinto daquele ocupado pelas teorias dedicadas ao estabelecimento de bases epistemológicas.

A teoria (jurídica) do sistema brasileiro de justiça multiportas se insere na Teoria do Direito brasileiro, em uma área de interseção entre os objetos das Ciências do Direito Processual, do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. Ela pode ser fracionada em teorias individuais parciais, como, ilustrativamente, uma teoria da heterocomposição ou da autocomposição no Brasil, quando adotado o critério do modo de solução do problema jurídico, ou como uma teoria do sistema judiciário ou do sistema dos tribunais administrativos no Brasil, quando observada sob a perspectiva dos sujeitos integrantes do sistema.

Sistemas são compostos por um *repertório* (um conjunto de elementos) e por uma *estrutura* (um complexo de comandos que definem o modo de interação entre os elementos).<sup>7</sup>

Uma teoria sobre o sistema de justiça de determinado país tem por objeto de investigação as instituições e os agentes, públicos e privados, responsáveis por

<sup>3</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2020, p. 63.

<sup>4</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito*. v. 1. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 219.

<sup>5</sup> Sobre a noção de conceitos jurídicos fundamentais, que pode ser útil para o desenvolvimento de conceitos fundamentais para uma teoria dos sistemas sociais, vide SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917; TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005; RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 50; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 53ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2002, p. 119; DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 56-68.

<sup>6</sup> Sobre teorias individuais, DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 7ª ed. Cit., p. 51 e 97-98.

<sup>7</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 176.

oferecer à sociedade meios de acesso à justiça, aqui compreendida no sentido amplo de solução adequada de um problema jurídico, e as normas, diretrizes e mecanismos de interação entre esses sujeitos. Dito de outra maneira, uma teoria sobre o sistema de justiça ocupa-se, essencialmente, do estudo do repertório e da estrutura desse sistema.

É importante perceber que um sistema de justiça não se destina exclusivamente a solucionar conflitos. Essa visão restritiva é produto de um período histórico em que se negava o aspecto promocional do Direito, a possibilidade de tutela preventiva e a existência de problemas jurídicos sem caráter conflituoso, por exemplo. Sistemas de justiça – inclusive o sistema brasileiro de justiça multiportas – servem para a solução de problemas jurídicos e a tutela de direitos. É nesse sentido que a categoria jurídica do acesso à justiça é compreendida neste ensaio.

### 3. O sistema multiportas. A reconstrução da ideia dos anos 70 do século XX

A ideia de um *tribunal multiportas* foi proposta inicialmente – embora não com essa denominação<sup>8</sup> – por Frank Sander, em conhecida palestra proferida na *Pound Conference*, em 1976, posteriormente convertida no artigo *Varieties of Dispute Processing*.<sup>9</sup>

Sander percebeu a vantagem da criação, em tribunais ou em centros de resolução de disputas, de uma espécie de saguão, em que um funcionário de triagem direcionaria os litigantes para a porta mais adequada para a solução do conflito, considerando critérios como a natureza da controvérsia, a relação entre as partes, a dimensão econômica dos direitos envolvidos, os custos e o tempo exigidos para a solução do caso.<sup>10</sup> O valor da ideia residia em uma premissa singela: a única certeza numa política de uniformização absoluta do tratamento de conflitos dotados de características substancialmente distintas é a sua inadequação às especificidades dos casos.

No Brasil, essa ideia foi difundida com a denominação de justiça multiportas, em grande medida em razão do título de obra coletiva de referência sobre o tema, coordenada por Trícia Cabral e Hermes Zaneti Jr.,<sup>11</sup> cuja primeira edição foi publicada em 2016.

<sup>8</sup> Originalmente, Sander referiu-se a um “centro abrangente de justiça” (*comprehensive justice center*). A expressão *tribunal multiportas* foi apresentada, ainda em 1976, na capa de uma revista da *American Bar Association*, que publicou o artigo relativo à famosa palestra proferida na *Pound Conference*, conforme relata o próprio Sander (SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 32).

<sup>9</sup> SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. Hearings Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, Ninety-fifth Congress, Second Session on S. 957. Washington: US Government Printing Office, 1978.

<sup>10</sup> SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. Cit., p. 191-199.

<sup>11</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Grandes Temas do CPC – Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016. A coleção “Grandes Temas do CPC”, atualmente com dezesseis volumes, é coordenada por Fredie Didier Jr., um dos autores deste ensaio.



Na realidade brasileira, é mais apropriado falar de um *sistema de justiça* multiportas do que de *tribunais* (ou centros de resolução de disputas) multiportas. Isso porque o sistema brasileiro não é organizado a partir de um átrio central, ainda que virtual, mantido e controlado por um único órgão, seja do Poder Judiciário, seja de outra instituição governamental.

O átrio imaginário em que as partes se situam é, então, do sistema de justiça como um todo.

A partir da premissa de que a “justiça” – repita-se: aqui compreendida como solução adequada de um problema jurídico – pode ser alcançada por diversas portas e não apenas pela porta da “jurisdição estatal”, os outros meios de solução dos problemas jurídicos (e, conseqüentemente, de tutela dos direitos) passam a fazer parte do sistema de justiça e incorporam-se definitivamente ao âmbito de preocupação dos processualistas. A cartografia dos caminhos da Justiça é atualmente uma das principais preocupações dos processualistas.<sup>12</sup>

#### **4. Auto-organização como característica do sistema brasileiro de justiça multiportas**

O sistema brasileiro de justiça multiportas pode ser compreendido como um sistema auto-organizado, em sentido semelhante ao empregado por Michel Debrun.<sup>13</sup>

Sistemas auto-organizados são caracterizados por sua capacidade de estruturação e reorganização a partir da interação dos seus elementos integrantes,

<sup>12</sup> Dois exemplos emblemáticos, ambos oriundos de professoras catedráticas: a) um dos trabalhos que Paula Costa e Silva apresentou para obtenção da cátedra de Processo Civil na Universidade de Lisboa foi, exatamente, SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça* – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009; b) o último livro de Ada Pellegrini Grinover é uma proposta de reconstrução da Teoria Geral do Processo; ela apresenta um novo conceito de jurisdição, em que se insere o que chama de “jurisdição consensual” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade – fundamentos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18). Sobre o tema, a bibliografia entre os processualistas é cada vez mais vasta: CABRAL, Trícia; ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Grandes temas do novo CPC – Justiça multiportas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; LESSA NETO, João. O CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 244, p. 427 e segs.; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 195, p. 185 e segs.; GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CALMON, Petrónio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; GONÇALVES, Vinicius José Corrêa. *Tribunais Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil*: da falência do poder judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil*: da falência do poder judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2019; FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Tecnologia e justiça multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

<sup>13</sup> “Há auto-organização cada vez que o advento ou a reestruturação de uma forma, ao longo de um processo, se deve principalmente ao próprio processo – a características nele intrínsecas –, e só em menor grau às suas condições de partida, ao intercâmbio com o ambiente ou à presença eventual de uma instância supervisora.” (DEBRUN, Michel. A ideia de auto-organização. In: DEBRUN, Michel; GONZALES, Maria Eunice Quilici; PESSOA JR., Osvaldo (Orgs.). *Auto-Organização: estudos interdisciplinares em filosofia, ciências naturais e humanas, e artes* (coleção CLE, vol. 18). Campinas: CLE/UNICAMP, 1996, p. 4)

com crescimento não linear, mas em condições variáveis e progressivamente mais complexas. Essa complexidade pode decorrer dos efeitos recíprocos originados do contato entre seus elementos constitutivos, da agregação de novas partes componentes, da evolução do contexto em que se situa o sistema e da eventual atuação de um supervisor – sujeito que pode interferir na conformação do sistema, mas não a determina. Sistemas com essa natureza nunca são um resultado consolidado, mas necessariamente um processo em desenvolvimento.<sup>14</sup>

Dito de outro modo, um sistema auto-organizado, como o sistema brasileiro de justiça multiportas, é marcado por uma construção paulatina, progressiva e sem planejamento.

Inicialmente limitado, de modo quase exclusivo, à atuação do Poder Judiciário, o sistema expandiu-se com a agregação de figuras como o agente fiduciário (arts. 31 a 37, Decreto-lei n. 70/1966), o árbitro e as câmaras arbitrais (Lei n. 9.307/1996), os tribunais administrativos, o conciliador e o mediador (Lei n. 13.140/2015), o Conselho Nacional de Justiça e, mais recentemente, as instituições responsáveis pela manutenção de ODR's.<sup>15</sup> Sujeitos cuja função já estava diretamente associada à administração da justiça também tiveram, ao longo do tempo, suas atribuições reconfiguradas, permitindo mais facilmente sua visualização como elementos integrantes do sistema, a exemplo do Ministério Público (Resolução n. 118/2014 do CNMP), da Advocacia Pública (art. 19, Lei n. 10.522/2002) e das serventias extrajudiciais.

Sujeitos privados, como associações e partidos políticos, também podem solucionar problemas jurídicos por meio de um processo, que igualmente terá caráter privado, inclusive com a possibilidade de aplicação de medidas disciplinares (Código Civil, art. 57, e Lei n. 9.096/1995, art. 23, respectivamente). Mesmo no âmbito de uma assembleia de condomínio, isso pode verificar-se, conforme prevê o art. 1.337 do Código Civil. Nessas circunstâncias, tais entes podem ser compreendidos como portas de acesso à justiça. Aqui, é relevante perceber que a possibilidade de questionamento das deliberações perante o Judiciário não afasta seu reconhecimento como ambientes apropriados à solução de problemas jurídicos.

<sup>14</sup> DEBRUN, Michel. A ideia de auto-organização. In: DEBRUN, Michel; GONZALES, Maria Eunice Quilici; PESSOA JR., Osvaldo (Orgs.). *Auto-Organização: estudos interdisciplinares*. Cit., p. 3-19. Cf., ainda: DEBRUN, Michel. Auto-organização e ciências cognitivas. In: GONZALES, Maria Eunice Quilici; LUNGARZO, Carlos A.; MILIDONI, Carmen B. et al (Org.). *Encontro com as ciências cognitivas*. 2ª ed. rev. e ampl. Marília: Faculdade de Filosofia e Ciências, 1997, p. 27-34. BATISTA, Angelina; PALERMO, Fernanda Helena; PEREIRA JR., Alfredo. *Michel Debrun em Botucatu, 1990: o conceito de auto-organização*. Transcrição de palestra. Simbio-Logias, v. 7, n. 10, p. 119-133.

<sup>15</sup> As ODR's (*online dispute resolutions*) podem ser compreendidas a partir de duas perspectivas: a) em seu sentido original – e que ainda conta com grande prestígio –, referem-se à utilização de plataformas tecnológicas para instrumentalização dos (à época) denominados meios “alternativos” de resolução de conflitos desenvolvidos fora do Judiciário. Sob essa ótica, a incorporação pelos tribunais de ferramentas baseadas no uso da internet não se insere no conceito de ODR, mas no de *online courts* (SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 61-63); b) mais recentemente, a expressão tem sido empregada em sentido mais amplo, aludindo a qualquer método de solução de conflitos por meio eletrônico, em setores privados ou públicos, inclusive no âmbito dos tribunais e para fins de heterocomposição (SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Cit., p. 62). É neste segundo sentido que a expressão é utilizada neste livro.

Tudo isso sem desconsiderar, ainda, a existência de variadas hipóteses de emprego da autotutela autorizadas pelo ordenamento jurídico, além da atuação de determinados indivíduos ou instituições como autoridades reconhecidas como legítimas para a solução de controvérsias por certos grupos sociais ou por povos tradicionais.

É por isso que a abordagem do sistema brasileiro de justiça multiportas não pode ser desenvolvida a partir da perspectiva proposta por Luhmann em relação à posição do Poder Judiciário no sistema do Direito – e, por extensão, no sistema de justiça.

A ideia de uma diferenciação centro-periferia no sistema, em que o centro é ocupado pelos tribunais e os demais espaços de solução de problemas jurídicos se situam na periferia,<sup>16</sup> simplesmente não corresponde à realidade normativa e social do Brasil. Desde que presente a adequação ao caso, qualquer dos modos de resolução de problemas e tutela de direitos concretiza a função de acesso à justiça, não obstante, é claro, os distintos regimes jurídicos aplicáveis às instituições envolvidas e aos efeitos da solução do caso.

Perceba-se, ainda, que a existência de um dever de decidir, que seria, na visão do autor, determinante quanto à posição do Judiciário no centro do sistema,<sup>17</sup> também está presente em relação a outras instituições estatais, como os tribunais administrativos. Mesmo pela via da autonomia privada é possível estabelecer uma obrigatoriedade de decidir, como no caso da arbitragem e dos comitês de resolução de disputas.

Na realidade brasileira, por isso, é muito mais apropriado o recurso à ideia de um átrio imaginário a partir do qual é possível acessar múltiplas portas<sup>18</sup> (que possuem pontos de comunicação e trânsito) do que à figura de um círculo dividido em centro e periferia.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 160.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Livro eletrônico. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 255-257.

<sup>18</sup> O cenário aproxima-se, então, com as necessárias adaptações, da ideia de *unitas multiplex*, no sentido utilizado por Gunther Teubner no contexto da análise da organização jurídica dos grupos empresariais: “Se a organização jurídica do grupo empresarial arrancar deste ponto de intersecção entre descentralização corporativista e descentralização econômico-organizacional, então o direito dos grupos de empresas ocupar-se-á com a estabilização jurídica de acordos microcorporativistas no seio do grupo, que levem em conta a natureza híbrida do grupo como ‘mercado organizado’. O enfoque regulatório não se centra então nem na protecção das empresas-filhas dependentes, nem na estruturação da hierarquia interna do grupo liderado pela empresa-mãe, mas antes na estrutura de governo representada pelo próprio organigrama ou rede pluriempresarial (*Netzwerk, network*), enquanto rede flexível de articulação e coordenação de centros de decisão semiautônomos. A questão político-jurídica central torna-se assim a da constituição jurídica de uma organização de factores produtivos estruturada numa *unitas multiplex*” (TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 253). A dinâmica de funcionamento de estruturas em rede, com atos praticados a partir de uma multiplicidade de “posições de observação”, em constante interação e influência recíproca, é abordada pelo autor em TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais – Constitucionalismo Social na Globalização*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

A criação e a reunião dessas diversas partes integrantes do sistema não foram produto de um planejamento ordenado. Em verdade, por vezes a agregação de novos elementos foi recebida com resistência por instâncias já estabelecidas.

## 5. A interação entre sujeitos integrantes do sistema brasileiro de justiça multiportas

Em sistemas auto-organizados, a interação entre seus elementos constitutivos é o principal fator responsável pela elevação da complexidade sistêmica.

A evolução do ambiente em que se situa o sistema também pode contribuir para acentuar o grau de interação entre seus elementos e a complexidade das suas recíprocas influências.

Na realidade do sistema brasileiro de justiça, a interação entre seus sujeitos componentes também não foi concebida a partir de regras previamente definidas.

Essa interação pode ocorrer de forma indireta ou direta.

### 5.1. Interação indireta

De modo *indireto*, arranjos institucionais ou técnicas adotadas no âmbito de determinado sujeito, que se revelem bem-sucedidos, podem influenciar a decisão de outros entes quanto à conveniência de sua incorporação, com maior ou menor grau de adaptação às suas peculiaridades, promovendo um movimento de *reorganização* interna das próprias *portas*.

A criação do SIREC (Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos por meio da Conciliação e Mediação), por determinação do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 358/2020), após experiências de sucesso com ODR's públicas (como a plataforma *consumidor.gov.br*) e privadas (como a do Mercado Livre) e o estabelecimento de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito da Administração Pública (art. 174, CPC; arts. 32 a 39, Lei n. 13.140/2015), após a criação, em 2007, da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal CCAF/AGU (antes, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal) ilustram bem como uma política de solução de problemas jurídicos pode, quando reconhecida como proveitosa, influenciar outros sujeitos do sistema.

Além disso, determinadas iniciativas dos sujeitos podem influenciar o próprio ambiente em que se situa o sistema. Os primeiros esboços de fixação de diretrizes para o desenvolvimento da cooperação judiciária nacional nos moldes atuais foram consagrados nas Recomendações n. 28/2009 (sob a denominação de Projeto Justiça Integrada) e n. 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça, vindo o instituto a ser consagrado, neste formato, apenas com o Código de Processo Civil de 2015, agora em termos ainda mais abrangentes. Os *dispute boards*, originalmente constituídos a partir da criatividade das partes em negócios jurídicos envolvendo obras de infraestrutura, passaram a ser previstos expressamente como um meio adequado para a prevenção

e solução de controvérsias no art. 151 da Lei n.º 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

## 5.2. Interação direta: sem coordenação ou com coordenação

A interação também pode ocorrer de modo *direto*, sem coordenação ou com coordenação.

Em um nível mais simples, a aproximação entre sujeitos integrantes do sistema brasileiro de justiça multiportas ocorre em um modelo que pode ser denominado de *interação sem coordenação*, que se concretiza principalmente por meio da participação de um ente num processo que corre perante outro ente.

Bem vistas as coisas, trata-se de uma intervenção que se justifica, ao mesmo tempo, em razão do aproveitamento de capacidades institucionais<sup>19</sup> em relação à abordagem de determinados temas, contribuindo para a qualificação da decisão (judicial, administrativa, controladora ou arbitral) a ser proferida e, em determinadas hipóteses, para minimizar os efeitos de tentativas de manipulação abusiva de instâncias decisórias. Nos casos de existência de diferentes centros decisórios sobre idênticas matérias, notadamente na sobreposição de competências (compreendido o termo em sentido amplo) entre entes administrativos, controladores e judiciais, no contexto de um sistema que adota precedentes administrativos obrigatórios, a interação entre órgãos decisórios pode reduzir as chances de ocorrência de uma espécie de *forum shopping* abusivo entre instâncias, que pode indevidamente beneficiar um litigante habitual. O incentivo à participação contribui para a redução dessa assimetria.

É possível visualizar, por exemplo, a intervenção de: agência reguladora perante tribunal de contas,<sup>20</sup> câmara arbitral perante tribunal de contas,<sup>21</sup> tribunal

<sup>19</sup> Sobre o tema da teoria das capacidades institucionais, vide: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 2, n.º 1, 2016; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. n.º 23, ano 2011.2, Salvador; BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013; KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994; KOMESAR, Neil. *Law’s limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; LAMOND, Grant. Persuasive Authority in the Law. *The Harvard Review of Philosophy*. n. XVII, 2010. Disponível em: <<http://www.harvardphilosophy.com/issues/XVII/Lamond,%20Grant.%20Persuasive%20Authority%20in%20the%20Law.pdf>>; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. Vol. 101:885, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>>; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretive Theory in Its Infancy: a reply to Posner. *Michigan Law Review*. Vol. 101:972, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/4/>>.

<sup>20</sup> “Agravo. Concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Inserção de agência reguladora como interessada no processo. Dever de prestar contas por parte do órgão público concessor. Admissão da agência como *amicus curiae*. Agravo conhecido. Provento parcial” (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Relator: Conselheiro Renato Martins Costa, Processo n.º 5747/989/19, julgado em 20/10/2020).

<sup>21</sup> PEREIRA, César A. Guimarães. A participação das câmaras de arbitragem como *amicus curiae* em processos do Tribunal de Contas da União relativos a processos arbitrais. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. 3, 2006, n.º 12, p. 43-51.

de contas em processo judicial,<sup>22</sup> agência reguladora em processo arbitral envolvendo a Administração Pública,<sup>23</sup> agência reguladora em processo judicial, essa última, sem dúvidas, a hipótese mais conhecida.

O nível mais avançado de aproximação entre sujeitos integrantes do sistema pode ser denominado de *interação com coordenação*. Aqui, o que se verifica é a integração, em maior ou menor extensão, de um sujeito do sistema na dinâmica de funcionamento de outro, em atuação articulada, por vezes concertada, para a realização de suas finalidades institucionais.

Essa interação pode ocorrer por meio de providências simples, pontuais, destinadas à colaboração para o alcance de finalidades institucionais. A comunicação de decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas a agência reguladora responsável pela elaboração de normas aplicáveis a determinado setor (art. 985, § 2º, CPC), a carta arbitral expedida para a realização, ilustrativamente, de atos de intimação (art. 260, § 3º, CPC; art. 22-C, Lei n. 9.307/1996) e a cooperação para fins de prestação de informações (art. 69, III, CPC; art. 6º, II, Resolução n. 350/2020 do CNJ) são alguns bons exemplos.

A introdução de inovações normativas que – propositadamente ou não – prestigiem a integração entre diferentes portas de acesso à justiça pode criar condições para modelos muito mais complexos de articulação entre sujeitos do sistema.

Algumas dessas disposições são concebidas com finalidades claras e bem delimitadas. No entanto, frequentemente não é possível antever com precisão os resultados que serão obtidos a partir dos instrumentos e técnicas consagrados no ordenamento jurídico, que poderão permitir a construção de soluções inusitadas,

---

<sup>22</sup> Há um exemplo bastante conhecido. O Tribunal de Contas da União ingressou como *amicus curiae* no RE n. 636.886, em que se discutia a “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Na petição de ingresso, o TCU justificou o requerimento sustentando que “as possíveis teses postas em discussão impactarão no exercício das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União, e também dos demais tribunais de contas existentes no país, oportunidade em que se mostra de suma relevância o oferecimento de subsídios fáticos e jurídicos, pelo TCU, para o deslinde da controvérsia”. A participação foi deferida pelo Ministro Teori Zavascki, em decisão monocrática datada de 29/09/2016, tendo em vista a aptidão do órgão para “contribuir para a pluralização do debate constitucional e, também, para a legitimação das deliberações do Supremo Tribunal Federal”. Merece ainda registro a participação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo como *amicus curiae* na ADI nº 346, em que se debatia a constitucionalidade do art. 151 da Constituição do Estado de São Paulo.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: mais do mesmo ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico: Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. 1, p. 38-42. Ilustrativamente, o Regulamento da Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina possui disciplina específica sobre a matéria: “Art. 26 – *Amicus curiae*. 26.1. A Convenção de Arbitragem relativa a litígio objeto desta Seção poderá prever a possibilidade de participação da respectiva Agência Reguladora, na qualidade de *amicus curiae*, em Arbitragens envolvendo relações jurídicas sujeitas à regulação por ela editada. No caso de aplicação do presente dispositivo, a Agência Reguladora não integrará o processo como Parte, apenas se manifestará com a finalidade de prestar esclarecimentos e informações não vinculantes relacionadas ao litígio, mediante solicitação ou autorização do(s) Árbitro(s)” (Disponível em: <[https://www.camesc.com.br/regulamento\\_arbitragem](https://www.camesc.com.br/regulamento_arbitragem)>. Acesso em: 07 jul. 2021).

de acordo com a criatividade e a disposição dos agentes envolvidos. Há, aqui, sem dúvida, um interessante espaço reservado para a experimentação e a inovação.<sup>24</sup>

Com as sucessivas interações, os diversos sujeitos componentes do sistema vão, aos poucos e eventualmente com inevitáveis tensões, encontrando espaços de acomodação. Como na sabedoria popular, *é no balanço da carroça que as melancias se ajeitam*.

É possível citar alguns exemplos de *interação com coordenação* de natureza complexa: *a*) a integração da plataforma *consumidor.gov.br* ao sistema PJe, com o propósito de facilitar o trânsito entre portas;<sup>25</sup> *b*) a adoção da técnica da decisão administrativa coordenada (Lei n. 14.210/2021); *c*) a articulação entre Centros de Inteligência do Poder Judiciário e agências reguladoras ou litigantes habituais para a identificação e solução de demandas repetitivas (art. 2º, I, V e IX, Resolução n. 349/2020 do CNJ; além da previsão já existente no art. 6º, VII, da Resolução n. 125/2010 do CNJ); *d*) a celebração de atos de cooperação interinstitucional para a experimentação, em ambiente controlado, de políticas de desjudicialização de execuções, em parceria com agentes privados,<sup>26</sup> inclusive serventias extrajudiciais; *e*) a realização conjunta de audiência pública por tribunal de contas e agência reguladora, em matéria em que se constate a existência de sobreposição de competências; *f*) a celebração de protocolo institucional com litigante habitual para o compartilhamento de infraestrutura para a realização de mutirões de conciliação; *g*) a pactuação, em negócio processual, da exigência de produção antecipada de prova como etapa prévia à mediação ou à negociação.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> A abertura à experimentação é uma tendência no Direito Administrativo contemporâneo: MODESTO, Paulo. *Direito Administrativo da experimentação: uma introdução*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>>. Essa tendência também pode ser observada no âmbito da administração da justiça, como se constata, por exemplo, com a edição da Resolução n. 395/2021, que regula a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário. A propósito do tema, DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 77-85; DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Introdução às boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. *Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 15, n. 45, 2021, p. 165-198.

<sup>25</sup> A plataforma *consumidor.gov.br* é integrada ao sistema PJe por meio de uma API (*Application Programming Interface* ou Interface de Programação de Aplicativos), ferramenta que permite a interação e comunicação automática entre sistemas, simplificando o aproveitamento e a utilização de recursos de uma plataforma ou aplicativo. A utilização desse mecanismo no âmbito do Judiciário está prevista nas Resoluções n.º 331/2020, n.º 332/2020 e n.º 358/2021, todas do Conselho Nacional de Justiça, com especificação dos seus requisitos técnicos na Portaria n.º 160/2020, do mesmo órgão. O acordo de cooperação técnica entre o CNJ e o Ministério da Justiça e Segurança Pública está disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/TCOT-016\\_2019.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/TCOT-016_2019.pdf)>.

<sup>26</sup> Sobre o tema, ANDRADE, Juliana Melazzi. A cooperação judiciária nacional como instrumento de descentralização da execução. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 775-798.

<sup>27</sup> Enunciado n. 163 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal – A convenção processual que prevê a produção antecipada de prova, seguida de mediação ou negociação entre as partes, na forma de cláusulas escalonadas, contribui para a eficiência processual e segurança jurídica, aumentando as chances de êxito dos métodos autocompositivos.

## **6. Institutos catalisadores da integração e da eficiência no âmbito do sistema brasileiro de justiça multiportas**

### **6.1. A integração como característica do sistema brasileiro de justiça multiportas. O CPC como norma central de organização do sistema brasileiro de justiça multiportas**

Uma das mais importantes características do sistema brasileiro de justiça multiportas é a integração entre as suas portas. As diferentes portas de acesso à justiça não são isoladas.

Não é por acaso que o Direito brasileiro tem convivido com um movimento de progressivo estímulo à articulação institucional para a construção conjunta de soluções em âmbito administrativo (como na celebração de consórcios públicos, nos termos da Lei n. 11.107/2005), normativo (como na atuação integrada entre agências reguladoras, prevista na Lei n. 13.848/2019) e decisório (a exemplo do que se verifica na cooperação judiciária, regulada pelos arts. 67 a 69 do CPC e na Resolução n. 350/2020 do CNJ, e na decisão administrativa coordenada, disciplinada pela Lei n. 14.210/2021). A solução de problemas complexos pode exigir, de modo concomitante ou sucessivo, subsídios provenientes de diferentes entes, como aproveitamento das respectivas capacidades institucionais.

Por isso, em um sistema de justiça multiportas, o acesso à justiça deve ser compreendido a partir da premissa da possibilidade de fracionamento da condução e da solução de problemas jurídicos, com a interação entre diferentes portas de acesso à justiça.

Também em razão dessa característica, o art. 926 do CPC não pode ser interpretado como um comando destinado apenas ao Poder Judiciário. Integridade, coerência e estabilidade devem ser observadas no âmbito interno de cada uma das portas de acesso à justiça e, sempre que possível, entre diferentes portas, havendo, no mínimo, um dever de consideração das manifestações provenientes de cada uma delas, sobretudo nos temas relacionados diretamente à sua atuação.

Finalmente, compreendido a partir da premissa de existência de um sistema de justiça multiportas, o art. 4º do CPC assegura um direito não apenas à solução do problema jurídico (em tempo razoável), mas à sua solução de modo integral. Isso deve ser compreendido em termos muito mais amplos do que uma articulação entre os princípios da duração razoável do processo e da primazia da decisão de mérito.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> A existência do princípio da primazia da decisão de mérito foi proposta por Fredie Didier Jr., em editorial de 26.11.2008, publicado em seu sítio na rede mundial de computadores (disponível em: <<https://www.frediedidier.com.br/editorial-53/>>). Em sua tese de doutorado, Fredie já havia defendido que o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento. Como juízo de validade, a ele devem ser aplicadas todas as normas do sistema de invalidades processuais, cuja diretriz mais importante é evitar a invalidação e, se o mérito puder ser decidido em favor daquele a quem a invalidação beneficiaria, assim deveria ser feito. Essa era uma proposta de interpretação do § 2º do art. 249 do CPC-1973, usualmente não relacionado ao juízo de admissibilidade do processo, cujos defeitos também usualmente costumavam



A concretização dessa garantia pode exigir a atuação – sucessiva ou concomitante – de mais de uma porta de acesso à justiça, cada uma responsável pela solução de fração do problema jurídico. Mas é necessário um alerta: os sujeitos envolvidos no problema jurídico podem assumir diferentes posições nos processos no âmbito de cada uma das portas, considerando as respectivas zonas de interesse,<sup>29</sup> de acordo com a fração do problema abordada em cada porta e com as possíveis consequências decorrentes da correspondente solução.

Tudo isso evidencia que, na realidade brasileira, o Código de Processo Civil estabelece diretrizes centrais do sistema de justiça multiportas, que, por opção legislativa, reconhece a existência de múltiplos modos para a solução de problemas jurídicos.

Isso é, de um lado, curioso, porque a um CPC se costuma destinar o papel de regular o exercício da atividade jurisdicional, e, de outro, sintomático, porque revela, com clareza, que o “processo”, atualmente e ao menos entre nós, brasileiros, deve ser compreendido como método de solução de problemas jurídicos, não necessariamente método de solução do problema por meio da jurisdição, que deixa de ser compreendida como via preferencial para essa finalidade.

Diversas normas extraídas do CPC não têm, por isso, seu âmbito de incidência limitado ao *processo civil*. Elas são, antes de tudo, integrantes de um bloco normativo que estrutura o sistema de justiça multiportas existente no Brasil, em qualquer dos seus modos de manifestação.

A característica da integração no sistema brasileiro de justiça multiportas é beneficiada por um conjunto de institutos catalisadores da sua potencialidade. É possível, neste momento, identificar ao menos quatro deles, que serão examinados a seguir.

---

ser encarados como insuperáveis (DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28-41). A ideia foi ganhando força – outros doutrinadores chegavam a resultados semelhantes, às vezes com fundamentos diversos (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 474-481; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006; BATISTA, Lia Carolina. *Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 214, p. 106-112. Especificamente sobre o processo coletivo, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 571-572). O CPC-2015 incorporou completamente a ideia. E o fez com uma sofreguidão legislativa rara de se ver. Como não bastasse reproduzir o comando do CPC-1973 no art. 282, § 2º, o legislador fez uma “autoparáfrase” no art. 488 do mesmo código. Nesse caso, com a vantagem de uma remissão expressa ao art. 485, que traz as hipóteses de inadmissibilidade do processo. Esses dois artigos se juntam a vários outros (arts. 4º, 6º, 64, 76, 139, IX, 240, 317, 321, 485, § 7º, 932, parágrafo único, 938, 968, §§ 5º e 6º, e 1.029, § 3º) para formar um coletivo de dispositivos legais que podem ser reconduzidos a uma mesma norma-princípio: o princípio da primazia da decisão de mérito, que, como afirmado por Fredie já em 2014, nas Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, em Campos do Jordão, tratava-se de uma das normas fundamentais do processo civil consagradas pelo que viria a ser o CPC-2015. A cunha e a ideia se espalharam, já incorporadas ao léxico da doutrina e dos tribunais.

<sup>29</sup> O tema das zonas de interesse foi desenvolvido em CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*. v. 404, n. 105, jul./ago. 2009, p. 03-42. Partindo da ideia apresentada por Antonio do Passo Cabral, sustentamos aqui que a noção de zonas de interesse não está limitada ao âmbito do processo judicial, sendo aplicada em todo o sistema de justiça multiportas, inclusive nas diversas modalidades de interação entre portas.

## 6.2. Negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico

Como decorrência do princípio do autorregramento da vontade, é possível a celebração de negócios sobre a solução de um problema jurídico no âmbito de qualquer das portas de acesso à justiça, observada, é claro, a disciplina normativa aplicável a cada uma delas.

Há fundamento legal específico para a celebração de negócios sobre a solução de um problema jurídico, ilustrativamente, na mediação (art. 2º, V, da Lei n. 13.140/2015 e art. 166, § 4º, CPC), na arbitragem (arts. 3º e 19, Lei n. 9.307/1996) e no processo administrativo (art. 26, LINDB).

Mas não é só.

O art. 190 do CPC, interpretado em conjunto com os arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 15, permite a celebração de negócios processuais para disciplinar situações jurídicas e promover alterações no procedimento no âmbito de qualquer das portas de acesso à justiça, além de fundamentar a possibilidade de criação de novas portas a partir do engenho das partes.

Aparentemente, a maior parte da doutrina ainda não se deu conta, até o momento, do enquadramento do negócio jurídico processual numa categoria mais ampla: o *negócio jurídico sobre o modo de solução de um problema jurídico, atual ou futuro* – modo esse que pode não ser o processo jurisdicional.

A ampla possibilidade de as partes de um conflito poderem definir o modo como este conflito pode ser resolvido é uma das principais características do sistema brasileiro de justiça multiportas e que reforça o seu caráter de estar em permanente expansão:<sup>30</sup> é que sempre será permitido, no fim das contas, que se crie uma porta nova pela autonomia da vontade.

Os negócios sobre o modo de solução de um problema jurídico podem ser utilizados, ainda, como instrumento de articulação entre diferentes portas, com o aproveitamento de aspectos positivos de cada uma delas e racionalização do método de resolução do caso.

Parece uma tendência inevitável que a assimilação da ideia de sistema de justiça multiportas influencie o modo de celebrar negócios jurídicos. Após a disseminação das convenções processuais associadas ao processo jurisdicional, a próxima fronteira a ser explorada no *design* de solução de problemas jurídicos é aquilo que se pode denominar de *negócio processual multiportas*,<sup>31</sup> que assume como premissa a integração entre as diferentes portas de acesso à justiça.

Os negócios processuais multiportas podem:

<sup>30</sup> Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Justiça multiportas como um ever-expanding system*: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil. No prelo.

<sup>31</sup> Thomas Stipanowich refere-se à figura dos *multi-door contracts* como instrumentos para a gestão negocial da solução adequada de conflitos, valendo-se das ideias apresentadas por Frank Sander (STIPANOWICH, Thomas. *The Multi-Door Contract and Other Possibilities*. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. v. 13, v. 2, 1998, p. 303-404).

a) estabelecer condicionantes ao acesso a determinada porta ou formas de acesso escalonado, como nos casos de: *a.1)* exigência da utilização da produção antecipada de prova como etapa prévia à negociação direta, à mediação, à arbitragem, ao processo administrativo ou judicial, caso em que a função da produção antecipada de provas será a criação de condições adequadas para a solução do problema perante outro sujeito do sistema; *a.2)* fixação, de modo expresso, da necessidade de tentativa direta de autocomposição antes de eventual ajuizamento de ação (ex., art. 23, Lei n. 13.140/2015); *a.3)* pactuação da utilização da mediação como etapa inicial para a tentativa de solução do conflito e, em caso de insucesso, que eventual processo judicial será obrigatoriamente submetido a um Núcleo de Justiça 4.0 especializado na matéria (Resolução n. 385/2021, art. 2º, do Conselho Nacional de Justiça); *a.4)* exigência de utilização da avaliação de terceiro imparcial ou da provocação de comitê de resolução de disputas como condicionante do início do processo arbitral.

b) criar hipóteses de trânsito entre portas, a exemplo da: *b.1)* pactuação de cláusulas de *med-arb* ou *arb-med*, em que haverá a transição, de acordo com a circunstância, entre a figura de árbitro e de mediador; *b.2)* disciplina do regime de interação entre a atuação de comitês de resolução de disputas e a tutela provisória concedida pelo juízo arbitral; *b.3)* previsão de suspensão do processo judicial ou arbitral para realização de mediação (como indicado no art. 16 da Lei n. 13.140/2015 e no art. 694, parágrafo único, do CPC), inclusive em câmara especializada (art. 32, Lei n. 13.140/2015; art. 174, CPC) ou por meio de ODR; *b.4)* suspensão do processo judicial ou arbitral para aguardar a manifestação, em processo administrativo, de autoridade dotada de maior capacidade institucional para apreciação de determinado tema específico; *b.5)* previsão de aproveitamento ou produção conjunta de prova técnica em relação ao processo judicial/arbitral e o administrativo ou de controle; *b.6)* pactuação da possibilidade de exercício de autotutela atípica de origem convencional, com imediata submissão da matéria ao juízo arbitral.

Os negócios processuais multiportas podem funcionar, portanto, como uma espécie de ponte ou corredor entre as diferentes portas de acesso à justiça.

Sua utilização é a forma mais inteligente de aproveitar estruturas e procedimentos já existentes, idealizados como modelos gerais para a solução de problemas jurídicos, conjugando-os à necessidade de adaptação às circunstâncias específicas do caso, que podem ser mais adequadamente abordadas de acordo com as capacidades de cada instituição. Negócios sobre a solução de um problema jurídico são um instrumento para a construção, a partir da realidade do caso, de caminhos mais eficientes para a sua solução, articulando as contribuições oferecidas pelas diferentes portas. Trata-se, como se vê, de um desenvolvimento espontâneo do sistema de justiça multiportas, não planejado pelo legislador, em mais uma manifestação das características da auto-organização e da abertura do sistema.

O sucesso na adoção desses caminhos pode influenciar o legislador a prever corredores para o trânsito entre as portas de acesso à justiça, como no caso do art. 694, parágrafo único,<sup>32</sup> do CPC e do art. 22-B, *caput*,<sup>33</sup> da Lei n. 9.307/1996.

### 6.3. Cooperação judiciária

As primeiras iniciativas de estabelecimento de diretrizes para o desenvolvimento da cooperação judiciária nacional<sup>34</sup> foram consagradas nas Recomendações n. 28/2009 (sob a denominação de Projeto Justiça Integrada) e n. 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como mencionado acima.

Com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, o tema passou a ser disciplinado em seus arts. 67 a 69. Poucos anos depois, a cooperação judiciária viria a ser expressamente referida na Lei n. 11.101/2005, em razão de inovações introduzidas pela Lei n. 14.112/2020.

A existência de um marco legal para o tema, instituído pelo CPC, permitiu ao Conselho Nacional de Justiça avançar em sua regulamentação, agora por meio da Resolução n. 350/2020, que consolidou as ideias contidas nas Recomendações n. 28/2009 e n. 38/2011, no próprio CPC e em diversas propostas doutrinárias a respeito da matéria e lições extraídas a partir de experiências práticas bem-sucedidas, promovendo a sistematização, o aprofundamento e o detalhamento da disciplina da cooperação judiciária. Dividida em seis capítulos, a Resolução apresentou rol exemplificativo de atos de cooperação judiciária (art. 6º), regulou aspectos concernentes aos pedidos de cooperação, à atuação das partes e à participação de terceiros (arts. 8º a 11), previu a cooperação interinstitucional (arts. 15 e 16), além de haver disciplinado as figuras do juiz de cooperação (arts. 12 a 14) e do núcleo de cooperação (arts. 17 a 19).

O quadro normativo no âmbito do Conselho Nacional de Justiça é complementado, em temas específicos, com a Resolução n. 394/2021, que institui regras de cooperação e de comunicação direta com juízos estrangeiros de insolvência para o processamento e julgamento de insolvências transnacionais, com a Resolução n. 421/2021, que dispõe sobre a cooperação judiciária nacional em matéria de arbitragem, e, em âmbito penal, com a Resolução n. 404/2021, que dispõe sobre a transferência e o recambiamento de pessoas presas.

<sup>32</sup> Art. 694, Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

<sup>33</sup> Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

<sup>34</sup> Sobre o tema, DIDIER JR., Freddie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro* (arts. 67-69, CPC). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021; CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 429-479; CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no Processo Civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020; FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021; DIDIER JR., Freddie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Grandes Temas do CPC – Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021.

A Resolução n. 420/2021 e a Recomendação n. 104/2021 preveem a celebração de protocolos institucionais com entidades integrantes do sistema de justiça com os objetivos, respectivamente, de realização da digitalização de processos em papel e de criação de condições para a ampliação da comunicação digital de atos processuais. Além disso, o CNJ editou a Recomendação n. 107/2021, que incentiva os tribunais à inclusão do tema da cooperação judiciária nos cursos iniciais de aperfeiçoamento e de formação continuada de magistrados(as) e servidores(as).

A cooperação judiciária desempenha relevante papel para o desenvolvimento do sistema de justiça multiportas.

A cooperação facilita *a)* o estímulo ao uso de outras portas, de acordo com um juízo de adequação; *b)* o trânsito entre portas, à semelhança de um sistema de vasos comunicantes; *c)* o aproveitamento, quando possível, de atos ou, ao menos, de informações relevantes sobre o litígio ou os litigantes; *d)* uma integração planejada (não improvisada, episódica, descoordenada) de métodos de solução de conflitos conduzidos por instituições externas ao Judiciário à estratégia institucional de administração da justiça (a agregação de ODR's públicas ou privadas ao PJe, por exemplo); *e)* a celebração de protocolos institucionais com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, universidades, entidades corporativas e outros centros de pesquisa, em colaboração com os laboratórios de inovação instituídos pela Resolução do CNJ n. 395/2021, que permitam a união de esforços – com redução de investimentos diretos pelo Judiciário – para reformulação/ampliação de serviços, numa perspectiva de *tribunal alargado*.

Atualmente, não é mais possível pensar em justiça multiportas sem considerar a importância da cooperação judiciária.

#### **6.4. Produção antecipada de provas**

No estudo da característica da integração, a produção antecipada de provas merece espaço de destaque.

Ela é, em si mesma, uma porta de acesso à justiça, uma vez que pode ser suficiente para satisfazer o interesse do indivíduo ou para seu convencimento quanto à impertinência ou à desnecessidade de adoção de outras providências (art. 381, III, CPC).

Mas, além disso, ela também é uma porta que qualifica o acesso a outras portas, assegurando condições mais apropriadas para a utilização de outro meio adequado para a solução do problema jurídico (art. 381, II, CPC), como a conciliação, a mediação, a arbitragem ou os tribunais administrativos, por exemplo.

Como se nota, o Código de Processo Civil prevê um instrumento versátil, passível de utilização a partir do “átrio geral” do sistema de justiça, com dupla finalidade: solucionar, de forma imediata, o problema jurídico ou, não sendo possível, prover o interessado de elementos que permitam um acesso aprimorado a outras portas. Também aqui é possível visualizar a vocação do CPC como norma central de organização e referência no sistema brasileiro de justiça multiportas.

## 6.5. Livre trânsito: trânsito de técnicas e trânsito entre portas

### 6.5.1. Livre trânsito de técnicas entre portas de acesso à justiça

Os arts. 3º, 15, 327, § 2º, 926 e 1.049, parágrafo único, do CPC, interpretados em conjunto, podem ser compreendidos como a base normativa para o *livre trânsito de técnicas*<sup>35</sup> entre diferentes portas de acesso à justiça.

É possível, ilustrativamente, a exportação para o processo judicial ou arbitral de técnicas previstas na Lei n. 13.140/2015 ou de técnicas disciplinadas no processo perante determinada agência reguladora, quando compatíveis com o caso.

A lógica de funcionamento dos comitês de resolução de disputas<sup>36</sup> pode ser utilizada como inspiração para o tratamento adequado de processos estruturais. Esse tipo de processo possui características essenciais, como o procedimento bifásico e flexível, e típicas, como a multipolaridade e a complexidade,<sup>37</sup> que tornam aconselhável o acompanhamento, ao longo de um período de tempo relevante, da evolução das condições fáticas relacionadas à solução do problema estrutural.

No âmbito do Poder Judiciário, essa tarefa pode ser desempenhada pelas equipes de trabalho remoto, figura criada pela Resolução n. 375/2021 do Conselho Nacional de Justiça, que inseriu o art. 12-A na Resolução n. 227/2016 do órgão. A equipe pode funcionar como uma espécie de comitê consultivo, responsável pela análise da evolução dos cenários fático e jurídico e dos resultados das medidas de reestruturação, podendo apresentar recomendações ao julgador.

Os Centros de Inteligência do Poder Judiciário, previstos na Resolução n. 349/2020 do CNJ, também podem colaborar com essa atividade, notadamente a partir dos estudos elaborados para identificação das causas geradoras de litígios de dimensão coletiva e para a formulação de estratégias para o seu enfrentamento. Não à toa, a Resolução n. 227/2016 prevê que os Centros de Inteligência devem atuar com cooperação com as equipes de trabalho remoto, principalmente quando constituídas para o tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa (art. 12-A, § 2º).

Também é possível contar com a colaboração, por exemplo, do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS), criado pela Resolução n. 238/2016 do CNJ (posteriormente alterada pela Resolução n. 388/2021) para auxiliar os juízes na

<sup>35</sup> Sobre o tema do trânsito de técnicas processuais, DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

<sup>36</sup> Um *dispute board* (ou comitê de resolução de disputas) trata-se de um painel ou comitê de pessoas independentes, que contam com a confiança dos contratantes, responsável pelo acompanhamento, ao longo do tempo, da execução do contrato para, diante do surgimento de controvérsias, expedir recomendações ou decisões (ou ambas) (DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: a Guide to best practices*. Livro eletrônico. Spark Publications: Charlotte, 2019, posição 267).

<sup>37</sup> Sobre as características essenciais e típicas do processo estrutural, vide: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, p. 45-81, 2020, p. 45-81.

análise de questões relativas ao direito à saúde, dos Núcleos de Ações Coletivas (NAC), previsto na Resolução n. 339/2020 do CNJ, e do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, instituído pela Portaria Conjunta n. 1/2019 do CNJ e do CNMP.<sup>38</sup>

Ao lado dessa atuação assemelhada à de um comitê de revisão, é possível considerar uma configuração próxima à do comitê de adjudicação (*Dispute Adjudication Board*).

Iniciativas de cooperação judiciária podem regulamentar a divisão da prática de atos de instrução e decisão entre diferentes juízos para a definição das sucessivas etapas de solução de um problema estrutural. É possível, então, visualizar a imagem de um comitê de juízes responsáveis pela decisão das questões surgidas ao longo do tempo.<sup>39</sup>

Isto é, em um sistema integrado, é possível buscar na disciplina regente de outra porta a técnica adequada para abordar determinado aspecto do caso, não necessariamente adotando o CPC como fonte preferencial para aplicação.

### 6.5.2. Livre trânsito entre portas

O último aspecto merecedor de destaque é a possibilidade de *trânsito entre portas de acesso à justiça*.

Em um sistema integrado de justiça multiportas, sob a perspectiva da solução de problemas jurídicos, a distinção entre processo privado (arbitral ou negocial, por exemplo), administrativo e judicial tem sua importância esmaecida. Ressalvadas, é claro, questões concernentes ao regime jurídico aplicável a cada caso, o mais relevante é a possibilidade de resolução adequada do problema, independentemente da(s) instituição(ões) envolvida(s).

A primeira via para o trânsito entre portas são os negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema.

Por meio deles, é possível, por exemplo, como visto, pactuar cláusulas de *med-arb* ou *arb-med*, em que haverá a transição, de acordo com a circunstância, entre a figura de árbitro e de mediador. Ou, ainda, estabelecer a exigência da utilização

<sup>38</sup> Sobre tais figuras, vide DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual*: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 125-131.

<sup>39</sup> Acerca do tema da coordenação e combinação de competências, inclusive a partir de critérios de especialização, vide: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência*: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. Cit., p. 286-306, 365-370 e 431-441. No II Encontro Nacional de Juízes de Cooperação Judiciária e Reunião dos Núcleos e Juizes de Cooperação, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2022, Ravi Peixoto apresentou, com inspiração na dinâmica da decisão administrativa coordenada (Lei n. 14.210/2021), a ideia de constituição de um painel de juízes a partir de cooperação judiciária (disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=b5Z70vkleEw>>). A proposta aqui formulada assemelha-se a essa visão, com a especificidade de constituição do comitê de juízes para o acompanhamento e decisão de questões incidentes ao longo do tempo, em razão da natureza e da complexidade das matérias, não apenas para um momento pontual.

da produção antecipada de prova como etapa prévia à mediação ou fixar, de modo expresso, a necessidade de tentativa direta de autocomposição antes de eventual ajuizamento de ação.

Mas também é possível visualizar o encaminhamento das partes, notadamente pelo Judiciário, para outras portas de acesso à justiça, a partir de um juízo de adequação.

Essa providência não precisa ser adotada necessariamente na etapa inicial do processo. É possível haver a integração de sistemas (informatizados ou não) para permitir o deslocamento entre portas, de acordo com o momento oportuno no desenvolvimento do conflito, de acordo com suas peculiaridades, com o propósito de assegurar a tutela mais adequada à luz das circunstâncias do caso e dos envolvidos. Sob esta perspectiva, é possível recorrer à imagem dos vasos comunicantes para visualizar a interação entre os diversos entes integrantes do sistema de justiça multiportas. A porta de entrada pode, enfim, levar a outras portas, fazendo com que a de saída não corresponda necessariamente à de entrada. Esse emaranhado de caminhos, é bom que se diga, não é um labirinto, pensado para confundir o caminhante: é *encruzilhada*, que supõe a diversidade do problema jurídico a ser resolvido e oferece alternativa que pode ser a mais adequada.<sup>40</sup>

Os exemplos são variados: *a)* após a provocação do Judiciário, pode haver o encaminhamento das partes para tentativa de autocomposição por meio, por exemplo, da plataforma *consumidor.gov.br*, caso não tenha havido qualquer tentativa prévia de solução direta do conflito; *b)* nas ações de família, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (art. 694, parágrafo único, CPC); *c)* em matérias de elevada complexidade técnica envolvendo entes públicos, pode ser conveniente, mesmo na pendência de processo judicial, que as tratativas para tentativa de autocomposição sejam realizadas perante uma câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com o acompanhamento por agentes especializados no tema; *d)* é possível a suspensão de processo judicial ou arbitral para tentativa de solução da controvérsia por mediação (art. 16, Lei n. 13.140/2015); *e)* assim como é possível a regulamentação e a atuação conjunta de agências reguladoras (arts. 25 a 35, Lei n. 13.848/2019), também é possível a articulação na atividade decisória por essas instituições (Lei n. 14.210/2021); *f)* prática conjunta de determinados atos – ou o aproveitamento de atos já praticados perante outro sujeito do sistema –, como a realização de audiência pública ou a produção de prova pericial; *g)* por meio de protocolo institucional, é possível, ainda que em caráter experimental, transferir do Poder Judiciário para outro sujeito, como as serventias extrajudiciais, execuções que possuam determinado perfil.

Há, também, exemplos de *entrelaçamento* de portas.

<sup>40</sup> “A encruzilhada não é o lugar de quem está perdido e sem saída. Isso é labirinto. Encruzilhada é terreiro pluriversal, de disponibilidade para esperar o inesperado e se alegrar com o diverso. Encruzilhada não é ponto de partida, é destino da permanência só viável na alteridade.” (Luiz Antonio Simas, em @simas\_luiz, tuíte de 20.03.2021)



A Lei n. 13.140/2015 prevê que, em caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de Direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do litígio, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. Não havendo acordo, caberá ao Advogado-Geral da União solucionar a controvérsia de natureza jurídica (art. 36).

Em tais hipóteses, a Advocacia-Geral da União é visualizada como uma porta de acesso à justiça, desempenhando, em etapas sucessivas, as funções de promoção da autocomposição e, nela não havendo êxito, de realização da heterocomposição.

O aspecto a destacar, aqui, é que o § 4º do citado art. 36 dispõe que, nos casos nos quais a matéria objeto da controvérsia esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação perante a AGU dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Há, também, possibilidades de interação entre o Poder Judiciário e instâncias deliberativas no âmbito de povos tradicionais. O Conselho Nacional de Justiça possui importante regulamentação a respeito do tema.

A Resolução n. 287/2019, em seu art. 7º, dispõe que a responsabilização de pessoas indígenas deverá considerar os mecanismos próprios da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante consulta prévia, podendo a autoridade judicial *adotar ou homologar* práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena. Já a Resolução n. 454/2022 consagra como um dos seus princípios o reconhecimento da organização social e das formas próprias de cada povo indígena para resolução de conflitos (art. 2º, IV).

Havendo processo judicial, o cumprimento da garantia do devido processo legal exige que a instrução processual compatibilize as regras processuais com as normas que dizem respeito à organização social, à cultura, aos usos e costumes e à tradição dos povos indígenas, com diálogo interétnico e intercultural (art. 13, Resolução n. 454/2022). A previsão é particularmente importante em duas perspectivas: em seu mérito intrínseco, por densificar comando constitucional (art. 231) e por representar manifestação de um fenômeno mais amplo, isto é, a percepção segundo a qual, na atualidade, o devido processo deve ser compreendido à luz da existência de um sistema de justiça multiportas.

## 7. Repercussões do caráter integrado do sistema sobre o regime jurídico aplicável aos sujeitos que nele atuam

O caráter integrado do sistema brasileiro de justiça multiportas produz repercussões sobre o regime jurídico aplicável aos sujeitos que nele atuam.

O art. 7º da Lei n. 13.140/2015 prevê que o mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que, em tal condição, tenha atuado.

A circunstância da anterior atuação como mediador em determinado caso pode, também, configurar hipótese de recusa do patrocínio da causa, agora na condição de advogado, em razão da possibilidade de existência de conflito de interesses, nos termos do art. 22 do Código de Ética da OAB.

Além disso, seja pela lógica que levou à edição do art. 7º da Lei n. 13.140/2015, seja pela extensão do dever de confidencialidade (art. 30, Lei n. 13.140/2015; art. 166, § 2º, CPC), aquele que houver atuado como mediador não poderá funcionar, no futuro, como juiz do caso, tratando-se de hipótese de impedimento não prevista no rol contido no art. 144 do CPC<sup>41</sup> – embora assemelhada às causas elencadas em seu inciso I.

Esse raciocínio é extensível, pelos mesmos fundamentos, também às autoridades de órgãos e entidades administrativos e controladores no exercício da função de heterocomposição de controvérsias, em complemento ao rol contido no art. 18 da Lei n. 9.784/1999.

Também para a preservação da imparcialidade e da confidencialidade (quando for o caso) e para evitar a ocorrência de conflitos de interesses, a atuação como membro de *dispute board* provoca incompatibilidade para participação em eventual futuro processo judicial ou administrativo, na condição de julgador, advogado, testemunha ou perito.<sup>42</sup>

Aquele que atuou anteriormente como mediador não poderá funcionar como testemunha não apenas em processo judicial ou arbitral, mas também em processo administrativo, precisamente em razão do dever de confidencialidade inerente à mediação.

Além disso, o dever de revelar fatos capazes de ensejar dúvida justificada em relação à imparcialidade, previsto expressamente no âmbito da arbitragem<sup>43</sup> (art. 14, § 1º, Lei n. 9.307/1996) e da mediação (art. 5º, parágrafo único, Lei n. 13.140/2015), pode

<sup>41</sup> Sobre o tema da imparcialidade e do caráter não exaustivo das hipóteses legais de impedimento e suspeição, GÖES, Fernanda Carvalho. *Imparcialidade judicial no ordenamento jurídico brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 230-239; DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual*: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Cit., p. 151-155.

<sup>42</sup> Nesse sentido, é o disposto no art. 5º, § 2º, da Lei municipal n. 11.421/2020, de Belo Horizonte, e do item 4.7 do Regulamento sobre *dispute boards* da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB).

<sup>43</sup> Esse dever está previsto também nas *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (Parte I, item 3), da IBA. A ausência, no âmbito da arbitragem, das prerrogativas asseguradas à magistratura levou ao desenvolvimento, como meio para garantia de sua credibilidade, de um rigoroso controle de imparcialidade. As *Guidelines* mencionadas reúnem boas práticas que podem colaborar para o avanço dos estudos a respeito do tema.

ser visualizado como uma situação jurídica passiva titularizada também por juízes e autoridades decisórias de órgãos e entidades administrativos e controladores, por integrar o conteúdo jurídico do dever geral de imparcialidade.<sup>44</sup> Também é comum o expreso estabelecimento do dever de revelar a existência de fatos que possam ensejar dúvida razoável<sup>45</sup> sobre a imparcialidade dos membros de *dispute board*, com evidente inspiração nas leis mencionadas.<sup>46</sup>

## 8. Conclusões

Sistemas auto-organizados, como o brasileiro de justiça multiportas, estão, por definição, em constante transformação, motivo pelo qual qualquer diagnóstico a respeito da sua organização e dinâmica (e dos seus problemas, sublinhe-se) é necessariamente provisório.

Em sistemas auto-organizados, a interação entre seus elementos constitutivos é o principal fator responsável pela elevação da complexidade sistêmica. Essa interação pode ocorrer de forma indireta ou direta, com ou sem coordenação.

Reconfigurações internas dos sujeitos, por iniciativas espontâneas ou em razão da influência indireta de outro elemento do sistema, e novas combinações de interação direta entre os seus integrantes conduzem a uma crescente complexidade sistêmica, ordinariamente não planejada e não controlada.

A integração entre portas de acesso à justiça, uma das características do sistema brasileiro de justiça multiportas, é beneficiada pela existência de institutos catalisadores, sendo possível, no momento, identificar ao menos quatro deles: os negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico, a cooperação judiciária, a produção antecipada de provas e o livre trânsito (de técnicas e entre portas de acesso à justiça).

<sup>44</sup> A exposição analítica do conteúdo do dever geral de imparcialidade é apresentada pelos autores em DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Cit., p. 153-155.

<sup>45</sup> Sobre o tema, vide: DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Cit., p. 150-155; GÓES, Fernanda Carvalho. *Imparcialidade judicial no ordenamento jurídico brasileiro*. Cit., p. 239-241.

<sup>46</sup> Ilustrativamente: Lei municipal n. 16.873/2018, de São Paulo, art. 7º, parágrafo único; Lei estadual n. 15.812/2022, do Rio Grande do Sul, art. 7º, § 1º; Lei municipal n. 12.810/2021, de Porto Alegre, art. 7º, parágrafo único; Lei municipal n. 11.421/2020, de Belo Horizonte, art. 6º, § 1º; Regulamentos sobre *dispute boards* da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), item 4.3, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), itens 3.3 e 3.4, da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES), art. 22, § 3º, e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), item 8.2.

## Referências

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 195.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Juliana Melazzi. A cooperação judiciária nacional como instrumento de descentralização da execução. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 2, n.º 1, 2016.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. n.º 23, ano 2011.2, Salvador.
- BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BATISTA, Angelina; PALERMO, Fernanda Helena; PEREIRA JR., Alfredo. *Michel Debrun em Botucatu, 1990: o conceito de auto-organização*. Transcrição de palestra. *Simbio-Logias*, v. 7, n. 10, 2014.
- BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 214.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*. v. 404, n. 105, jul./ago. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Grandes Temas do CPC - Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no Processo Civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DEBRUN, Michel. A ideia de auto-organização. In: DEBRUN, Michel; GONZALES, Maria Eunice Quilici; PESSOA JR., Osvaldo (Orgs.). *Auto-Organização: estudos interdisciplinares em filosofia, ciências naturais e humanas, e artes* (coleção CLE, vol. 18). Campinas: CLE/UNICAMP, 1996.

\_\_\_\_\_. Auto-organização e ciências cognitivas. In: GONZALES, Maria Eunice Quilici; LUNGARZO, Carlos A.; MILIDONI, Carmen B. *et al.* (Org.). *Encontro com as ciências cognitivas*. 2ª ed. rev. e ampl. Marília: Faculdade de Filosofia e Ciências, 1997.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro* (arts. 67-69, CPC). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Grandes Temas do CPC – Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

\_\_\_\_\_; FERNANDEZ, Leandro. Introdução às boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. *Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 15, n. 45, 2021.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Justiça multiportas como um ever-expanding system: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil*. No prelo.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. Salvador: Juspodivm, 2022.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 303, p. 45-81, 2020.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: a Guide to best practices*. Livro eletrônico. Spark Publications: Charlotte, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Tecnologia e justiça multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GÓES, Fernanda Carvalho. *Imparcialidade judicial no ordenamento jurídico brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2022.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais Multiportas: pela efetivação dos Direitos Fundamentais de Acesso à Justiça e à razoável duração dos processos*. Curitiba: Juruá, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade – fundamentos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LAMOND, Grant. Persuasive Authority in the Law. *The Harvard Review of Philosophy*. n. XVII, 2010. Disponível em: <<http://www.harvardphilosophy.com/issues/XVII/Lamond,%20Grant.%20Persuasive%20Authority%20in%20the%20Law.pdf>>.

LESSA NETO, João. O CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 244.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito*. v. 1. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.

\_\_\_\_\_. *O direito da sociedade*. Livro eletrônico. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do poder judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. 53ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2002.

MODESTO, Paulo. *Direito Administrativo da experimentação: uma introdução*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>>.

NUNES, Juliana Raquel. *A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: mais do mesmo ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico: Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PEREIRA, César A. Guimarães. A participação das câmaras de arbitragem como *amicus curiae* em processos do Tribunal de Contas da União relativos a processos arbitrais. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. 3, 2006, nº 12.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2019.

SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917.

STIPANOWICH, Thomas. The Multi-Door Contract and Other Possibilities. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. v. 13, v. 2, 1998.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. Vol. 101:885, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>>.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Interpretive Theory in Its Infancy: a reply to Posner. *Michigan Law Review*. Vol. 101:972, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/4/>>.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005.

Fredie Didier Jr.  
Leandro Fernandez

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais – Constitucionalismo Social na Globalização*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



# Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo

Guilherme Sandoval Góes\*

## Sumário

1. Introdução temática. 2. O Estado de Direito entre o Ativismo do Juiz Neoconstitucional e o Decisionismo do Juiz Solipsista. 3. A Legitimidade Democrática e o Poder Contramajoritário de Juízes e Tribunais no Estado de Direito Hodierno. 4. Conclusão. Referências.

## Resumo

A “viragem neoconstitucionalista do direito” implicou mudanças paradigmáticas na teoria da eficácia dos direitos fundamentais, na medida em que engendrou um novo arquétipo exegético voltado para a força normativa da Constituição, cuja base fundante é o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas. É nesse sentido que desponta o ativismo judicial, daí a pretensão do presente artigo de analisar tal fenômeno, comparando-o com os conceitos de judicialização da política e politização da justiça, de modo a poder traçar os limites exegéticos do protagonismo judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Seu grande desafio é propor um equilíbrio entre a liberdade de conformação do legislador democrático e a efetividade dos direitos fundamentais.

## Abstract

*The “neoconstitutionalist turn of law” implied paradigmatic changes in the theory of the effectiveness of fundamental rights, as it engendered a new exegetical archetype aimed at the normative force of the Constitution, whose founding basis is the recognition of principles as legal norms. It is in this sense that judicial activism emerges, hence the intention of this article to analyze this phenomenon, comparing it with the concepts of judicialization of politics and politicization of justice, in order to draw the exegetical*

---

\* Pós-Doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Diplomado pelo *Naval War College* dos Estados Unidos. Vice-Coordenador do Programa de Mestrado da ESG. Professor Emérito da ECEME; Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UCAM. Conferencista do *William Pery Center* dos Estados Unidos. Membro do Fórum Permanente de Direitos Humanos da EMERJ, da Academia Brasileira de Estudos Estratégicos e do GSI da USP. Autor, organizador e coautor de diversos livros, entre eles, *Direito Constitucional* (2022/ Ed. Processo); *A Geopolítica da Energia no Século XXI* (2021/ Ed. Synergia); *Controle de Constitucionalidade* (2021/ Ed. Processo); *Direito Constitucional Avançado* (2018/ Ed. SESES) e *Brasil e Chile: posição geopolítica no contexto mundial* (2015/ Ed. da ESG).

*limits of judicial protagonism within the scope of the Contemporary Rule of Law. Its great challenge is to propose a balance between the freedom of conformation of the democratic legislator and the effectiveness of fundamental rights.*

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Judicialização da política. Politização da justiça.

**Keywords:** *Judicial activism. Judicialization of politics. Politicization of justice.*

## 1. Introdução temática

O surgimento do neoconstitucionalismo trouxe no seu bojo um novo modelo de interpretação constitucional, cujo eixo epistemológico aponta para o protagonismo do Poder Judiciário, transformando-o em legislador positivo, nas hipóteses de omissão inconstitucional do Poder Competente.

Também denominado de novo constitucionalismo, o paradigma neoconstitucionalista encontra seu alicerce teórico no pós-positivismo ou principialismo, que abarca, como bem destaca Luís Roberto Barroso, entre outros, a atribuição de normatividade aos princípios, a reabilitação da argumentação jurídica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética (Prefácio, BARCELLOS, 2005).

Isto significa dizer que o direito pátrio incorporou na sua equação epistemológica a racionalidade retórico-argumentativa de juízes e tribunais, viabilizando dessarte o “giro pós-positivista” da reconstrução neoconstitucionalista do direito, provocado por sua vez pelo “giro pragmático da filosofia da linguagem”, especialmente após a obra de Wittgenstein II (1996).

Nesse sentido, precisa a visão de Écio Oto Ramos Duarte:

Para esse intento, é necessário um esforço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a *razão linguística* na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de *racionalidade discursiva*, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito. (DUARTE, 2004, p. 35) (grifo nosso)

Assim sendo, insista-se, por fundamental, nesta visão de que o giro pós-positivista do novo constitucionalismo entende que a efetividade (eficácia social) de uma determinada norma constitucional não pode ser aferida apenas pelo seu “texto escrito” posto pelo legislador democrático, mas, deve também levar em consideração a argumentação jurídica posta pelo magistrado diante do caso decidendo.

Eis aqui a base fundante do ativismo judicial, qual seja a criação de direito pelo Poder Judiciário nos casos de síndrome da inefetividade da Constituição. Isto significa dizer que o ativismo judicial é fundamental para a efetividade das normas constitucionais, notadamente naquelas situações onde impera a mora inconstitucional do legislador democrático na regulamentação dos direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal, simples ou qualificada.

No entanto, há que se reconhecer, por outro lado, que o ativismo judicial pode ser feito para o bem ou para o mal da democracia.

A criação do direito pelo Poder Judiciário no lugar do legislador democrático será benigna (*ativismo judicial proporcional*) quando consoante o sentimento constitucional de justiça e quando feita com a finalidade de superar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Com efeito, compreende-se melhor o fenômeno do ativismo judicial proporcional quando circunscrito à resolução dos conflitos normativos de mesma dignidade constitucional (casos de ponderação de normas constitucionais dentro de um mesmo caso concreto, usando a tríade subprincipal da proporcionalidade), sem o qual a Constituição perde a sua força normativa, tão arduamente conquistada ao longo da evolução civilizatória do direito.

O grande diferencial do ativismo judicial proporcional é a sua legitimação democrática que advém do respeito ao princípio da separação de poderes e da busca pela efetividade das normas constitucionais, ainda que relativa ao seu conteúdo jurídico mínimo, isto é, seu núcleo essencial intangível. Sem invadir desproporcionalmente o espaço discricionário do legislador democrático, o ativismo judicial proporcional garante o núcleo essencial de toda e qualquer norma constitucional, independentemente de lei regulamentadora superveniente.

Esse critério material reconduzir-se-ia, pois, a uma tentativa de salvaguardar um núcleo essencial de matérias com indiscutível dignidade constitucional e a consequente superioridade sobre as leis ordinárias (CANOTILHO, 1993, p. 71). No dizer do autor:

“Todavia – e esta é a segunda ideia fundamental –, a introdução da ideia de mutabilidade de conteúdos não significa que não se deva procurar, reflexivamente, um mínimo de conteúdo constitucional, isto é, uma determinada identidade constitucional capaz de corresponder às “expectativas de prestação” que os homens anseiam ver num contrato fundacional, designadamente nos planos da segurança individual e de orientação colectiva. (CANOTILHO, 1993, p. 106-107)

Em consequência, fica claro que o fenômeno do ativismo judicial não pode extrapolar os limites impostos pelo núcleo intangível dos direitos constitucionais e, em especial, o conteúdo jurídico mínimo dos direitos fundamentais. Em termos simples, a criação de direito feita pelo magistrado na solução do caso concreto não pode estar desvinculada do núcleo essencial da norma constitucional.

Se isso ocorrer, estar-se-á diante de um ativismo judicial desproporcional (*decisionismo judicial*) violador da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o giro neoconstitucionalista do direito visa a superar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, mas, no entanto, não admite o mero *decisionismo judicial*, aqui vislumbrado como a criação de direito desvinculada do sentimento constitucional de justiça e calcada na vontade política de juízes e tribunais.

Muito pior do que uma norma constitucional inconcretizada por falta de regulação, é uma norma constitucional concretizada pela mera vontade política de um juiz partidário, eivado de déficit democrático por não se submeter à aprovação popular.

É nesse diapasão que o fenômeno do ativismo judicial não pode ser confundido com o conceito de *politização da justiça*, que projeta exatamente essa distorção democrática de juízes e tribunais, decidindo de acordo com a sua própria vontade política e não com a vontade do sentimento constitucional de justiça.

O fenômeno da politização da justiça agride frontalmente a separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito. Trata-se da partidarização do Poder Judiciário, o que evidentemente distorce a democracia, uma vez que magistrados não podem decidir de acordo com suas preferências político-partidárias.

Nesse sentido, a politização indevida da justiça cria as condições de possibilidade do mero decisionismo judicial, ou seja, do ativismo judicial desproporcional ou maligno. Isto significa dizer que a decisão judicial não é um ato de vontade do juiz; não é um ato de poder que se atrela à pré-compreensão do magistrado.

Com efeito, a *resposta constitucionalmente adequada*, que idealmente sempre deve ser a decisão final de mérito de juízes e tribunais, não pode ficar submetida a critérios pessoais, pré-conceitos ou escolhas político-partidárias, daí a visão de Lenio Streck quando afirma que “é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante)” (2010, p. 14), arrematando mais adiante que o “direito não é aquilo que o judiciário diz que é.” (2010, p. 106)

Da mesma forma, os fenômenos do ativismo judicial e da politização da justiça também não podem ser confundidos com o conceito da judicialização da política.

Com rigor, a judicialização da política não é ação volitiva do Poder Judiciário, escolha consciente de juízes e tribunais, ao revés, em atenção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário é obrigado a julgar todas as ações que lhes são submetidas pelos legitimados *ad causam*. Daí decorre

que o fenômeno da judicialização da política não é culpa do Estado-Juiz, mas, sim, fruto da própria Constituição e do nosso sistema de controle de constitucionalidade.<sup>1</sup>

Não é culpa do STF o recebimento de uma ação direta de inconstitucionalidade impetrada por partido político com representação no Congresso Nacional. A judicialização dessa política pública não decorreu de uma opção do STF.

É nesse sentido que o presente artigo pretende examinar detalhadamente o fenômeno do ativismo judicial que não pode ser confundido, nem com a judicialização da política e nem com o mero decisionismo judicial e, muito menos, ainda, com a politização da justiça. Enfim é este o espectro temático do presente artigo.

## 2. O Estado de Direito entre o Ativismo do Juiz Neoconstitucional e o Decisionismo do Juiz Solipsista

Como já amplamente visto, o neoconstitucionalismo brasileiro não ficou apartado da viragem hermenêutica, que aproximou o direito de outros fluxos epistemológicos, *e.g.*, filosofia, ética, sociologia, antropologia, ciência política etc.

De fato, há que se reconhecer que o novo constitucionalismo de inspiração pós-positivista se caracteriza por certo protagonismo de juízes e tribunais em detrimento da autonomia normativa do legislador democrático, o que evidentemente pode acarretar riscos de implantação de um *Estado Judicial de Direito*, aqui vislumbrado como a distorção do Estado de Direito por predominância cêntrica do Poder Judiciário.

Em consequência disso e, de certa maneira, em perspectiva metacrítica ao positivismo jurídico, já se percebe grande reação doutrinária e jurisprudencial ao neoconstitucionalismo. Assim, após uma fase inicial de grande entusiasmo com a reconstrução neoconstitucionalista do direito, é certo dizer que se avoluma pensamento contrário ao protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes.

Acusa-se o neoconstitucionalismo de que de “neo” não teria nada, pois, a cada dia que passa aumenta o poder discricionário de juízes e tribunais, justificando a designação de Estado Judicial de Direito, violador da separação de poderes. Nesse sentido, o direito não pode ser aquilo que juízes e tribunais dizem que é.

Ao contrário, como bem destaca Lenio Streck, o direito é tudo aquilo que:

[a] lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam e os doutrinadores criticam. É, enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras. (STRECK, 2009, p. 248)

<sup>1</sup> Assim sendo, judicialização da política significa, em essência, que questões políticas fundamentais do Estado estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e, não, pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, decisores democráticos da vida política nacional. Tais questões são levadas ao Poder Judiciário, seja pelos legitimados do artigo 103 da Constituição em sede concentrada, seja pelo cidadão comum a partir de um caso concreto qualquer em sede de controle difuso. (GÓES; MELLO, 2018, p. 577)

Em essência, a crítica ao neoconstitucionalismo destaca sua incapacidade exegética de neutralizar a discricionariedade do juiz pós-positivista, acusando-o de ser mais solipsista do que o próprio juiz positivista.

Ou seja, o neoconstitucionalismo pós-positivista seria mero modismo intelectual, desprovido de cientificidade e violador da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Ainda na esteira acadêmica de Lenio Streck tem-se que:

Se se quiser, poder-se-á dizer que a discricionariedade que combato – e nesse sentido me aproximo da posição de C. Neves – é aquela decorrente do esquema sujeito-objeto, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera “proprietário dos sentidos (abstratos) do Direito” e que nada “deixa” para a faticidade. Permaneço, destarte, fiel à tese assumida de há muito, de maneira a enfatizar e a reprimir com veemência – a começar pela nomenclatura – a possibilidade de o discricionário (repita-se, de aceitabilidade conceitual cogitável uma vez contextualizada a discricionariedade naqueles limites traçados por Castanheira Neves) revestir-se de arbitrário. (STRECK, 2009, p. 422)

É nesse sentido que desponta a urgência de uma nova estratégia hermenêutica de interpretação constitucional, que seja capaz de impor maior cientificidade aos paradigmas de racionalidade discursiva (dianoética), sem adentrar ao campo do mero decisionismo judicial do juiz solipsista do positivismo jurídico.

Com efeito, o grande desafio do hodierno Estado Democrático de Direito é afastar a possibilidade de implantação de um “Estado Judicial de Direito”, no qual se constata o mero decisionismo judicial focado na pré-compreensão do magistrado. Para tanto, urge seguir a trilha da Constituição em sentido normativo de Konrad Hesse, na qual se busca ir além da legalidade estrita, porém sem desprezar o direito posto.

É o que Karl Larenz denomina de “direto *extra legem et intra jus*” (1968, p. 502), ou seja, o direito que supera a letra da lei, mas, que, no entanto, permanece subordinado à ordem jurídica como um todo. Portanto, sem descambar para o decisionismo solipsista do magistrado positivista, a decisão final do juiz neoconstitucionalista não será necessariamente o resultado de uma operação exegética de subsunção silogística (direto *extra legem*), mas, também, de um processo de ponderação de valores que leva em consideração todos os princípios existentes na ordem constitucional (direto *intra jus*).

Com a devida agudeza de espírito, note-se que a teoria neoconstitucional faz uso do sentimento constitucional de justiça para superar o positivismo jurídico, sem, contudo, abandonar as conquistas desse mesmo positivismo.<sup>2</sup>

Ou seja, o juiz neoconstitucional não pode ponderar valores, quando for possível subsumir, da mesma forma que não pode apenas subsumir quando for necessário ponderar, notadamente nos denominados casos difíceis (*hard cases*), que nascem de uma colisão de normas de mesma hierarquia constitucional.

Em consequência, há que se reconhecer que a resposta constitucionalmente adequada em determinados casos concretos (*easy cases*) será obtida por intermédio de uma simples operação exegética de subsunção silogística do binômio fato-norma, sem a necessidade de se recorrer à técnica de ponderação de valores.

Não há nenhuma hierarquia entre a técnica da ponderação de princípios constitucionais e a subsunção silogística das regras constitucionais. O que é superado no positivismo jurídico é a crença na completude do direito, que não leva em consideração o Estado de Direito em sua acepção substancialista, na qual a ordem jurídica projeta um conjunto de valores axiológicos que são compartilhados com a comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle (1997).

Fácil é perceber, portanto, a inexorável relevância do paradigma neoconstitucional no direito brasileiro, que é axiologicamente fragmentado, vale dizer formado por um constitucionalismo compromissório que, a um só tempo, busca harmonizar valores fundantes da democracia liberal e da social democracia.

É por isso que a aplicação mecânica da lei, sem ativismo judicial, torna desnutrido o processo de interpretação constitucional, na medida em que a operação exegética fica desprovida do jogo concertado dos princípios constitucionais, principal instrumento da reaproximação entre a ética e o direito.

No entanto, esse jogo no contexto global dos princípios constitucionais deve ser jogado de modo rigorosamente científico, cabendo à sociedade aberta de intérpretes da Constituição aferir a legitimidade democrática da sentença judicial aditiva advinda da ponderação de valores feita pelo magistrado no caso decidendo. Em outros termos, a resposta constitucionalmente adequada que resultou dessa ponderação de valores não admite o ativismo do juiz solipsista, que decidiu de acordo com a sua pré-compreensão e somente depois foi buscar a argumentação jurídica que justifica sua decisão judicial.

Em suma, a legitimidade democrática da sentença judicial aditiva (ativismo jurídico) do juiz neoconstitucionalista vem do rigor científico-metodológico usado na sua obtenção, bem como da sua aceitabilidade pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

<sup>2</sup> É necessário, portanto, destacar que a nova interpretação constitucional não se coaduna com o mero decisionismo judicial do juiz solipsista, no qual a criação jurisprudencial do Direito é feita a talante do magistrado, totalmente desconectado do sentimento constitucional de justiça. (GÓES; MELLO, 2018, p. 124-125)

As convicções políticas do magistrado não têm o condão de suplantar as do legislador e/ou do administrador democráticos. Ou seja, o juiz neoconstitucionalista não é livre para impor sua própria vontade política (politização da justiça); não é soberano para decidir conforme sua própria pré-compreensão e/ou consciência (decisionismo solipsista), ao revés, é obrigado a convencer o Auditório Universal de Perelman (comunidade aberta de intérpretes) de que sua norma-decisão está consoante com o sentimento constitucional de justiça, que, por sua vez, guarda os valores éticos da sociedade como um todo e, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

De tudo se vê, portanto, que a sentença judicial aditiva baseada na pré-compreensão do juiz solipsista é criação antidemocrática de direito que não se coaduna com a Constituição de 1988.

### **3. A Legitimidade Democrática e o Poder Contramajoritário de Juízes e Tribunais no Estado de Direito Hodierno**

O juiz do século XXI, sob a égide do neoconstitucionalismo, deve aplicar cientificamente a dogmática pós-positivista para conceber sua norma-decisão quando já considerada no plano concreto de significação (*plano all things considered*).<sup>3</sup>

É nesse sentido que desponta a face positiva do ativismo judicial, qual seja: a criação jurisprudencial do direito é feita de forma científica, levando-se em consideração todos os elementos fáticos (fatos que portam juridicidade), bem como todos os conflitos de direitos constitucionais existentes no caso concreto.

Com isso, o Poder Judiciário passa a satisfazer determinadas demandas da sociedade que até então não eram atendidas pelo Estado-legislador. Além disso, há que reconhecer que não haverá democracia efetiva sem atividade juscriativa do Poder Judiciário, sanando a omissão inconstitucional do legislador democrático.

Já o aspecto negativo do ativismo judicial reside na possibilidade de violação da separação de poderes, criando dessarte grandes riscos de implantação do Estado Judicial de Direito (Distorção do Estado de Direito pela supremacia do Judiciário em relação ao Executivo e ao Legislativo).

Essa temática é complexa, na medida em que envolve um edifício epistemológico muito amplo que é construído a partir de diferentes abordagens conceituais contraditórias entre si, tais como a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário (BICKEL, 1986), o ativismo judicial democrático (proporcional), o decisionismo solipsista antidemocrático (desproporcional), a judicialização da política e a politização da justiça.

<sup>3</sup> No pensamento de Humberto Ávila: “é preciso distinguir o plano preliminar de análise abstrata das normas, comumente chamado de plano *prima facie* de significação, do plano conclusivo de análise concreta das normas, comumente denominado *all things considered* de significação.” (ÁVILA, 2004, p. 57)



É dentro desse contexto conceitualmente multinucleado que desponta a questão da legitimidade democrática de o Poder Judiciário para criar direito novo no lugar do Legislativo. Com efeito, como já visto alhures, a flexibilidade de o Poder Judiciário legislar positivamente tem limites, sejam limites orçamentários do Estado para atender a todas as demandas da sociedade (conceito de reserva do possível), sejam limites epistêmicos (juízes não conhecem todas as áreas do conhecimento humano), sejam limites hermenêuticos (as decisões judiciais devem seguir rigorosos métodos científicos previamente concebidos).

Além disso, a formulação de políticas públicas é escolha dramática entre opções que, muitas vezes, são diametralmente opostas, reforçando assim a visão de que tal tarefa deve ser colocada nas mãos do legislador democrático.

É por tudo isso que é importante examinar as conexões entre os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização da justiça, que, ainda, trazem no seu entorno científico os conceitos de decisionismo solipsista e dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.

Assim, comparando os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, Luis Roberto Barroso (2009) destaca que:

[a] judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...). Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De tudo se vê, por conseguinte, que o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, muito embora estejam quase que umbilicalmente atrelados. Normalmente, o ativismo judicial (juiz concretizando ou revisando determinadas políticas públicas do Legislativo, por exemplo) ocorre a partir da judicialização de uma questão política (políticas públicas feitas pelo Congresso Nacional são levadas ao STF pelo próprio Legislativo em sede concentrada de controle de constitucionalidade).

Por sua vez, a ideia de politização da justiça está associada a uma participação partidária mais intensa de Juízes, Desembargadores e Ministros, que se manifesta por meio de decisões judiciais diferentes de acordo com a cor partidária de réus ou de iniciativas públicas. A interpretação da Constituição fica à mercê dessa tendência partidária, o que evidentemente fere de morte a própria democracia.

Ademais, é importante constatar que é muito difícil neutralizar a politização da justiça, mormente no âmbito da Suprema Corte. Ora um verdadeiro Estado Democrático de Direito não pode admitir que as convicções políticas do magistrado, eivadas de déficit democrático em virtude da sua dificuldade contramajoritária, tal qual formulada por Bickel (1986), possam suplantar as vontades políticas do legislador democrático. (GÓES; MELLO, 2021, p. 457)

Com rigor, é o fenômeno da judicialização da política que cria a interface entre o mundo do ativismo solipsista antidemocrático e o mundo da politização da justiça, que passam, então, a caminhar juntos e interligados. Aqui a criação de direito feita por juízes e tribunais é totalmente desvinculada da Constituição e do seu ideal axiológico de justiça social. Não se pode confundir o ativismo judicial proporcional ou benigno ou democrático com o mero decisionismo judicial solipsista antidemocrático, deslocado do sentimento constitucional de justiça, da democracia e da cientificidade do direito.

No entanto, é o mesmo fenômeno da judicialização da política que cria a interface entre o mundo do ativismo democrático proporcional e o mundo da realização do sentimento constitucional de justiça, da democracia e da dignidade da pessoa humana, que passam, então, a caminhar juntos e interligados.<sup>4</sup>

É por isso que se pode afirmar que o trinômio “ativismo-judicialização-politização” está presente na maior parte das ações de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que o STF tem competência constitucional para decidir sobre a questão política que lhe foi submetida.

Infelizmente, é possível identificar a tendência partidária de grande parte dos Ministros da Suprema Corte. Além disso, alguns membros do Poder Judiciário, muito embora não sejam agentes públicos eleitos pelo povo, querem exercer a plenitude do poder político do Judiciário.

Onde estaria, então, a legitimidade democrática de juízes e tribunais, seja para invalidar leis formuladas pelos detentores de mandato popular, seja para formular políticas públicas no seu lugar?<sup>5</sup>

A resposta a tal questionamento vem com a ideia-força de que a legitimidade democrática das decisões judiciais não é função apenas da racionalidade literal da letra da lei, mas, também, da racionalidade discursiva (retórico-argumentativa) apresentada pelo juiz durante o processo de concretização da Constituição. Nesse

<sup>4</sup> Nesse sentido, observe com atenção a visão do Ministro Luís Roberto Barroso: Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa. (BARROSO, 2009)

<sup>5</sup> Como bem destaca o professor Luís Roberto Barroso: Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. (BARROSO, 2009)

sentido, é importante compreender que o neoconstitucionalismo pós-positivista coloca em contato direto a decisão judicial e sua aceitabilidade pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle.

Ou seja, é a sociedade como um todo (auditório universal de Perelman) que legitima democraticamente a decisão dos magistrados, uma vez que todos interpretam a Constituição (sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Häberle) e, não, somente, a Corte Suprema do País.

Quanto mais próxima da ética, da democracia, da dignidade da pessoa humana e do sentimento constitucional de justiça, maior será o grau de legitimidade/ aceitabilidade da sentença judicial. No dizer de Barroso: a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2009)

De tudo se vê, por conseguinte, que a legitimidade democrática das decisões judiciais aditivas (decisões que criam direito novo) advinda da sociedade aberta de intérpretes da Constituição mitiga de certa forma a chamada dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, atenuando assim seu déficit democrático na formulação de políticas públicas.

Em essência, até mesmo o ativismo judicial proporcional ou democrático deve ser feito com parcimônia em nome da democracia e da separação de poderes, já que o Poder Judiciário é um poder contramajoritário não atrelado ao voto popular.

Com efeito, é preciso compreender que o Poder Judiciário é, por natureza, um poder contramajoritário, ou seja, um poder público não eleito pelo povo, cuja interpretação deve ser feita de duas maneiras distintas, a saber:

a) a natureza contramajoritária do Poder Judiciário representa um óbice a ser vencido por juízes e tribunais na formulação de políticas públicas (ativismo judicial), uma vez que apresentam déficit democrático por não estarem submetidos ao voto popular;

b) o poder contramajoritário do Poder Judiciário é uma garantia de direitos fundamentais para o cidadão comum no campo penal, na medida em que juízes e tribunais não julgam para as multidões.

Em linhas gerais, o conceito de dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário projeta a imagem de que, em regra, a vontade política dos representantes do povo, detentores de milhões de votos populares, deve prevalecer sobre a vontade política de magistrados (selecionados por concurso público e até mesmo por nomeações de caráter político). Assim, somente em hipóteses excepcionais, os agentes públicos não eleitos do Poder Judiciário podem invadir o espaço discricionário do legislador democrático, substituindo-o na formulação de políticas públicas.

De outra banda, há que se reconhecer que o poder contramajoritário do Poder Judiciário representa uma garantia constitucional, seja dos direitos das minorias perante a vontade ou ditadura das maiorias, seja dos direitos de acusados previamente

julgados pela opinião pública. Nesse sentido, exatamente por não estar atrelado à opinião pública, o Poder Judiciário pode fazer um julgamento justo, mesmo em contexto de forte manifestação popular contrária.

#### 4. Conclusão

Este artigo procurou traçar linhas gerais acerca dos conceitos de ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito. Para tanto, destacou, inicialmente, seus dois grandes pilares de sustentabilidade, quais sejam: o princípio da separação de poderes e a positivação de um catálogo de direitos fundamentais acima do próprio Estado.

Assim, em regra, ao juiz, não lhe é dado intrometer-se na esfera do processo democrático de formulação de políticas públicas. Isto porque tal invasão poderia significar uma violação à separação de poderes e, na sua esteira, uma violação ao Estado Democrático de Direito. Por outro lado, urge desenvolver uma nova estratégia hermenêutica capaz de fazer avançar a teoria dos direitos fundamentais e, em especial, a garantia de vida digna para todos.

Portanto, hodiernamente, o novo constitucionalismo democrático deve trilhar caminho progressista, que desloque para a centralidade do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana como novo eixo hermenêutico-axiológico do Estado Democrático de Direito. Há que se reconhecer que a Constituição de 1988 traz no seu âmago um amplo conjunto de valores axiológicos que se contrapõem entre si, cabendo ao exegeta constitucional ponderar os valores em colisão sob a égide do sentimento constitucional de justiça, daí a importância do exercício da jurisdição constitucional. (GÓES; MELLO, 2021, p. 20-21)

Como amplamente visto, a reconstrução neoconstitucionalista do direito valoriza a dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Ou seja, a nova interpretação constitucional não se limita ao texto da norma (direito imanente à lei feito pelo legislador), ao contrário, vai buscar no quadro global de princípios jurídicos a resposta constitucionalmente adequada.

É por tudo isso que foi importante examinar a diferença entre os conceitos de judicialização da política, ativismo judicial e politização da justiça, que, ainda, trazem no seu entorno científico os conceitos de decisionismo judicial solipsista e dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.

Como visto, por judicialização da política entende-se o fenômeno que ocorre em virtude da própria Constituição e do nosso sistema de controle de constitucionalidade, não pressupondo vontade própria de o Poder Judiciário invadir o espaço discricionário da formulação de políticas públicas. Ou seja, em nome do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é obrigação do juiz decidir a lide, acolhendo ou não a pretensão, subjetiva ou objetiva, que lhe foi submetida.

Assim, a ideia de politização da justiça não se confunde com a judicialização da política, muito embora estejam quase que umbilicalmente atreladas. Nesse sentido, o

fenômeno da politização da justiça é mais uma grande objeção ao Estado Democrático de Direito porque se trata da partidarização de magistrados, que não podem decidir de acordo com suas preferências político-partidárias. Nesse sentido, juntamente com o mero decisionismo judicial, a politização indevida da justiça representa um grande risco para a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

No decisionismo do juiz solipsista, o fator determinante para a interpretação constitucional não é a literalidade do texto posto pelo legislador democrático, mas, sim, a sua pré-compreensão. Ou seja, a decisão judicial se afasta da cientificidade do direito para se basear tão somente na pré-compreensão do magistrado, que decide de acordo com suas convicções e sensações pessoais e depois procura a argumentação jurídica que respaldará sua decisão já previamente tomada.<sup>6</sup>

Já no seu sentido positivo, o ativismo judicial projeta a imagem da força normativa da Constituição, na qual o protagonismo do Judiciário é focado na concretização dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais, nas hipóteses de omissão do legislador democrático. Assim, em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, a efetividade ou eficácia social dos princípios constitucionais se consolida progressivamente pelo ativismo judicial atrelado à harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional de justiça.

Enfim, sob os influxos da dogmática pós-positivista, é preciso impor limites exegéticos, epistêmicos e orçamentários ao ativismo judicial, na medida em que se cria um espaço dentro do qual o intérprete da Constituição vai reconhecer o poder discricionário do legislador democrático. Em determinadas situações fáticas, o juiz deve reconhecer sua inaptidão para criar direito, respeitando tais limites.

Destarte, o excesso de ativismo judicial de uma Corte Suprema pode representar um desserviço ao Estado Democrático de Direito porque faz com que um poder contramajoritário formule políticas públicas no lugar do legislador democrático.

---

<sup>6</sup> Como bem destaca o professor Luís Roberto Barroso: Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. (BARROSO, 2009)

## Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. Brasília-DF, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <[https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009\\_barroso\\_judicializacao\\_ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo: Editora Landy, 2ª ed., 2004.
- GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, C. M. *Controle de constitucionalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2021.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.
- PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica*. Nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1996.

# A responsabilidade dos dirigentes de uma empresa pelas mortes causadas no rompimento de uma barragem<sup>1</sup>

Jeane Rodrigues Trancoso\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Tríplice responsabilidade decorrente do dano ambiental. 2.1. Responsabilidade civil. 2.2. Responsabilidade administrativa. 2.3. Responsabilidade penal. 3. Responsabilidade penal dos dirigentes das empresas envolvidas em casos de rompimentos de barragens. 3.1. Dolo X culpa. 3.2. Possibilidade de imputação de dolo eventual na ocorrência de mortes causadas por rompimento de barragens. 3.3. Responsabilização penal dos dirigentes das empresas nos casos de Mariana e Brumadinho. 4. Conclusão. Referências.

## Resumo

Este artigo aborda a tríplice responsabilização ambiental de pessoas físicas e jurídicas em casos de rompimentos de barragens e suas implicações nas esferas cível, administrativa e penal, com destaque para a responsabilidade dos dirigentes das empresas quando ocorre o resultado morte. O presente estudo tem objetivo exploratório e, com uma abordagem qualitativa, busca esclarecer a extensão da responsabilidade dos executivos das empresas encarregadas das barragens, que deixaram de lado importantes protocolos de segurança, quando da ocorrência do rompimento, bem como pelas mortes advindas deste. Busca-se, ainda, elucidar se esses executivos assumiram o risco da produção do resultado ou se apenas violaram o dever objetivo de cuidado. Para a produção deste trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais.

## Abstract

*This article addresses the triple environmental liability of individuals and legal entities in cases of dam ruptures and their implications in the civil, administrative, and criminal spheres, with emphasis on the companies' managers liability when the death result occurs. The present study has an exploratory objective and, with a qualitative approach,*

<sup>1</sup> Trabalho apresentado para Conclusão do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em *O Ministério Público e o Direito Contemporâneo* do Instituto Superior do Ministério Público.

\* Pós-graduanda em *O Ministério Público e o Direito Contemporâneo* do Instituto Superior do Ministério Público – ISMP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*seeks to clarify the extent of the liability of the executives of the companies in charge of the dams, who have neglected important safety protocols, when the breach occurred, as well as the deaths resulting from it. It also seeks to elucidate whether these executives assumed the risk of producing the result or if they only violated the objective duty of care. To produce this work, bibliographical, documentary, and jurisprudential research were used.*

**Palavras-chave:** Rompimento de barragens. Tríplice responsabilização ambiental. Homicídio. Dolo eventual. Culpa consciente.

**Keywords:** *Dam ruptures. Triple environmental liability. Murder. Eventual intention. Conscious guilt.*

## 1. Introdução

Na história recente do Brasil, temos o registro das duas maiores tragédias ambientais envolvendo o rompimento de barragens de minério de ferro. Enquanto uma foi considerada a maior em termos de destruição ao meio ambiente, a outra foi apontada como a maior em relação às perdas humanas.

A primeira ocorreu em 05 de novembro de 2015, no município de Mariana em Minas Gerais, quando a barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, controlada pela Samarco, rompeu-se, despejando mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos e ocasionando a destruição da fauna, da flora e de recursos hídricos, além de deixar centenas de pessoas desabrigadas e 19 mortos.

A segunda, ocorrida em 25 de janeiro 2019, no município de Brumadinho, no mesmo estado da anterior, deu-se pelo rompimento da barragem I da Mina Córrego do Feijão, controlada pela Vale. Apesar de ter proporções menores em relação ao impacto ambiental, o rompimento desta barragem ocasionou a morte de 270 pessoas, sendo considerado, também, o maior acidente de trabalho já registrado, eis que entre os mortos havia inúmeros funcionários da Vale que estavam trabalhando no momento do rompimento.

Após situações de grande repercussão como estas, é comum aparecerem diversas dúvidas acerca da responsabilização de pessoas e empresas envolvidas na tragédia. As principais questões giram em torno de como será feita a reparação dos danos ambientais, se as vítimas serão indenizadas, quem são os culpados pela tragédia, se as empresas serão punidas e se os dirigentes poderão ser presos.

Nos casos acima expostos, surgiu, ainda, um outro questionamento acerca das vidas perdidas nas tragédias: poderiam os representantes das empresas envolvidas ser responsabilizados criminalmente por homicídio doloso, caso restasse comprovado que abandonaram os protocolos de segurança exigidos pelas autoridades?

Diante desta indagação, tornou-se importante realizar um estudo sobre o tema, buscando esclarecer até que ponto as decisões tomadas pelos executivos



das empresas responsáveis pelas barragens impactaram na possibilidade de haver um rompimento, bem como na ocorrência do resultado morte, além de elucidar se esses executivos assumiram o risco da produção do resultado ou se apenas violaram o dever objetivo de cuidado.

O objetivo deste trabalho é, por conseguinte, abordar a responsabilização ambiental de pessoas físicas e jurídicas em casos de rompimentos de barragens nas três possíveis esferas, quais sejam, cível, administrativa e penal, bem como analisar a possibilidade de ocorrência de dolo eventual por parte dos dirigentes das empresas, na hipótese de não terem seguido as normas de segurança.

Para elaboração deste trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográfica e documental, além de pesquisa jurisprudencial. Foi utilizado o raciocínio dedutivo, com uma abordagem qualitativa e objetivo exploratório do tema proposto.

## **2. Tríplex responsabilidade decorrente do dano ambiental**

O direito ambiental surgiu em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de tutelar o meio ambiente e atuar na prevenção dos danos a este causados. Paulo de Bessa Antunes define o direito ambiental como:

[u]m direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda.<sup>2</sup>

Para assegurar essa proteção ao meio ambiente, o direito ambiental atua em três diferentes esferas, quais sejam: preventiva, reparatória e repressiva, cada qual refletindo em responsabilização em uma área específica do direito, sendo elas, respectivamente, a administrativa, a civil e a penal.

Ressalte-se que essas três esferas são independentes e sua ocorrência pode se dar de forma conjunta. Desta sorte, uma absolvição em uma dessas áreas não exime o infrator da responsabilização em quaisquer das outras.

Essa tríplex responsabilização pelo dano causado está prevista na CRFB, em seu artigo 225, § 3º, o qual assim dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade

<sup>2</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 9.

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.<sup>3</sup>

Passaremos então a analisar as especificidades de cada uma dessas responsabilidades que derivam do dano ambiental.

## 2.1. Responsabilidade civil

Na lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.<sup>4</sup>

No âmbito do Direito Ambiental, a responsabilidade civil encontra previsão no art. 14 da Lei nº 6938/81, que assim dispõe:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 3: responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book, posição 817.

específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.<sup>5</sup>

Um dos critérios para classificação da responsabilidade civil diz respeito à ocorrência ou não de dolo ou culpa. Assim, temos que a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos.

Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência...

(...)

Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.<sup>6</sup>

Não restam dúvidas que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, uma vez que não necessita da existência de dolo ou culpa para sua configuração, bastando apenas que se configure o nexos causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Esta classificação está prevista no art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81, o qual assevera que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade”<sup>7</sup>

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. posição 893 e 920.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

Conforme se depreende da redação do supramencionado artigo, a responsabilidade de reparação abarca tanto danos causados ao meio ambiente e à coletividade como danos causados diretamente a terceiros, de forma individual, sendo certo que a reparação de um não exclui a obrigação de reparar o outro.

Para melhor explicitar, tomemos como exemplo a tragédia que acometeu a cidade de Brumadinho em Minas Gerais. Na ocasião, uma barragem da mineradora Vale se rompeu, causando inundação de lama e rejeitos de minério de ferro. Em decorrência disso, tivemos a destruição de casas e outros bens, a poluição das águas do rio Paraopeba, a destruição da fauna e da flora locais, além da morte de 270 pessoas.<sup>8</sup>

Conforme se observa no exemplo citado, o rompimento da barragem ocasionou danos que atingem toda a coletividade (poluição do rio e destruição da fauna e flora), mas também danos individuais. Verifica-se, ainda, acerca dos danos individuais, a ocorrência de danos materiais (perda de bens) e danos morais, decorrente da privação, por exemplo, do convívio com seu ente querido, o que atinge diretamente a dignidade do ser humano.

Além disso, Carla Smorigo e Guilherme Pereira concluem que:

Há também a possibilidade de pleito reparatório e indenizatório por meio da Ação Civil Pública, a qual poderá contemplar, além das obrigações de fazer e não fazer que a tipicidade do caso requerer, o dano moral coletivo. O estado contribuiu de certa forma para o acidente, pois o mesmo não agiu para que as normas de segurança exigidas fossem cumpridas de forma correta evitando assim o desastre ocorrido.<sup>9</sup>

## 2.2. Responsabilidade administrativa

Na esfera administrativa, temos a atuação da Administração Pública na forma preventiva, determinando medidas para regular o comportamento dos administrados, a fim de evitar a prática de atos por estes que provoquem a degradação do meio ambiente.

Considerando que na grande maioria das vezes o dano ambiental é irreparável ou de difícil reparação, podemos dizer que o caráter preventivo do direito ambiental é o ponto mais importante de sua atuação, pois busca impedir que o dano aconteça.

<sup>8</sup> Segundo notícia veiculada no site do MPF em 20/01/2021, além das 270 mortes confirmadas, ainda havia 11 pessoas consideradas desaparecidas. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgf/noticias-pgr/pgf-participa-de-negociacao-para-garantir-pagamento-de-indenizacoes-em-brumadinho-mg>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>9</sup> SMORIGO, Carla Brum Carvalho; PEREIRA, Guilherme dos Santos. *A tríplice responsabilização ambiental: casos de Brumadinho e Mariana*. [s.l.: s.d.]. Disponível em: <[https://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20191204163845.pdf](https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20191204163845.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

A responsabilidade administrativa constitui-se, então, no poder conferido ao Estado de impor condutas a seus administrados, por meio de aplicação de sanções legais a pessoas físicas ou jurídicas pela prática de uma infração administrativa que pode ocasionar um dano ambiental, gerando prejuízo para toda a sociedade.

O conceito de infração administrativa está descrito no art. 70 da Lei nº 9.605/98, qual seja: “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.”<sup>10</sup> O mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, dispõe que os funcionários dos órgãos integrantes do SISNAMA designados para fiscalização e agentes das capitâneas dos portos são as autoridades com competência para lavrar auto de infração e instaurar processo administrativo.<sup>11</sup>

Para cada infração administrativa ambiental, corresponde uma sanção administrativa prevista no art. 72 da Lei nº 9605/98, que vão desde uma simples advertência até a suspensão das atividades e restrições de direitos.<sup>12</sup>

Um outro ponto que muito se discutiu, versa sobre a natureza da responsabilidade administrativa ambiental. Há quem defenda que a responsabilidade administrativa ambiental é objetiva, levando em consideração princípios próprios do direito ambiental. Esse foi o entendimento da 1ª turma do STJ por um bom tempo.

Nos dias atuais, entretanto, o STJ vem se posicionando no sentido de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva e exige, portanto, a demonstração de dolo ou culpa do agente para sua configuração. A fundamentação para tal entendimento encontra-se no fato de que a responsabilidade administrativa, tal qual a penal, importa em uma punição ao infrator e, portanto, não admite que alguém venha a ser responsabilizado a título objetivo por atos de outrem.

Acerca da aplicação das sanções administrativas, Edson Peters e Paulo Pires consideram que “decorre do poder de polícia ambiental da Administração Pública, que tem o poder-dever de agir diante das situações de desrespeito à Lei ou mero perigo de dano ao ambiente”.<sup>13</sup>

Na visão de Flávia Leite e Rafael Maltez:

[o] Poder de Polícia possibilita à Administração Pública a imposição de limitações a liberdades individuais, objetivando atender ao interesse público e decorre da necessidade pública de

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Art. 70. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>11</sup> *Ibid.* Art. 70, § 1º.

<sup>12</sup> *Ibid.* Art. 72.

<sup>13</sup> PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara, 2005 *apud* JANNUZZI, Sheila; BERTÉ, Rodrigo. A tríplice consequência do dano ambiental. *Revista Meio Ambiente e Sustentabilidade*. Vol. 1, n. 1, 2012. [s.l.]. Disponível em: <<https://www.revistasuninter.com/revistameioambiente/index.php/meioAmbiente/article/view/62>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

restringir o exercício dos direitos individuais, e consiste em ações fiscalizadoras, de monitoramento, limitadoras (podendo ser impostas medidas administrativas sancionatórias ou cautelares) e de licenciamento ambiental.<sup>14</sup>

O poder de polícia tem como atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. A discricionariedade “significa que a administração, quanto aos atos a ela relacionados, regra geral, dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência de sua prática”.<sup>15</sup> A autoexecutoriedade “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.<sup>16</sup> Já a coercibilidade “traduz-se na possibilidade de as medidas adotadas pela administração pública serem impostas coativamente ao administrado, inclusive mediante o emprego da força”.<sup>17</sup>

A autoexecutoriedade, entretanto, deve ser analisada casuisticamente e sempre poderá ser revista pelo Poder Judiciário, conforme previsto no art. 5º da CRFB/88.<sup>18</sup> Na lição de Flávia Leite e Rafael Maltez, a autoexecutoriedade deve ser “lastreada pela urgência na execução do ato administrativo, bem como pela presença de lei em sentido estrito permitindo a execução administrativa, sempre se observando os direitos fundamentais e a cláusula da reserva da jurisdição”.<sup>19</sup>

### 2.3. Responsabilidade penal

Conforme conceitua Carla Smorigo e Guilherme Pereira, “responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável”.<sup>20</sup> Assim, todo aquele que infringir uma norma penal deverá ser responsabilizado pelo ato, através do cumprimento da pena atribuída ao crime.

Deve-se considerar, entretanto, que em observância ao princípio da intervenção mínima, o direito penal deve ser invocado como *ultima ratio*, ou seja, apenas em casos

<sup>14</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida; MALTEZ, Rafael Tocantins. O regime jurídico ambiental da tríplice responsabilidade civil, administrativa e penal no âmbito do direito ambiental a partir de desastres tecnológicos na modalidade rompimento de barragem. *Revista da faculdade de direito da UFG*. Vol. 43, 2019. [s.l.]. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/59995>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>15</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 275.

<sup>16</sup> MEIRELES, Hely Lopes. 2006 *apud* ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 276.

<sup>17</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *op. cit.* p. 278.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>19</sup> LEITE, Flávia Piva Almeida; MALTEZ, Rafael Tocantins. *op. cit.*

<sup>20</sup> SMORIGO, Carla Brum Carvalho; PEREIRA, Guilherme dos Santos. *op. cit.*

dotados de gravidade, nos quais as demais esferas não sejam capazes de produzir o efeito esperado. Nesse sentido, podemos destacar o entendimento do STJ:

Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

A aplicação do princípio da insignificância (ou admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem.<sup>21</sup>

Tendo em vista que para imputação de pena a uma pessoa, há necessidade de comprovação de dolo ou culpa do agente, podemos afirmar que a responsabilidade penal tem caráter subjetivo. Tal afirmação encontra fundamento no art. 2º da Lei nº 9605/98, que assim dispõe:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, *na medida da sua culpabilidade*, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.<sup>22</sup> (grifei)

Conforme previsão expressa no art. 26 da Lei nº 9605/98, a ação penal nos crimes ambientais é pública incondicionada,<sup>23</sup> sendo certo que o Ministério Público da

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1263800/SC*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Daniel Elias de França. Relator: Min. Jorge Mussi. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25240509/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1263800-sc-2011-0154972-9-stj/inteiro-teor-25240510>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>23</sup> BRASIL. *Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021. Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

União e dos Estados terá legitimidade para a propositura da referida ação, consoante o disposto na parte final do art. 14, § 1º, da Lei nº 6938/81.<sup>24</sup>

Com relação aos sujeitos dos crimes ambientais, temos que o sujeito passivo será sempre a coletividade, uma vez que a Constituição Federal consagrou o meio ambiente como bem de uso comum do povo.<sup>25</sup>

Quanto ao sujeito ativo, poderá ser tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, como se depreende do art. 225, § 3º, CRFB/88 que dispõe que “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”,<sup>26</sup> bem como do art. 3º da Lei nº 9605/98, o qual aduz que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.<sup>27</sup>

Necessário se mostra mencionar que a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime não constitui posição pacífica na doutrina. Há duas teorias que divergem acerca desse tema, sendo elas a teoria da ficção e a teoria da realidade.

A teoria da ficção foi criada por Savigny e não admite a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime. Acerca do tema, Fernando Capez discorre que:

Para essa corrente, a pessoa jurídica tem existência fictícia, irreal ou de pura abstração, carecendo de vontade própria. Falta-lhe consciência, vontade e finalidade, requisitos imprescindíveis para a configuração do fato típico, bem como imputabilidade e possibilidade de conhecimento do injusto, necessários para a culpabilidade, de maneira que não há como admitir que seja capaz de delinquir e de responder por seus atos.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. “Art. 14. § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. “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.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – vol. 1: parte geral – arts. 1º a 120. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. p. 289.



Em contrapartida, a teoria da realidade, também conhecida como teoria da personalidade real, admite a responsabilização penal da pessoa jurídica. Tal teoria foi iniciada por Otto Gierke e é assim definida por Fernando Capez:

Para essa corrente a pessoa jurídica não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real, independente dos indivíduos que a compõem. Sustenta que a pessoa coletiva possui uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de ação e de praticar ilícitos penais. É, assim, capaz de dupla responsabilidade: civil e penal.<sup>29</sup>

Há ainda uma terceira corrente, surgida na Alemanha, que busca equilibrar as duas teorias supracitadas. Nas palavras de Carlos Ernani Constantino:

Trata-se da imposição de sanções quase penais às empresas: o Juiz Criminal, ao aplicar tais medidas, não ignora que as pessoas jurídicas são incapazes de conduta e de culpabilidade no sentido penal, mas entende esta aplicação como uma forma de combate à criminalidade moderna, que é, via de regra, cometida através de entidades coletivas.<sup>30</sup>

Por fim, oportuno consignar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está restrita a crimes que sejam compatíveis com sua natureza. Neste sentido, temos o entendimento de Fernando Capez:

O princípio *societas delinquere non potest* não é absoluto. De fato, há crimes que só podem ser praticados por pessoas físicas, como o latrocínio, a extorsão mediante sequestro, o homicídio, o estupro, o furto etc. Existem outros, porém, que são cometidos quase sempre por meio de um ente coletivo, o qual, deste modo, acaba atuando como um escudo protetor da impunidade. São as fraudes e agressões cometidas contra o sistema financeiro e o meio ambiente.<sup>31</sup>

O art. 3º da Lei nº 9605/98, acima citado, traz dois pressupostos para que a pessoa jurídica venha a responder na esfera penal pelo dano causado, quais sejam: que a infração seja cometida por decisão de representante legal ou contratual

<sup>29</sup> Ibid. p. 292.

<sup>30</sup> CONSTANTINO, Carlos Ernani. 2005 *apud* CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 295.

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 296.

da empresa ou por órgão colegiado e que seja praticada no interesse ou para benefício da empresa.

Considerando que “*a priori*, sempre que se constatar a responsabilidade criminal da empresa, ali também estará presente a culpa do administrador que exarou o comando para conduta reputada antijurídica”,<sup>32</sup> bem como que o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9605/98 dispôs que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”,<sup>33</sup> desenvolveu-se a chamada teoria da dupla imputação, ou seja, quando a denúncia é apresentada tanto em face da pessoa jurídica quanto de seu representante.

Nesse contexto, surgiram então duas correntes. A primeira afirma que para a responsabilização criminal da pessoa jurídica não há necessidade de responsabilização de pessoas físicas. Essa corrente sustenta que o § 3º do art. 225 da CFRB/88 não exigiu denúncia de pessoas físicas como pressuposto para denúncia da pessoa jurídica. Já a segunda corrente acredita que só é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica se houver responsabilização de pessoa física.

Durante muito tempo, o entendimento do STJ correspondeu ao da segunda corrente, aduzindo que:

Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física – quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente.<sup>34</sup>

Porém, em 2013, o STF em julgamento de Recurso Extraordinário adotou posição diversa, alegando que:

[o] art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável

<sup>32</sup> MILARÉ, Édís. 2013 *apud* LEITE, Flávia Piva Almeida; MALTEZ, Rafael Tocantins. op. cit.

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Art. 70. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 37293/SP 2012/0049242-7*. Recorrente: Arauco Forest Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Laurita Vaz, 02 de maio de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23175174/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-37293-sp-2012-0049242-7-stj/inteiro-teor-23175175>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.<sup>35</sup>

O STJ então, em agosto de 2015, passou a adotar o entendimento do STF, afastando a teoria da dupla imputação quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 39.173.<sup>36</sup> Pode-se afirmar, assim, que atualmente os Tribunais vêm entendendo pela desnecessidade de dupla imputação nos crimes ambientais.

### 3. Responsabilidade penal dos dirigentes das empresas envolvidas em casos de rompimentos de barragens

De acordo com o art. 2º, I, da Lei nº 12.334/10, as barragens podem ser definidas como:

[q]ualquer estrutura construída dentro ou fora de um curso permanente ou temporário de água, em talvegue ou em cava exaurida com dique, para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas.<sup>37</sup>

Devido a alguns acidentes ocorridos a partir da década de 1950, que vitimaram milhares de pessoas em todo o mundo, aumentou-se a preocupação com a segurança dessas estruturas.

Segundo o INEA:

[a] probabilidade de ruptura de barragens é baixa desde que os aspectos de projeto, de construção e de operação desses empreendimentos sejam tratados com seriedade. Mas, como em todas as obras de engenharia e, considerando que, usualmente,

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário 548181/PR*. Impetrado: Juízo da 1ª Vara Federal Subseção de Ponte Nova/MG. Paciente: Sergio Consoli Fernandes e outros. Relator: Min. Rosa Weber, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf/inteiro-teor-159438360>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 39173/BA 2012/0203137-9*. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás. Recorrido: União. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 06 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863994668/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-39173-ba-2012-0203137-9/inteiro-teor-863994679?ref=serp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>37</sup> BRASIL. *Lei 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

as barragens reservam um grande volume de água ou de rejeitos, é fundamental que essas estruturas estejam seguras em relação a rompimentos e rupturas. A ruptura de um barramento faz com que esse volume acumulado possa se espalhar para as regiões rio abaixo (jusante).<sup>38</sup>

Para tratar do tema relacionado à segurança das barragens, foi criada em 2010 a Lei nº 12.334, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens, cujos objetivos são tratados em seu artigo 3º, que assim dispõe:

Art. 3º - São objetivos da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB):

I - garantir a observância de padrões de segurança de barragens de maneira a fomentar a prevenção e a reduzir a possibilidade de acidente ou desastre e suas consequências; (Redação dada pela Lei nº 14.066, de 2020)

II - regulamentar as ações de segurança a serem adotadas nas fases de planejamento, projeto, construção, primeiro enchimento e primeiro vertimento, operação, desativação, descaracterização e usos futuros de barragens; (Redação dada pela Lei nº 14.066, de 2020)

III - promover o monitoramento e o acompanhamento das ações de segurança empregadas pelos responsáveis por barragens;

IV - criar condições para que se amplie o universo de controle de barragens pelo poder público, com base na fiscalização, orientação e correção das ações de segurança;

V - coligar informações que subsidiem o gerenciamento da segurança de barragens pelos governos;

VI - estabelecer conformidades de natureza técnica que permitam a avaliação da adequação aos parâmetros estabelecidos pelo poder público;

VII - fomentar a cultura de segurança de barragens e gestão de riscos;

VIII - definir procedimentos emergenciais e fomentar a atuação conjunta de empreendedores, fiscalizadores e órgãos de proteção

<sup>38</sup> INEA. *Segurança de barragens*. [s.l.: s.d.]. Disponível em: <<http://www.inea.rj.gov.br/ar-agua-e-solo/seguranca-hidrica/seguranca-de-barragens/#~:text=A%20seguran%C3%A7a%20de%20barragens%20se,e%20desastres%20relacionados%20%C3%A0%20%C3%A1gua.&text=A%20probabilidade%20de%20ruptura%20de,empreendimentos%20sejam%20tratados%20com%20seriedade>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

e defesa civil em caso de incidente, acidente ou desastre. (Incluído pela Lei nº 14.066, de 2020)<sup>39</sup>

Mesmo após a edição desta lei, tivemos os dois casos mais graves de acidentes relacionados a rompimento de barragens da história do país: o rompimento da barragem do fundão em Mariana/MG e o rompimento da barragem B1 da mina do Córrego do Feijão em Brumadinho/MG. Enquanto o primeiro foi classificado como o mais grave desastre ambiental da história por vazamento de minério, que percorreram mais de 600km, devastando todo o distrito de Bento Rodrigues e a bacia hidrográfica do Rio Doce, com a morte de toda a vida aquática da região, o segundo é o mais grave em número de mortos, sendo certo que, de acordo com o MPF, foram 270 mortos e 11 desaparecidos.<sup>40</sup>

Em casos assim, em se constatando que os representantes das empresas envolvidas abandonaram os protocolos de segurança estabelecidos, poderia se configurar dolo eventual ou a responsabilização deveria permanecer no campo da culpa consciente? É o que será tratado a seguir.

### 3.1. Dolo X culpa

Para entrar no tema proposto, primeiramente devemos entender a diferença entre dolo e culpa e todas as suas espécies.

Fernando Capez conceitua o dolo como “a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta”.<sup>41</sup> Em outras palavras, podemos dizer que o dolo se manifesta na intenção do agente de praticar o ato.

O dolo pode ser classificado em diferentes espécies, quais sejam: natural, normativo, direto ou determinado, indireto ou indeterminado, dolo de dano, dolo de perigo, genérico, específico, geral, dolo de primeiro grau e de segundo grau. Passaremos, a seguir, a analisar cada uma dessas espécies.

O dolo natural, na visão de Fernando Capez, “é o dolo concebido como um elemento puramente psicológico, desprovido de qualquer juízo de valor. Trata-se de um simples querer, independentemente de o objeto da vontade ser lícito ou ilícito, certo ou errado”.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112334.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>40</sup> MPF. *PGR participa de negociação para garantir pagamento de indenizações em Brumadinho (MG)*. [s.l.] 21 jan. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-participa-de-negociacao-para-garantir-pagamento-de-indenizacoes-em-brumadinho-mg>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 358.

<sup>42</sup> Ibid. p. 361.

Já acerca do dolo normativo, o referido autor trata como sendo o “dolo da teoria clássica, ou seja, da teoria naturalista ou causal” o qual “possui três elementos: a consciência, a vontade e a consciência da ilicitude. Por esta razão, para que haja dolo, não basta que o agente queira realizar a conduta, sendo também necessário que tenha consciência de que ela é ilícita, injusta e errada.” E finaliza afirmando que o dolo “não é um simples querer, mas um querer algo errado, ilícito (*dolus malus*).”<sup>43</sup>

Capez conceitua o dolo direto ou determinado como “a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado. Ocorre quando o agente quer diretamente o resultado”.<sup>44</sup>

Quanto ao dolo indireto ou indeterminado, o autor afirma que “o agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de produzi-lo (dolo eventual) ou não se importa em produzir este ou aquele resultado (dolo alternativo)”.<sup>45</sup>

Nas palavras de André Estefam e Victor Eduardo Gonçalves, o dolo de dano “ocorre quando o agente pratica a conduta visando lesar o bem jurídico tutelado na norma penal”.<sup>46</sup>

Com relação ao dolo de perigo, os autores supramencionados declaram que nesta espécie de dolo “o sujeito visa somente expor o bem jurídico a perigo, sem intenção de lesioná-lo”.<sup>47</sup>

Na lição de Capez, o dolo genérico “é a vontade de realizar conduta sem um fim especial, ou seja, a mera vontade de praticar o núcleo da ação típica (o verbo do tipo), sem qualquer finalidade específica.”<sup>48</sup> Já o dolo específico “é a vontade de realizar conduta visando a um fim especial previsto no tipo”.<sup>49</sup>

Capez assevera, ainda, que o dolo geral “é quando o agente, após realizar a conduta, supondo já ter produzido o resultado, pratica o que entende ser um exaurimento e nesse momento atinge a consumação”.<sup>50</sup>

Com relação a esta espécie, Estefam e Gonçalves alertam que “não se pode confundir o dolo geral com o erro sobre o nexo causal”, eis que neste último “realiza-se uma só conduta pretendendo o resultado, o qual é alcançado em virtude de um processo causal diverso daquele imaginado”. Os autores concluem, atestando que “a diferença fundamental entre dolo geral e o erro sobre o nexo de causalidade reside no fato de que naquele há duas condutas, enquanto neste há somente uma”.<sup>51</sup>

Capez explica que o dolo de primeiro grau “consiste na vontade de produzir as consequências primárias do delito, ou seja, o resultado típico inicialmente visado”,<sup>52</sup>

<sup>43</sup> Ibid. p. 361-362.

<sup>44</sup> Ibid. p. 363.

<sup>45</sup> Ibid. p. 363.

<sup>46</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.). *Direito penal esquematizado: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Esquematizado). p. 317.

<sup>47</sup> Ibid. p. 317.

<sup>48</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 364.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid. p. 365.

<sup>51</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. op. cit. p. 318.

<sup>52</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 366.

enquanto o dolo de segundo grau “abrange os efeitos colaterais da prática delituosa, ou seja, as suas consequências secundárias, que não são desejadas originalmente, mas acabam sendo provocadas porque indetectáveis do primeiro evento”.<sup>53</sup>

Definido o conceito e as espécies de dolo, passo a discorrer acerca da culpa.

Conforme nos ensina Guilherme Nucci, a culpa pode ser conceituada como “o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ser evitado”,<sup>54</sup> ou seja, apesar de não haver intenção da prática do delito, o resultado ocorre em razão de um descuido do agente.

Fernando Capez afirma que “a culpa é assim chamada porque sua verificação necessita de um prévio juízo de valor, sem o qual não se sabe se ela está ou não presente”.<sup>55</sup> Nos dizeres do autor, a culpa é decorrente “da comparação que se faz entre o comportamento realizado pelo sujeito no plano concreto e aquele que uma pessoa de prudência normal, mediana, teria naquelas mesmas circunstâncias”.<sup>56</sup>

O Código Penal em seu art. 18, II, dispõe que o crime será “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia”.<sup>57</sup> O citado artigo traz em seu texto as três modalidades de culpa, que na lição de Estefam e Gonçalves “são, a rigor, as três formas pelas quais o indivíduo pode violar o dever de cuidado objetivo”.<sup>58</sup>

Conforme nos ensina Fernando Capez, imprudência “é a culpa de quem age, ou seja, aquela que surge durante a realização de um fato sem o cuidado necessário. Pode ser definida como a ação descuidada. Implica sempre um comportamento positivo”.<sup>59</sup>

Já a negligência, na lição do citado autor, “é a culpa na sua forma omissiva. Consiste em deixar alguém de tomar o cuidado devido antes de começar a agir”.<sup>60</sup>

O supramencionado autor conceitua, ainda, imperícia como “a demonstração de inaptidão técnica em profissão ou atividade. Consiste na incapacidade, na falta de conhecimento ou habilidade para o exercício de determinado mister”.<sup>61</sup>

Com relação às espécies, a culpa pode ser classificada como consciente, inconsciente, própria, imprópria, mediata ou indireta.

De acordo com Estefam e Gonçalves:

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. 2012 *apud* ENDIREITADOS. *Pausa do dia: culpa como elemento subjetivo do tipo penal*. Disponível em: <<https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias/246477180/pausa-do-dia-culpa-como-elemento-subjetivo-do-tipo-penal>>. Acesso em: 07 mar.

<sup>55</sup> CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 368.

<sup>56</sup> Ibid. p. 369.

<sup>57</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>58</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *op. cit.* p. 320.

<sup>59</sup> CAPEZ, Fernando. *op. cit.* p. 372.

<sup>60</sup> Ibid. p. 373.

<sup>61</sup> Ibid.

Culpa consciente é a culpa com previsão do resultado. O agente pratica o fato, prevê a possibilidade de ocorrer o evento, porém, levemente, confia na sua habilidade, e o produz por imprudência, negligência ou imperícia. A culpa inconsciente é a culpa sem previsão. O sujeito age sem prever que o resultado possa ocorrer. Essa possibilidade sequer passa pela sua cabeça, e ele dá causa ao resultado por imprudência etc. O resultado, porém, era objetiva e subjetivamente previsível.<sup>62</sup>

Os supramencionados autores abordam o conceito de culpa própria como sendo “a que se dá quando o sujeito produz o resultado por imprudência, negligência ou imperícia e se funda no art. 18, II, do CP”.<sup>63</sup> Culpa própria seria, portanto, a culpa propriamente dita, ou seja, aquela tratada anteriormente.

Já a culpa imprópria é definida por Fernando Capez como “aquela em que o agente, por erro de tipo inescusável, supõe estar diante de uma causa de justificação que lhe permita praticar, licitamente, um fato típico. Há uma má apreciação da realidade fática, fazendo o autor supor que está acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude”.<sup>64</sup>

Estefam e Gonçalves explicam que a culpa mediata ou indireta “verifica-se com a produção indireta de um resultado de forma culposa”.<sup>65</sup> Ainda sobre essa espécie, Capez ressalta ser “importante notar que, para a configuração dessa modalidade de culpa, será imprescindível que o resultado esteja na linha de desdobramento causal da conduta, ou seja, no âmbito do risco provocado, e, além disso, possa ser atribuído ao autor mediante culpa”.<sup>66</sup>

Além destas espécies de culpa, Capez destaca, ainda, a existência da culpa presumida, assim dispondo:

[s]endo uma forma de responsabilidade objetiva, já não é prevista na legislação penal, ao contrário do que ocorria na legislação anterior ao Código Penal de 1940, em que havia punição por crime culposo quando o agente causasse o resultado apenas por ter infringido uma disposição regulamentar (por exemplo, dirigir sem habilitação legal), ainda que não houvesse imprudência, negligência ou imperícia.

<sup>62</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. op. cit. p. 321.

<sup>63</sup> Ibid. p. 322.

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 375-376.

<sup>65</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. op. cit. p. 322.

<sup>66</sup> CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 379.



No entanto, na atual legislação, a culpa deve ficar provada, não se aceitando presunções ou deduções que não se alicerem em prova concreta e indubitosa.<sup>67</sup>

Importante ressaltar que não se deve confundir a culpa consciente com o dolo eventual. Como bem explica Fernando Capez:

A culpa consciente difere do dolo eventual, porque neste o agente prevê o resultado, mas não se importa que ele ocorra (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas não importa; se acontecer, tudo bem, eu vou prosseguir).

Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá”).

O traço distintivo entre ambos, portanto, é que no dolo eventual o agente diz: “não importa”, enquanto na culpa consciente supõe: “é possível, mas não vai acontecer de forma alguma”.<sup>68</sup>

### **3.2. Possibilidade de imputação de dolo eventual na ocorrência de mortes causadas por rompimento de barragens**

Os recentes episódios de rompimento de barragens em Minas Gerais em 2015 e 2019, dos quais decorreram a morte de aproximadamente 300 pessoas, geraram intenso clamor social e levantaram vários questionamentos acerca da responsabilidade penal a ser atribuída aos representantes das empresas envolvidas.

Até que ponto as ações ou omissões desses executivos determinaram os acontecimentos? Os resultados eram previsíveis? Foram tomadas todas as medidas de segurança que poderiam evitar a tragédia? Os responsáveis pelas barragens podem responder por homicídio? Culposo ou doloso?

Para responder essas questões, devem ser investigadas as ações dos dirigentes de empresas para a preservação da integridade das estruturas, bem como do meio ambiente da área onde foi construída a barragem.

Como dito anteriormente, a barragem é uma construção destinada à contenção ou acumulação de substâncias. Quando ocorre o rompimento de alguma dessas estruturas, todas as substâncias acumuladas naquela área se espalham, podendo ocasionar grande destruição do meio ambiente, bens materiais, vida animal e até mesmo humana.

---

<sup>67</sup> Ibid. p. 378.

<sup>68</sup> Ibid. p. 375.

Considerando que, a depender da quantidade de substâncias acumuladas na barragem, os danos causados por seu rompimento podem ter proporções catastróficas, faz-se necessário pensar em formas de garantir a segurança de tais estruturas, de modo que o meio ambiente não seja afetado. Por esta razão, em 2010, foi instituída a Política Nacional de Segurança de Barragens.

A PNSB, estabelecida pela Lei nº 12.334/10, traz uma série de medidas que devem ser adotadas pelas empresas para garantir a segurança das barragens, entre elas o sistema de classificação das barragens por categoria de risco e por dano potencial associado,<sup>69</sup> elaboração de um plano de segurança de barragens<sup>70</sup> e relatório de segurança das barragens.<sup>71</sup>

A referida lei teve seu texto modificado pela Lei nº 14.066/20, a qual introduziu alguns outros instrumentos da PNSB, como o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH),<sup>72</sup> o monitoramento das barragens e dos recursos hídricos em sua área de influência<sup>73</sup> e os guias de boas práticas em segurança de barragens.<sup>74</sup>

Mesmo após a edição da Política Nacional de Segurança de Barragens, tivemos as duas maiores tragédias relacionadas a rompimentos de barragens da história de nosso país, das quais resultaram a morte de centenas de pessoas, sendo 19 em Mariana e 270 em Brumadinho, sendo certo que até hoje há vítimas desaparecidas.

Para se determinar se os dirigentes das empresas podem responder pelo homicídio dessas vítimas, é necessário que tenham agido ou deixado de agir de forma intencional ou descuidada. Em outras palavras, é imprescindível que esses representantes tenham agido com dolo ou culpa.

Concluídas as investigações nos dois casos, os representantes das empresas envolvidas foram indiciados por homicídio doloso, além de outros crimes em tese cometidos, com fundamento de que eles teriam assumido o risco de causar o resultado, configurando o chamado dolo eventual.

No caso de Mariana, o MPF, quando da apresentação da denúncia, alegou que:

[m]esmo absolutamente conscientes, desde a época do licenciamento do empreendimento, de todos os riscos envolvidos na construção e operação da barragem de Fundão, os denunciados optaram por uma política empresarial de priorização de resultados

<sup>69</sup> BRASIL. *Lei 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021. Art. 6º, I.

<sup>70</sup> *Ibid.*, Art. 6º, II.

<sup>71</sup> *Ibid.*, Art. 6º, VII.

<sup>72</sup> *Ibid.*, Art. 6º, VIII.

<sup>73</sup> *Ibid.*, Art. 6º, IX.

<sup>74</sup> *Ibid.*, Art. 6º, X.

econômicos em detrimento de práticas de segurança para o meio ambiente e para as pessoas potencialmente afetadas, assumindo todos os riscos da causação das mortes.<sup>75</sup>

Já o MPMG, quando do oferecimento da denúncia referente ao caso ocorrido em Brumadinho argumentou que:

[t]endo conhecimento do risco de um rompimento, os denunciados tinham o dever de tomar as medidas de segurança necessárias, como o acionamento do Plano de Ações Emergenciais para Barragens de Mineração (PAEBM), mas preferiram arriscar para não gerar impactos na reputação da Vale e no valor de suas ações.

A denúncia aponta ainda uma relação de pressão, conluio, recompensas e conflito de interesses entre a Vale e a Tüv Süd. A empresa alemã, ao mesmo tempo que emitia DCEs como auditora externa – da qual se exige independência – atuava como consultora interna da Vale, assessorando tecnicamente para a tomada de decisões e ficando a sua equipe técnica sujeita à orientação e interferência direta do corpo técnico da Vale.

Além da relevância dos valores dos contratos de consultoria interna, que eram bastante superiores aos valores dos contratos de auditoria externa, o conluio com a Vale representou uma oportunidade de ampliação exponencial das atividades da Tüv Süd no Brasil. Em razão da duplicidade de posições técnicas, mais do que a emissão de DCEs falsas, a Tüv Süd assumiu o protagonismo da análise e gestão técnica dos graves riscos geotécnicos conhecidos e calculados da Barragem I, aderindo e nortearo o risco proibido assumido pela Vale.<sup>76</sup>

Nesta última tragédia, foi ainda instaurada uma CPI para apuração das causas do rompimento da barragem, a qual concluiu que:

Da análise das provas colhidas por esta Comissão, não restam dúvidas de que o crime de Brumadinho foi ocasionado pela omissão daqueles que, no exercício de suas atribuições profissionais, tinham

<sup>75</sup> MPF. *Denúncia do processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. [s.l.]. 22 out. 2016. p. 55. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>76</sup> MPMG. *MPMG e PCMG finalizam investigações sobre o rompimento da barragem em Brumadinho; 16 pessoas são denunciadas por homicídio qualificado e crimes ambientais*. Minas Gerais. 21 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

conhecimento da condição de instabilidade da barragem B1 e, conquanto pudessem, não adotaram quaisquer providências para tentar evitar a perda de vidas e os danos ao meio ambiente.<sup>77</sup>

Há, porém, quem defenda que nas situações em questão não haveria que se falar em assunção de riscos, mas sim de uma violação ao dever objetivo de cuidado. Desta forma, estaríamos diante de casos de culpa consciente e não de dolo eventual.

Nesta linha de pensamento, Gamil El Hireche e Pedro Santos explicam que:

A diferença entre dolo eventual e culpa pode ser percebida através de um questionamento: “Os indiciados *aceitaram* as mortes?” Se sim, estaríamos diante de homicídio doloso, o chamado dolo eventual. Observe-se, agora, outro questionamento: “*A tragédia ocorreu devido a uma falta de cuidado, mas as mortes não eram desejadas?*” Se sim, patente a modalidade culposa, caracterizada, justamente, pela *ausência de um dever objetivo de cuidado*.<sup>78</sup>

Os supramencionados autores concluem, no caso da tragédia ocorrida em Mariana, que “no caso em tela, na pior das hipóteses, se crime houve, incorreram os investigados no crime de homicídio culposo”, alegando, ainda que se trata, “a nosso entender, de manifestação cabal do eficientismo no direito penal”,<sup>79</sup> uma vez que os acusados estariam sendo denunciados pela prática de crime doloso apenas pelo fato deste ter uma pena maior e trazer para a sociedade uma sensação de justiça.

Segundo o mesmo posicionamento, a advogada criminalista Jaqueline do Prado Valles, em texto publicado no site da sociedade de advogados Valles & Valles, aduz que:

É preciso fazer uma análise técnica sobre o assunto. A situação do dolo eventual apontada no relatório imputa aos dirigentes uma intenção previamente deliberada de provocar mortes.

Mas, quando digo que os funcionários tinham todas as condições para saber que aquela barreira estava mal instalada, mal vigiada e, ainda assim, não tomaram as devidas medidas de proteção, eu estou afirmando: “você foram extremamente omissos com a segurança”. E isso, segundo a lei, é um crime culposo.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório final da CPI de Brumadinho*. [s.l.: s.d.]. p. 519-520. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpi-bruma/RelatorioFinal.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>78</sup> EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Tragédia em Mariana exige cautela para não provocar aberrações jurídicas*. [s.l.]. 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/tragedia-mariana-exige-cautela-nao-causar-aberracao-juridica>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> VALLES, Jaqueline do Prado. *Tragédia em Brumadinho revela a sutil diferença entre dolo eventual e culpa consciente*. [s.l.: s.d.]. Disponível em: <<https://vallesadv.com.br/tragedia-de-brumadinho-revela-a-sutil-diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciencia/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

A advogada ainda complementa, informando que “analisando tecnicamente os fatos, não é possível imputar o dolo aos funcionários. E isso não quer dizer que eles não possam ou não devam ser responsabilizados”, e finaliza alegando que “no caso em questão, está claro que se trata de uma culpa consciente”.<sup>81</sup>

### **3.3. Responsabilização penal dos dirigentes das empresas nos casos de Mariana e Brumadinho**

Na tarde do dia 05 de novembro de 2015, ocorria na cidade de Mariana em Minas Gerais o rompimento da barragem de Fundão, com o despejo de aproximadamente 40 milhões de rejeitos de minério de ferro e outras partículas, que formaram uma onda de lama e percorreram mais de 600km até encontrar o mar, no município de Regência (ES), causando destruição por onde passava.

Entre as áreas atingidas estão os distritos de Bento Rodrigues, Águas Claras, Ponte do Gama, Paracatu e Pedras, todos em Mariana, as comunidades de Paracatu de Baixo e Camargos, as cidades de Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado e cidades do Leste de Minas, como Governador Valadares. Os rejeitos atingiram, ainda, as cidades de Regência, Linhares, Baixo Gandu e Colatina, no Espírito Santo.

Inicialmente, foi divulgado pela mineradora Samarco, responsável pela barragem, que além da barragem de Fundão, a barragem de Santarém também havia se rompido, porém, foi constatado posteriormente que, na verdade, os rejeitos que vazaram da barragem de Fundão passaram por cima da barragem de Santarém. Segundo o constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal:

O material liberado logo após o rompimento da barragem de Fundão formou uma grande onda de rejeitos, atingindo a barragem de Santarém, localizada a jusante, erodindo parcialmente a região superior do maciço da referida estrutura e galgando o seu dique, após incorporar volumes de água e rejeitos não estimados que ali se encontravam acumulados.<sup>82</sup>

Na peça acima mencionada, quatro empresas e 22 de seus representantes foram denunciados pelo MPF, pela prática, em tese, de diversos crimes, entre eles crimes contra a fauna e a flora, elaboração e apresentação da declaração de estabilidade falsa ou enganosa, inundação, desabamento/desmoronamento, lesões corporais e 19 homicídios.

Uma reportagem no site de notícias G1 no dia em que a tragédia completava cinco anos ressaltou que ainda não havia “reparação definitiva dos danos causados

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> MPF. *Denúncia do processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. [s.l.]. 22 out. 2016, p. 13. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

pelo rompimento da barragem”, eis que “as comunidades destruídas não foram reconstruídas e ainda faltam respostas para a recuperação do meio ambiente”.<sup>83</sup>

Na esfera penal, destaca-se a decisão do TRF 1, que concedeu *Habeas Corpus* a dois dos réus, com efeitos extensivos aos demais, para trancar a ação penal com relação aos 19 crimes de homicídio triplamente qualificados e às 3 lesões corporais graves. Entenderam os desembargadores que não havia justa causa para justificar a ação penal, configurando “excesso acusatório a descoberto de base (empírica) descritiva causal”.<sup>84</sup>

Destaca-se da referida decisão as seguintes considerações:

As mortes e as lesões corporais são descritas na denúncia como resultado do crime de inundação, crime de perigo comum, ao reconhecer a peça que o fato (ou a conduta) teve caráter indeterminado e sem destinatário específico, o que desautoriza (tecnicamente) a imputação autônoma de homicídio (concurso formal), que impescindiria da demonstração de que o (suposto) crime de inundar teve por objetivo final a morte de determinado indivíduo.

Não há como considerar separadamente tais resultados para havê-los como figuras de concomitante (e paralela) imputação, ao lado do delito básico do qual são consequências. Não alude a denúncia a nenhuma atitude ou determinação autônoma e consciente do paciente, fora da imputação de inundação, para a prática do homicídio e de lesões corporais em relação a nenhuma das vítimas, tudo (infelizmente) decorrendo da inundação e sem que se cogitasse do propósito de matar ou ferir esta ou aquela pessoa.<sup>85</sup>

A mineradora Vale, uma das acionistas da Samarco e ré na ação penal que investiga os responsáveis pela tragédia de Mariana, após o ocorrido firmou compromisso de ser referência mundial de sustentabilidade. Em seu discurso de posse em maio de 2017, o diretor-presidente Fabio Schvartsman disse que:

<sup>83</sup> FREITAS, Raquel. Tragédia de Mariana, 5 anos: sem julgamento ou recuperação ambiental, 5 vidas contam os impactos no período. *G1*. Belo Horizonte, 05 nov. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/11/05/tragedia-de-mariana-5-anos-sem-julgamento-ou-recuperacao-ambiental-5-vidas-contam-os-impactos-no-periodo.ghtml>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

<sup>84</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (4ª Turma). *Habeas Corpus 1033377-47.2018.4.01.0000*. Impetrado: Juízo da 1ª Vara Federal Subseção de Ponte Nova/MG. Paciente: Sergio Consoli Fernandes e outros. Relator: Desembargador Federal Olindo Herculano de Menezes, 23 abr. 2019. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896709442/habeas-corpus-hc-hc-10333774720184010000>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>85</sup> *Ibid.*

Para a Vale, que é uma empresa de recursos naturais, sustentabilidade não é uma opção, mas uma obrigação. A verdadeira sustentabilidade é sobre postura e atitude. Além disso, devemos adotar juntos um lema: “*Mariana nunca mais*”. Que tenha sido a última vez que essa empresa esteja envolvida direta e indireta num desastre ecológico e social da dimensão que foi Mariana.<sup>86</sup>

No entanto, pouco mais de 3 anos após a citada tragédia, a Vale envolveu-se em outra tragédia de proporções tão grandes quanto. Dessa vez, os danos ambientais foram menores, porém o número de vítimas fatais foi imensamente maior. Conforme publicado pelo jornal Estado de Minas Gerais:

A frase “*Mariana nunca mais*” foi emblema da Vale após a tragédia, mas a ilusão durou pouco: em janeiro de 2019, o desastre se repetiu no município de Brumadinho, também em Minas, quando uma represa da mesma empresa se rompeu, deixando 270 mortos ou desaparecidos, na pior catástrofe industrial da história do Brasil em termos de vítimas.<sup>87</sup>

O rompimento da barragem I da Mina Córrego do Feijão ocorreu no início da tarde de 25 de janeiro de 2019, despejando aproximadamente 13 milhões de metros cúbicos de rejeitos, afetando o Rio Paraopeba e devastando as florestas nativas.

Em 21 de janeiro de 2020, foram denunciados pelo Ministério Público de Minas Gerais as empresas Vale e Tüv Süd, além de 16 executivos, sendo 11 representantes da Vale e 5 da Tüv Süd, pela prática, em tese, de diversos crimes ambientais.

A denúncia oferecida pelo MPMG, assim como no caso de Mariana, imputou, ainda, aos responsáveis pelas empresas a prática de homicídio qualificado. Ao contrário do primeiro caso, em que os réus não mais respondem por este delito, na tragédia ocorrida em Brumadinho a justiça ainda analisa a ocorrência ou não do crime, bem como se foi praticado com dolo eventual.

Destaca-se, neste caso, a decisão do STJ, em sede de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Alexandre de Paula Campanha, onde o Ministro Nefi Cordeiro determinou a soltura do paciente, estendendo os efeitos da decisão aos demais réus, até o julgamento do HC impetrado junto ao TJMG. Apesar de admitir a ilegalidade da prisão temporária,

<sup>86</sup> BASILIO, Patrícia. Ao tomar posse, presidente da Vale disse que seu lema seria ‘Mariana nunca mais’. *Época Negócios*. 25 jan. 2019. <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/01/ao-tomar-posse-presidente-da-vale-disse-que-seu-lema-seria-mariana-nunca-mais.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>87</sup> ESTADO DE MINAS (periódico). *Quatro anos após desastre de Mariana, cidades fantasmas emergem da Lama*. Minas Gerais. 02 nov. 2019. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/02/interna\\_gerais,1097978/quatro-anos-apos-desastre-de-mariana-cidades-fantasmas-emergem-da-la.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/02/interna_gerais,1097978/quatro-anos-apos-desastre-de-mariana-cidades-fantasmas-emergem-da-la.shtml)>. Acesso em: 15 mar. 2021.

em razão de não haver riscos à investigação, o Ministro assim se posicionou quanto à possibilidade de configuração do dolo eventual:

Do exame apontado de e-mail e depoimentos colhidos, razoável é a valoração admitida pelo magistrado de primeiro grau, inclusive quanto ao dolo: sendo relevantes os riscos indicados (tema inicialmente suportado por prova), possível é ter ocorrido propositalmente a omissão dos servidores nominados, por interesses diversos – inclusive financeiros –, assumindo o risco do resultado de rompimento da barragem e mortes.<sup>88</sup>

Alguns dos fatos que contribuíram para que o MPMG sustentasse a tese de que os réus assumiram os riscos da produção do resultado, inclusive com relação às mortes ocasionadas, relacionam-se ao conhecimento destes acerca da falta de segurança das barragens mantidas pela Vale, sendo certo que as duas empresas esconderam tal insegurança tanto do Poder Público como da sociedade, a fim de não denegrir a imagem da empresa. Segundo o MPMG:

De acordo com as investigações, ao menos desde 2017, a Barragem I da Mina Córrego do Feijão já apresentava situação crítica para riscos geotécnicos. Em 2018, outras anomalias se seguiram, aprofundando a situação de emergência da barragem. Os principais modos de falha com análises de estabilidade em valores inaceitáveis de segurança eram erosão interna e liquefação, ambas relacionadas com problemas de drenagem interna da barragem.

As apurações demonstraram que a Vale detinha internamente diversos instrumentos que garantiam um profundo e amplo conhecimento da situação de segurança de suas barragens. Entretanto, de forma sistemática, ocultava essas informações do Poder Público e da sociedade, incluindo investidores e acionistas da empresa. “A Vale constituiu internamente verdadeira ‘caixa-preta’, consistente em estratégia corporativa de manter sigilosamente informações sobre riscos geotécnicos inaceitáveis de barragens de rejeito”.

No Piesem de junho de 2018, a Barragem I ocupava a oitava posição no “Ranking de Barragens em Situação Inaceitável”, que foi chamado na apresentação de “TOP 10 – Probabilidade”. As 10 barragens listadas eram consideradas com probabilidade de

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 495.038/MG (2019.0054058-8)*. Impetrado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Paciente: Alexandre de Paula Campanha. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 27 fev. 2019. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20495.038%20.pdf](https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20495.038%20.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2021.



falha acima do limite aceitável a partir de resultados de estudos da própria Vale. Contraditoriamente, no mesmo mês do evento, a equipe técnica da Tüv Süd emitiu Declaração de Condição de Estabilidade (DCE) da Barragem I.<sup>89</sup>

No relatório final apresentado pela CPI instaurada para apurar as causas do rompimento da barragem situada em Brumadinho e as responsabilidades por esse sinistro, também foi constatado que as empresas sabiam que a barragem não estava dentro dos padrões de segurança, sendo indicado pelos parlamentares que em novembro de 2017 foi realizada uma apresentação na qual:

[f]oi alertado que o Fator de Segurança (FS) de 1,06 apresentado pela Potamos era inferior ao mínimo consagrado pela literatura especializada e pelas boas práticas de engenharia. Saliente-se, como dito anteriormente mais de uma vez neste relatório, que o índice de 1,3 era tido pela Vale como sendo o limite de risco tolerável para suas estruturas geotécnicas. Assim, a rigor, não seria possível a declaração de estabilidade para a barragem B1.<sup>90</sup>

Outra questão destacada no referido relatório é a proximidade do refeitório e de escritórios da barragem, como explicitado no trecho a seguir:

Convém registrar que a crucial característica da Mina Córrego do Feijão – que salta aos olhos de qualquer pessoa – é que o refeitório e a área administrativa, entre outras estruturas, estavam localizados pouco mais de 1 km a jusante da barragem B1. Nos 17 anos seguintes à aquisição da Ferteco, a Vale, simplesmente, não se preocupou em relocar tais estruturas para sítio mais seguro, mesmo com seguidos indícios de que a saúde da barragem B1 não ia bem.<sup>91</sup>

Em outro ponto do relatório, os parlamentares constatam que:

[a] barragem B1 tinha um Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração (PAEBM), segundo o qual, se a estrutura

<sup>89</sup> MPMG. *MPMG e PCMG finalizam investigações sobre o rompimento da barragem em Brumadinho; 16 pessoas são denunciadas por homicídio qualificado e crimes ambientais*. Minas Gerais. 21 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>90</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório final da CPI de Brumadinho*. [s.l.: s.d.], p. 188. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpibruma/RelatorioFinal.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 31.

rompesse, isso ocorreria de forma abrupta e instantânea, dando pouca chance de sobrevivência aos empregados e terceirizados que ficavam logo a jusante dela, no refeitório, no centro administrativo e em outras estruturas ali existentes.<sup>92</sup>

Após a apuração de todos os fatos que culminaram com o rompimento da barragem I da Mina Córrego do Feijão, os parlamentares concluíram “que os delitos cometidos pelos responsáveis pela segurança e estabilidade da barragem B1 foram praticados na modalidade dolosa, com dolo eventual, em que se assume o risco de produzir o resultado deletério”.<sup>93</sup>

O relatório indica que “houve cegueira deliberada da empresa e de seus empregados ao não tomarem providências com relação aos inúmeros indicadores da iminência da ruptura da barragem B1”, o que acabou por acontecer. Os parlamentares finalizam indicando que “apesar de conhecerem o risco real de danos a bens juridicamente protegidos e da necessidade real e positiva de ações que impedissem ou, no mínimo, minorassem sua ocorrência, tais ações não foram adotadas”.<sup>94</sup>

#### 4. Conclusão

O presente estudo buscou abordar a responsabilidade ambiental em tragédias envolvendo o rompimento de barragens, tomando por base as duas maiores e mais recentes da história do nosso país.

Durante seu desenvolvimento, foram analisadas a tríplice responsabilidade ambiental, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a responsabilização de seus representantes acerca das mortes ocasionadas em razão do rompimento.

Também foi feita uma análise conceitual acerca dos institutos do dolo e da culpa, tratando, ainda, das diferenças entre dolo eventual e culpa consciente. Tal distinção se mostrou importante para aferir a responsabilidade criminal dos dirigentes das empresas que controlavam as barragens, na medida em que as penas imputadas aos crimes de homicídio culposo e doloso são bem diferentes.

Por fim, foram debatidos os casos concretos de rompimento de barragens nas cidades de Mariana e Brumadinho, ambas em Minas Gerais, indicando também algumas das decisões já tomadas nas ações penais propostas.

Constatou-se que no rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, o TRF 1 decidiu que não houve crime autônomo de homicídio, em razão de ausência de justa causa, sendo as mortes decorrência do crime de inundação.

Diferentemente do caso acima exposto, na ação proposta junto à justiça estadual de Minas Gerais para apurar os crimes, em tese, relacionados ao rompimento

---

<sup>92</sup> Ibid. p. 44.

<sup>93</sup> Ibid. p. 44.

<sup>94</sup> Ibid. p. 44.

da barragem I da Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, ainda não houve um posicionamento concreto acerca do tema, mas o STJ, em julgamento de *Habeas Corpus*, manteve em aberto a possibilidade de ter sido caracterizado o dolo eventual dos réus.

Em termos conclusivos, verificou-se que quando os representantes das pessoas jurídicas têm o dever de agir segundo determinados critérios e normas para garantir a segurança das estruturas de barragens e não o fazem, pode ser configurado o dolo eventual nos crimes cometidos.

Há de se observar, porém, que há uma linha tênue de distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, que dependerá das atitudes tomadas por cada envolvido no caso concreto, devendo-se definir em cada caso se o indivíduo assumiu o risco de ocasionar o resultado ou se violou o dever objetivo de cuidado.

### Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BASILIO, Patrícia. Ao tomar posse, presidente da Vale disse que seu lema seria 'Mariana nunca mais'. *Época Negócios*. [s.l.] 25 jan. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/01/ao-tomar-posse-presidente-da-vale-disse-que-seu-lema-seria-mariana-nunca-mais.html>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1263800/SC*. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Daniel Elias de França. Relator: Min. Jorge Mussi, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25240509/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1263800-sc-2011-0154972-9-stj/inteiro-teor-25240510>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 37293/SP 2012/0049242-7*. Recorrente: Arauco Forest Brasil S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Laurita Vaz, 02 de maio de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23175174/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-37293-sp-2012-0049242-7-stj/inteiro-teor-23175175>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 39173/BA 2012/0203137-9*. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás. Recorrido: União. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 06 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863994668/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-39173-ba-2012-0203137-9/inteiro-teor-863994679?ref=serp>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 495.038/MG (2019.0054058-8)*. Impetrado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Paciente: Alexandre de Paula Campanha. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 27 fev. 2019. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20495.038%20.pdf](https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20495.038%20.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário 548181/PR*. Relator: Min. Rosa Weber, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf/inteiro-teor-159438360>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (4ª Turma). *Habeas Corpus 1033377-47.2018.4.01.0000*. Impetrado: Juízo da 1ª Vara Federal Subseção de Ponte Nova/MG. Paciente: Sergio Consoli Fernandes e outros. Relator: Desembargador Federal Olindo Herculano de Menezes, 23 abr. 2019. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896709442/habeas-corpus-hc-hc-10333774720184010000>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório final da CPI de Brumadinho*. [s.l.: s.d.] p. 519-520. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpibruma/RelatorioFinal.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – vol. 1: parte geral – arts. 1º a 120. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. 2005 *apud* CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – vol. 1: parte geral – arts. 1º a 120. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Tragédia em Mariana exige cautela para não provocar aberrações jurídicas*. [s.l.] 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/tragedia-mariana-exige-cautela-nao-causar-aberracao-juridica>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

ESTADO DE MINAS GERAIS (periódico). *Quatro anos após desastre de Mariana, cidades fantasmas emergem da Lama*. Minas Gerais. 02 nov. 2019. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/02/interna\\_gerais,1097978/quatro-anos-apos-desastre-de-mariana-cidades-fantasmas-emergem-da-la.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/02/interna_gerais,1097978/quatro-anos-apos-desastre-de-mariana-cidades-fantasmas-emergem-da-la.shtml)>. Acesso em: 15 mar. 2021.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.). *Direito penal esquematizado*: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Esquematizado).

FREITAS, Raquel. *Tragédia de Mariana, 5 anos: sem julgamento ou recuperação ambiental, 5 vidas contam os impactos no período*. G1. Belo Horizonte, 05 nov. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/11/05/tragedia-de-mariana-5-anos-sem-julgamento-ou-recuperacao-ambiental-5-vidas-contam-os-impactos-no-periodo.ghtml>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, vol. 3: responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

INEA. *Segurança de barragens*. [s.l.: s.d.]. Disponível em: <<http://www.inea.rj.gov.br/ar-agua-e-solo/seguranca-hidrica/seguranca-de-barragens/#:~:text=A%20seguran%C3%A7a%20de%20barragens%20se,e%20desastres%20relacionados%20%C3%A0%20C3%A1gua.&text=A%20probabilidade%20de%20ruptura%20de,empreendimentos%20sejam%20tratados%20com%20seriedade>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

LEITE, Flávia Piva Almeida; MALTEZ, Rafael Tocantins. O regime jurídico ambiental da tríple responsabilidade civil, administrativa e penal no âmbito do direito ambiental a partir de desastres tecnológicos na modalidade rompimento de barragem. *Revista da faculdade de direito da UFG*, vol. 43, 2019. [s.l.]. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/59995>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

MEIRELES, Hely Lopes. *Apud* ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MILARÉ, Édis. 2013 *apud* LEITE, Flávia Piva Almeida; MALTEZ, Rafael Tocantins. O regime jurídico ambiental da tríple responsabilidade civil, administrativa e penal no âmbito do direito ambiental a partir de desastres tecnológicos na modalidade rompimento de barragem. *Revista da faculdade de direito da UFG*. Vol. 43, 2019. [s.l.]. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/59995>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

MPF. *Denúncia do processo nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. [s.l.]. 22 out. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *PGR participa de negociação para garantir pagamento de indenizações em Brumadinho (MG)*. [s.l.]. 21 jan. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-participa-de-negociacao-para-garantir-pagamento-de-indenizacoes-em-brumadinho-mg>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

MPMG. *MPMG e PCMG finalizam investigações sobre o rompimento da barragem em Brumadinho; 16 pessoas são denunciadas por homicídio qualificado e crimes ambientais*. Minas Gerais. 21 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

PETERS, Edson Luiz; PIRES, Paulo de Tarso de Lara. 2005 *apud* JANNUZZI, Sheila; BERTÉ, Rodrigo. A tríplice consequência do dano ambiental. *Revista Meio Ambiente e Sustentabilidade*. Vol. 1, n. 1, 2012. [s.l.]. Disponível em: <<https://www.revistasuninter.com/revistameioambiente/index.php/meioAmbiente/article/view/62>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

SMORIGO, Carla Brum Carvalho; PEREIRA, Guilherme dos Santos. *A tríplice responsabilização ambiental: casos de Brumadinho e Mariana*. [s.l.: s.d.]. Disponível em: <[https://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20191204163845.pdf](https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20191204163845.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

VALLES, Jaqueline do Prado. *Tragédia em Brumadinho revela a sutil diferença entre dolo eventual e culpa consciente*. [s.l.: s.d.]. Disponível em: <<https://vallesadv.com.br/tragedia-de-brumadinho-revela-a-sutil-diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciencia/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

# Agências Reguladoras no Brasil: fundamento constitucional e base legal

## *Regulatory Agencies in Brazil: constitutional foundation and legal basis*

José Marinho Paulo Junior\*

Marcos Aurélio Vasconcelos de Freitas\*\*

### Sumário

1. Introdução. 2. Das Agências Reguladoras: origem e evolução histórica. 3. Fundamento de validade constitucional e Normatização infraconstitucional. 4. Da ebulição da consensualidade. 5. Da ressignificação da regulação reflexiva. 6. Conclusões. Referências.

### Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, o fundamento constitucional e as bases legais das agências reguladoras no Brasil. Sob a luz da Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck e da ciência interdisciplinar de resolução de conflito, o recorte de pesquisa se adstringe ao exame de suas balizas normativas contemporâneas, não se dedicando à análise comparatística ou histórica. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a ressignificação do conceito de regulação, enquanto também reflexiva.

---

\* Pós-Doutorando (IVIG/COPPE-UFRJ). Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito (UERJ). Especialista em Resolução de Conflitos (*Justice Institute of British Columbia/Canada*). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

\*\* Doutor em *Economie de l'Environnement* – *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* – EHESS – Paris (1994). Mestre em Engenharia Nuclear e Planejamento Energético pela COPPE/Universidade Federal do Rio de Janeiro (1988). Diretor da Sociedade Brasileira de Planejamento Energético. Professor do Programa de Planejamento Energético da COPPE/UFRJ. Coordenador Executivo do Instituto Virtual Internacional de Mudanças Globais (IVIG/COPPE/UFRJ). Foi Superintendente de Estudos e Informações Hidrológicas da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL – 98 a 2000); Diretor da Agência Nacional de Águas (ANA – 2000-2004); Secretário Executivo do Centro Nacional de Referência em Biomassa (97-98); Assessor Hidrológico Brasileiro junto à Organização Mundial de Meteorologia (OMM – 1998-2004); *Adviser* da Comissão de Hidrologia da Organização Mundial de Meteorologia (OMM – 2004-2008), e Coordenador do Programa de Planejamento Energético da COPPE/UFRJ (10/2011 a 03/2014).

## Abstract

*This article aims to assess, through bibliographic review, the constitutional foundation and the legal basis of Brazilian regulatory agencies. Under the light of Lênio Streck's Critical Hermeneutics of Law ("Crítica Hermêutica do Direito") and of the interdisciplinary conflict resolution science, this research is limited to inquiring about their contemporary normative boundaries, but not examining any comparative or historical perspective. This study is justified by the urge of redefining the nature of regulatory agencies, equally reflexive.*

**Palavras-chave:** Agência reguladora. Resolução de conflito. Fundamentos constitucionais.

**Keywords:** Regulatory agency. Conflict resolution. Constitutional basis.

## 1. Introdução

O presente artigo perquire, em revisão bibliográfica, o fundamento constitucional e as bases legais das agências reguladoras no Brasil. Sob a luz da Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck e da ciência interdisciplinar de resolução de conflito, o recorte de pesquisa se adstringe ao exame de suas balizas normativas contemporâneas, não se dedicando à análise comparatística ou histórica. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a ressignificação do conceito de regulação, enquanto também reflexiva.

A abordagem se dá através do método hermenêutico fenomenológico, com revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem, não mais a partir de um sistema fechado de referências, mas sim no plano da historicidade. A ênfase, portanto, passa à compreensão – em que o compreender não é mais um agir do sujeito e sim um modo de ser que se dá pela intersubjetividade.<sup>1</sup>

## 2. Das Agências Reguladoras: origem e evolução histórica

A origem histórica das agências reguladoras remonta ao ano de 1887, quando, nos Estados Unidos, iniciou-se o período intervencionista do Estado (por meio da regulação), após a fase liberalista, para enfrentar os monopólios e a concorrência desleal então perpetradas pelas ferrovias americanas. Nada obstante isto, somente a partir da ascensão de Franklin Delano Roosevelt, em 1933, é que proliferaram as *Independent Regulatory Comissions*, ampliadas para outros setores da economia, igualmente em combate ao controle monopolista e à concorrência desleal.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>2</sup> MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro: Problemas e soluções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 23-39.



No ordenamento norte-americano há três espécies de agências: agências reguladoras independentes – *Independent Regulatory Comissions*; agências reguladoras quase independentes; e agências executivas.

As Agências Reguladoras Independentes (*Independent Regulatory Commission*) são entidades administrativas autônomas e altamente descentralizadas, com estrutura colegiada, com membros nomeados para cumprir um mandato fixo, do qual apenas podem ser exonerados por força de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*). A nomeação, inclusive a do presidente do colegiado (*Chairman*), cabe ao Chefe do Executivo com a prévia aprovação do Senado. A independência dessas agências pressupõe a discricionariedade técnica, isto é, suas posições são lastreadas em critérios puramente técnicos. Caracterizam-se também pela especificidade, atuando em setores específicos da atividade econômica, principalmente em serviços públicos, tais como água, energia elétrica, gás e telecomunicações.

As agências executivas, por sua vez, têm características jurídicas similares às das autarquias brasileiras: entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei com a atribuição de gerenciar e conduzir, de forma especializada, uma missão governamental específica. Apesar de formalmente com autonomia funcional, são entes vinculados à Administração Central, quedando sujeitas à orientação ditada pelo Presidente ou Ministro de Estado responsável pelo setor respectivo. Sua direção, ademais, pode ser exonerada a qualquer momento pelo Presidente, embora para a nomeação seja invariavelmente submetida à aprovação do Senado. Assim, ao contrário do que ocorre em relação às agências tipicamente reguladoras, o Presidente dos Estados Unidos da América tem total controle sobre as agências executivas, sendo de sua competência legal ditar-lhes a política a ser seguida, com possibilidade de exonerar *ad nutum* a chefia.

Fato é que o modelo norte-americano de agências reguladoras acabou por influenciar os demais países que copiaram ou adaptaram esse modelo introduzindo-o na estrutura administrativa do Estado. Não foi diferente com o sistema brasileiro.

As agências reguladoras são relativamente recentes em nosso país, surgindo na última metade da década dos anos 90, enquanto fruto das transformações do próprio Estado brasileiro, que passara, não mais como produtor, a dar ênfase à sua função reguladora, intervindo indiretamente na ordem econômica. Nesse processo de transformação do Estado, deu-se a desestatização de serviços públicos, notadamente nos setores de telecomunicações e energia elétrica, além da flexibilização do monopólio do petróleo.

Seria, entretanto, incorreto afirmar que não havia órgãos reguladores de diversos setores econômicos antes disso. Basta citar, por exemplo, o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Imobiliários, que, de certa forma, são órgãos de regulação, embora se distanciem das Agências Reguladoras

criadas durante a desestatização por não terem a independência destas.<sup>3</sup> Todavia, a grande novidade das Agências Reguladoras consiste justamente em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública indireta.<sup>4</sup> As agências reguladoras observam uma agenda estatal e não governamental, competindo-lhes cumprir políticas de Estado, de caráter mais amplo e permanente, insubordinadas a prioridades e diretrizes do governante de ocasião.<sup>5</sup>

### 3. Fundamento de validade constitucional e Normatização infraconstitucional

O poder regulatório da atividade econômica é expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174:

*Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

*§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.*

A despeito disto, a menção a agências reguladoras no texto constitucional se dá apenas e exclusivamente quanto às Agências Nacionais de Telecomunicações e do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (respectivamente, ANATEL e ANP), com a referência à expressão “órgão regulador” contida nos arts. 21, XI,<sup>6</sup> e 177, 2º, III<sup>7</sup> – o que suscita dúvidas sobre a constitucionalidade de outras que não estas e, assim, há mesmo quem sustente que a função reguladora só tem validade constitucional para as agências

<sup>3</sup> VALADA, Matheus Malta. Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Jusbrasil* [16 ago. 2022]. Disponível em: <https://matheusvalada.jusbrasil.com.br/artigos/250343710/agencias-reguladoras-nodireito-brasileiro>. Consulta em: 19 out. 2022.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 25.

<sup>5</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania* – a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo/Brasília: Editora 34/ENAP, 1998, p. 226.

<sup>6</sup> Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

<sup>7</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. [...] § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

previstas na Constituição, inexistindo tal opção a outras, porquanto simplesmente imprevisas.<sup>8</sup> Prevalece, todavia, entendimento<sup>9-10</sup> no sentido de que tais menções feitas pelo Constituinte não são exaustivas, porquanto aberta à opção de, no exercício do poder regulatório, criar agência para tanto, dotando-a de mecanismos de garantia de sua independência.

Superando tal discussão, a primeira agência a ser criada foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), através da Lei nº 9.427/96,<sup>11</sup> com funções pertinentes ao setor de energia elétrica e de uso de potenciais energéticos. Através de delegação do Ministério de Minas e Energia, cabia-lhe também outorgar concessões e permissões de serviços referentes a este setor – neste ponto, reconheça-se, com independência reduzida, porquanto vinculada ao Ministério.

No ano seguinte, é criada a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio da Lei nº 9.472/97,<sup>12</sup> com competência para implementar a política nacional de telecomunicações, celebrar os contratos de concessão no setor, bem como normatizar toda a outorga de serviços públicos ao particular e, portanto, a prestação do serviço privado. Cabia a ela também definir normas quanto à padronização de todo equipamento usado pelas prestadoras de serviço, visando à integração de todas as redes e assim garantindo a concorrência. Tal agência já é dotada de maior independência, inclusive com a impossibilidade de demissão *ad nutum* de gestores.

Ainda no ano de 1997, através da Lei nº 9.478/97,<sup>13</sup> é criada a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP),<sup>14</sup> cuja peculiaridade era a de compartilhar competências com o Presidente da República e com o Conselho Nacional de Política Energética. Se a estes competia a fixação de políticas públicas referentes ao setor, àquela cabia a regulação para sua eficaz implementação. Posteriormente, em virtude da descoberta de reservas de petróleo no pré-sal, para que se garantisse à União maior controle da área e maior arrecadação de valores, retirou-se parte das atribuições da ANP relativas à licitação: a esta, apenas a competência de processar a licitação, ao passo que ao Ministério de Minas e Energia, a decisão de licitar e de elaborar o edital.

No ano de 1999 é criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da Lei nº 9.782/99,<sup>15</sup> com competência para a regulação sobre grandes áreas

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2022. p. 146-147.

<sup>9</sup> Tal como o de Leila Cuéllar: “A atipicidade não permite sustentar a inconstitucionalidade das agências. Assim, a ausência de previsão constitucional expressa acerca de cada uma das agências que eventualmente fossem criadas não importa imediatamente a inconstitucionalidade dos entes reguladores.” (CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001)

<sup>10</sup> Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta (Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

<sup>11</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472cons.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>13</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>14</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>15</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

privadas da economia que podem apresentar risco à saúde da população, como medicamentos, tabaco, alimentos, bebidas e equipamentos médicos, além de propor ao Ministério da Saúde o estabelecimento de políticas públicas sobre o setor.

No ano seguinte, através da Lei nº 9.961/00,<sup>16</sup> é criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), competente para a regulação dos planos de saúde privados, com amplo poder regulatório em setor privado da economia, inclusive sobre as relações contratuais entre empresas de saúde e seus clientes.

No mesmo ano, é criada, através da Lei nº 9.984/00, a Agência Nacional de Águas (ANA),<sup>17</sup> responsável por regulamentar a implementação da Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe inclusive a avaliação da operação de reservatórios tanto pelo poder público como por particulares.

Após isso, em 2001, são ambas criadas através da Lei nº 10.233/01,<sup>18</sup> a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). A ANTT regula assuntos referentes ao transporte ferroviário de cargas e passageiros pelo Sistema Nacional de Viação, ao transporte rodoviário de carga e passageiros e à exploração da infraestrutura relativa tanto ao transporte rodoviário quanto ao ferroviário, inclusive a outorga e licitações para a exploração de tais infraestruturas. A ANTAQ, por sua vez, regula o transporte de carga e de passageiros através dos cursos de água, sejam rios, lagos, ou no mar, seja o transporte feito de longo curso ou de cabotagem, bem como a infraestrutura portuária, a exploração portuária por particulares e também as convocações de procedimentos licitatórios.

Ainda em 2001, é criada a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) através da Medida Provisória n.º 2.228-1, posteriormente convertida na Lei nº 10.454, de 13 de maio de 2002, administrada por uma diretoria colegiada, composta de um Diretor-Presidente e três Diretores, com mandatos fixos e não coincidentes, aprovados pelo plenário do Senado Federal. Suas atribuições mais relevantes são o fomento à produção cinematográfica regional e à adaptação de obras publicitárias cinematográficas estrangeiras para o país.

Nova Agência Reguladora vem a ser criada em 2005 pela Lei nº 11.182/05: a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), responsável pela regulação da aviação civil e da infraestrutura aeroportuária, fiscalizando a outorga de serviços de aviação no Brasil, concedendo a exploração de tais serviços e também, em conjunto com órgãos de defesa da concorrência, reprimindo infrações de ordem econômica.

Com atribuição para o planejamento da exploração mineral e o aproveitamento dos recursos minerais, assegurando, controlando e fiscalizando o exercício das atividades de mineração, além de regular o uso dos recursos minerais de domínio da União, observando a utilidade pública e o interesse nacional, garantindo racionalidade do aproveitamento dos bens minerais, da concessão do subsolo, reparabilidade

<sup>16</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>17</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>18</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm). Acesso em: 29 out. 2021.

financeira e estrutural à sociedade e a sustentabilidade do meio ambiente, a Agência Nacional de Mineração (ANM) vem a ser criada por meio da Medida Provisória nº 791, de 25 de julho de 2017, posteriormente convertida na Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017.<sup>19-20</sup>

E ainda mais recentemente, a Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022,<sup>21</sup> transformou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial.

Existem também agências reguladoras estaduais e municipais, que em sua grande maioria, devido a menor quantidade de atividades reguladas,<sup>22</sup> acabam sendo multissetoriais, diferentemente das agências federais.

A título meramente exemplificativo, tenha-se a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), que regula os serviços de saneamento, transporte de passageiros, energia elétrica, estações rodoviárias, travessias hidrográficas, travessias hidroviárias, rodovias concedidas e gás canalizado.<sup>23</sup> No Estado do Rio de Janeiro, também a título ilustrativo, a Lei Estadual nº 4.555/2005 criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP), enquanto a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) foi criada através da Lei Estadual nº 4.556/05.<sup>24</sup>

Há ainda quem enxergue no próprio Ministério Público uma agência reguladora.<sup>25</sup> Alencar<sup>26</sup> aduz que a autorregulação do *Parquet* e seu amplo arsenal de possibilidades de interferência em seu foco de atuação permitem chamá-lo agora de órgão público regulador, como uma agência *sui generis*, conferindo-lhe “sem sombra de dúvida, o título de maior e mais importante regulador estatal do Brasil.”

<sup>19</sup> BRASIL. Publicação no site do Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm). Consulta em: 31 out. 2022.

<sup>20</sup> Foi efetivamente instalada em 28 de novembro de 2018, pelo Decreto nº 9.587, com a extinção do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que prosseguira transitoriamente até tal marco (conforme Parecer nº 00233/2017/PF-DNPM-SEDE/PGF/AGU).

<sup>21</sup> BRASIL. Publicação no site do Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1124.htm). Consulta em: 25 out. 2022.

<sup>22</sup> Em sentido diverso, sustentando a complexidade específica de serviços, nascidos de realidades locais e sujeitos a moldes distintos, na vastidão de um país com centenas de municípios de pequeno porte, vide por todos AMORIM, Alexandre Gonçalves de. Gestão Municipal em um país de pequenas e médias cidades. In *Gestão Municipal no Brasil: modernização, cooperação e humanização*. CARNEIRO, José Mario Brasiliense; GIOSA, Livio Antonio; LEMOS, Murilo Lemos de. (Org.). São Paulo: Oficina Municipal; Fundação Konrad Adenauer Brasio, 2021, p. 72-91.

<sup>23</sup> Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/inicial>. Consulta em: 19 out. 2022.

<sup>24</sup> Disponível em: [http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5&Itemid=27](http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=27). Consulta em: 21 out. 2022.

<sup>25</sup> Neste diapasão, tenha-se, aliás, tese de doutoramento em que se sustentou ser o Ministério Público também uma agência reguladora quando no velamento de fundações de direito privado. PAULO JUNIOR, José Marinho. *Do Ministério Público enquanto Meta(Agência) Reguladora Reflexiva Fundacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2021.

<sup>26</sup> ALENCAR, Paulo Wunder de. Autorregulação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 58, p. 179-194, out./dez. 2015.

Sintomático o poder-dever regulatório de velamento de fundações confiado às Provedorias do Ministério Público, enquanto defensor da cidadania *lato sensu*,<sup>27</sup> na forma dos artigos 62 e seguintes do Código Civil em sua forma combinada com os artigos 764 e 765 do Código de Processo Civil.<sup>28</sup>

As fundações, como, de resto, outras instituições que, embora privadas, perseguem fins de interesse público, têm estado sempre sujeitas à ação fiscalizadora e tutelar do Estado, atribuição essa denominada provedoria. Arremata Sérgio de Andréa Ferreira, o primeiro provedor de fundações do Estado do Rio de Janeiro:<sup>29</sup> “O provedor é o que provê, porque prevê; o é o que dispõe, o que regula [...]”.

#### 4. Da ebulição da consensualidade

Em paralelo a esta reconfiguração do Estado regulador, o estímulo à consensualidade, com evolução da ciência de resolução de conflitos, passou a ser um novo mote em nosso ordenamento, sendo a Lei Nacional de Mediação e o Novo Código de Processo Civil emblemáticos desta nova realidade por inúmeras outras iniciativas, em clara compreensão de que mesmo a indisponibilidade do interesse público não se confundiria com a disponibilidade de meios para atingi-lo, sendo imprópria a invocação do princípio da indisponibilidade do interesse público como óbice à sua utilização por entes públicos.<sup>30</sup>

Desde o visionário termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 11 §5º da Lei nº 6.385/76),<sup>31</sup> posteriormente remodelado pelo art. 14 da Lei nº 13.506/2017, a consensualidade também foi ampliada, por exemplo, por meio do acordo de leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011; art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), do compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), dos acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo Banco Central do Brasil (art. 30 da Lei nº

<sup>27</sup> A acepção ampla de cidadania vai além da seara eleitoral. Cabe ao *Parquet* não apenas sua defesa no estrito senso eleitoral, mas também em sua mais larga significação cívica, segundo Mazzilli (op. cit., p. 198). O velamento fundacional, de natureza eminentemente regulatória, é direcionado primordialmente ao desenvolvimento e ao crescimento do setor terciário, enquanto propulsor da efetividade de direitos da pessoa humana, segundo Luiz Fabião Guasque. FABIÃO GUASQUE, Luiz. O Estado liberal, as fundações e associações civis instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 10, p. 132-134, 1999)

<sup>28</sup> O que é reverberado difusamente na legislação, como, por exemplo, na Lei nº 13.151/2015, na Lei nº 8.958/1994 e na Lei nº 12.101/2009.

<sup>29</sup> A íntegra da passagem: “O provedor é o que provê, porque prevê; o é o que dispõe, o que regula, o que ordena, o que providencia, o que verifica, examina, fiscaliza, inspeciona, corrigindo o que não está conforme às normas pertinentes. A provedoria tem estado distribuída entre órgãos administrativos e judiciários, conservando sempre, porém, sua natureza administrativa. Com efeito, é um meio-termo entre a supervisão administrativa e o poder de polícia ordinário sobre as pessoas jurídicas particulares em geral. Do ponto de vista do Judiciário, trata-se de jurisdição voluntária ou graciosa (...)” (FERREIRA, Sérgio de Andréa. A intervenção do Ministério Público nas fundações. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 127, p. 615-622, jan./mar. 1977)

<sup>30</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XIV, 2014.

<sup>31</sup> Poder-se-ia retroagir ainda mais no tempo. Bastaria lembrar do longo instituto da desapropriação amigável previsto pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo artigo 10 previa expressamente que poderia efetivar-se mediante acordo.

13.506/2017) e o compromisso do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei n.º 13.655/2018.

Em paralelo, diversos diplomas legais remetem à arbitragem para conflitos da Administração Pública. A título exemplificativo, afora evidentemente a Lei n.º 9.307/96 (Lei Nacional de Arbitragem), tenham-se a Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 93, XV; Lei n.º 9.478/97 (Lei de Petróleo), art. 43, X; Lei n.º 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 11, III; Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 23-A; Lei n.º 10.848/04 (Lei sobre a Comercialização de Energia Elétrica), art. 4º, §§ 5º, 6º e 7º; Lei n.º 4.418/02 (Estatuto do BNDES), art. 9º, I.

Tal movimento conciliatório foi acompanhado por diversas unidades da Federação. No Rio de Janeiro, destacam-se, por exemplo, o Decreto Estadual n.º 42.625/2018 (de Arbitragem na Administração Pública) e a Lei Estadual n.º 5.427/2009 (sobre ajustes em procedimentos administrativos – com repercussão na atividade de velamento fundacional pelo *Parquet*).

E assim não se deu apenas na *terrae brasilis*. Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas<sup>32</sup> também migraram de adversariais a dialógicos.

Na América Latina, na década de 90, uma série de conferências realizadas em diferentes localidades para sensibilizar os gestores de conflitos impulsionou o movimento conciliatório.<sup>33</sup> Consoante Highton de Nolasco *et al.*,<sup>34</sup> na Colômbia, a Lei n.º 23/1991 instituiu mecanismos para descongestionar o Poder Judiciário, com a criação de centros de mediação sob controle do Ministério da Justiça, além de obrigar Faculdades de Direito a organizarem centros próprios e de prever a mediação comunitária. No mesmo ano, na Argentina, o Ministério da Justiça iniciou a elaboração do Plano Nacional de Mediação para implementar programas consensuais em diversos setores da sociedade, sobrevivendo, nos anos seguintes, diversas iniciativas para ampliar a mediação no país – o que culminou na Lei n.º 24.573/1995 sobre mediação prévia judicial em caráter obrigatório.

Em decorrência da Diretiva n.º 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Europeia, foi editada na Itália a Lei n.º 69, de 18 de junho de 2009, posteriormente regulamentada pelo Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010. Na França, antes mesmo da Diretiva, já se admitia mediação, por meio do Decreto n.º 96-652 de 1996, ampliando, todavia, o Decreto n.º 66, de 2012, com adoção do processo

<sup>32</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XI (2013). Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em: 22 set. 2021.

<sup>33</sup> SANTOS, André Luis Nascimento dos. *A influência das organizações internacionais na reforma dos judiciários de Argentina, Brasil e México*: o Banco Mundial e a agenda do acesso à Justiça. Dissertação de mestrado – Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em: [http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre\\_luis\\_atual.pdf](http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>34</sup> HIGHTON DE NOLASCO, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p. 153.

participativo. Na Espanha, o Decreto-Lei nº 5/2012<sup>35</sup> ampliou o tratamento antes dado pela Lei nº 15/2005. Na Alemanha, publicada a *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, em 25 de julho de 2012,<sup>36</sup> a mediação não se tornou claramente obrigatória, mas por outro lado, exige-se que ao ingressar com a ação, a parte informe se houve alguma tentativa conciliatória prévia. No Reino Unido, o *Code of Procedural Rules* prevê, em 36.21 (1), igual incentivo.<sup>37-38</sup>

Nos Estados Unidos, há o *Uniform Mediation Act*. Por seu turno, no Canadá, foram editados extensos regulamentos acerca da matéria, como o *Investment Canada Act*<sup>39</sup> e *Rules of Civil Procedure*,<sup>40</sup> com o instituto do *Offer to Settle*. Na Província de *British Columbia*, vigoram o *Law and Equity Act - Notice to Mediate (Family) Regulation*<sup>41</sup> e *Small Claims Rules*.<sup>42</sup>

Longe de ser apenas um fenômeno ocidental, países como a China (por seu *People's Mediation Law*)<sup>43</sup> igualmente adotaram inovações legislativas nesta direção.

Em termos metodológicos, ocorre vertiginosa revolução negocial<sup>44</sup> coletiva em um meio cada vez mais virtual e com necessidade de tratamento de *Big Data*<sup>45</sup> – onde

<sup>35</sup> Texto disponível no *Boletín Oficial del Estado*: <<http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A2012-3152.pdf>>. Acesso em: 07/03/2012.

<sup>36</sup> *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35*, ausgegeben zu bonn am 25. Juli 2012. Disponível em: <<http://www.bundesgesetzblatt.de>>. Acesso em: 26/07/2012.

<sup>37</sup> REINO UNIDO. *Code of Procedural Rules (1998)*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

<sup>38</sup> A mediação na Grã-Bretanha se inicia em 1978 (pelo menos), a partir do movimento *Parents Forever*, que se dedicava a conflitos entre pais e mães separados, com o primeiro serviço de mediação em Bristol. (BARBOSA, Águida Arruda. *História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências*. Disponível em: [www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrod-partel.pdf](http://www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrod-partel.pdf). Acesso: 05 nov. 2021)

<sup>39</sup> CANADA. *Investment Canada Act*. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/ik00064.html#MediationGuideline>>. Consulta em: 15 abr. 2020.

<sup>40</sup> De acordo com *Rules of Civil Procedure*, autor ou réu estão autorizados a fazer propostas *without prejudice* (v.g., que não podem influenciar o julgamento pelo magistrado) que fixam em prol do ofertante o limite abaixo do qual se lhe isentam isentas custas e honorários. Noutras palavras, caso o resultado do processo não supere a proposta, o proponente ganha proporcionalmente vantagens fiscais. Tenha-se, neste mesmo sentido, o *Offer to Settle* previsto na Rule 10.1 do *Small Claims Rules of British Columbia*.

<sup>41</sup> BRITISH COLUMBIA. *Law and Equity Act – Notice to Mediate (Family) Regulation [RSBC 1996] CHAPTER 253*. Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

<sup>42</sup> BRITISH COLUMBIA. *Small Claims Rules (2012)*. Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

<sup>43</sup> Muito embora a mediação faça parte do tecido cultural chinês há milênios, sendo socialmente respeitada a assistência de terceiros neutros em conflitos desde tempos antigos, o modelo evoluiu, hoje subdividido em civil, judicial, administrativo e arbitral, com treinamento de seus integrantes e suporte institucional. (HEPING *et al.*, 2020. Disponível em: <<https://weinsteininternational.org/mediation-in-china/>>. Acesso em: 17 ago. 2021)

<sup>44</sup> “Negociação” em sentido amplo; incluída, pois, a negociação assistida qualificada (a mediação), esponsada aqui a concepção *lato sensu* de William Ury e Roger Fisher (URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Books, 1992). Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o *Uniform Mediation Act*, que dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

<sup>45</sup> Diante da complexidade que denomina “ciclo de engajamento” na mídia social, fica clarividente a necessidade de haver um sistema próprio, adequado, predisposto e igualmente complexo para tratamento da informação, constante, flutuante e contínua, que passa por tal meio digital. E tudo sem mencionar a constante ebulição de tecnologias, tais como o *Open Data*, que sonham em mudar o modo como cidadãos



não se permite às instituições o simplório *opt-out*, em realidades impostas.<sup>46</sup> Sob tais luzes, ao se olhar para o cenário jurídico-processual, frente a demandas processuais coletivas *lato sensu*, não bastará ao operador do direito adotar adequado veículo de diálogo em massa.

Haverá de ir além, devendo lançar mão, de igual forma, de instrumento de análise quantitativo-qualitativa da informação complexa, sem o que estará diante da absurda alternativa de se perder tal inestimável dado ou de se quedar paralisado em assombro diante do que não consegue compreender. Colher dados em massa e extrair significado e sentido destes são tarefas que andam de mãos entrelaçadas.<sup>47</sup> A resolução de conflito reclama seu reconhecimento como ciência e não só como arte.<sup>48</sup>

Já há muito antecipava Alvin Toffler<sup>49</sup> o colapso dos instrumentos clássicos para construção de consenso e a implosão do sistema decisório tradicional, com sua escala inadequada, incapaz de lidar adequadamente com problemas transdisciplinares, inepto a acompanhar a velocidade crescente da realidade, inábil a lidar com altos níveis de tecnologias diversificadas, com forma obsoleta da era industrial e vácuo de liderança.

Migra-se do modelo único da audiência pública a novos meios dialógicos em massa, destacados entre estes *Consensus Building Approach*, *Open Space Technology*, *World Café*, *Deliberative Polling*, *21st Century City Hall Meeting*, além de processos circulares (como as *Gacaca Courts*), narrativos, constelares, transformativos e unitários, em suas formas multitudinárias.<sup>50</sup>

---

e governos interagem em relação a problemas que conjuntamente se prestam a enfrentar. (LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012)

<sup>46</sup> E não há, para o Direito e a Justiça, a opção estratégica de contrafluxo comportamental. Se uma instituição resiste à mudança, pode rapidamente colocar-se em uma rota de declínio daqueles que falharam em entender o novo modelo de seu negócio, ainda que com uma menor fatia do mercado – ainda maior do que fatia alguma. (QUALMAN, Erik. *Socialnomics – How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 158)

<sup>47</sup> A avaliação de impacto regulatório (AIR) surge como um novo paradigma para o processo e o método de motivação e controle de escolhas com o uso de autoridade, consoante Ribeiro. (RIBEIRO, Daniel Lima. *Adaptive regulatory impact assessment: Beyond the foresight-hindsight divide*. *ResearchGate*, set. 2019)

<sup>48</sup> DANESH, Roshan. *Integrating conflict theory and practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

<sup>49</sup> Vale a transcrição: “Our so-called contemporary political systems are copied from models invented before the advent of the factory system – before canned food, refrigeration, gaslight, or photography, before the Bessemer furnace or the introduction of the typewriter, before the invention of the telephone, before Orville and Wilbur Wright took wing, before the automobile and the airplane shrunk distance, before radio and television began their alchemy on our minds, before Auschwitz industrialized deaths, before nerve gas and nuclear missiles, before computers, copying machines, birth control pills, transistors, and lasers. They were designed in an intellectual world that is almost unimaginable – a world that was pre-Marx, pre-Darwin, pre-Freud and pre-Einstein.” (TOFFLER, Alvin. *Future Shock – The third wave*. New York: Bantam Books, 1980. p. 411-415)

<sup>50</sup> Para maior detalhamento de novos métodos de resolução de conflito em massa, vide José Marinho Paulo Junior (PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos modernos de resolução de conflito em massa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 52, 2015). Sobre *Gacaca Courts*, experiência única de Rwanda, onde se deu aplicação de processo circular restaurativo a incidentes com violência, consulte-se Leslie Haskell (HASKELL, Leslie. The Legacy of Rwanda’s Community-Based *Gacaca Courts*. *Human Rights Watch*, 30 maio 2011).

É preciso compreender, todavia, na esteira de Castanheira Neves,<sup>51</sup> ao reconhecer que os modelos atuais (de justiça e jurisdição) entraram em crise,<sup>52-53-54</sup> contrapondo que disto não se extraía o negativo circunstancial, tampouco o lamento da quebra anômica, mas sim e sobretudo a consumação histórico-cultural da perda contextual do sentido das referências até então regulativas, tem-se que o conceito clássico e paradigmático tomba por terra sem sentido, sendo necessário algo novo e ressignificado. Portanto, o presente estudo se encontra no “novo da concomitância”.<sup>55</sup> As mudanças devem ocorrer a partir do paradigma e do contexto social vivenciados. Nesta medida, a contemporaneidade do sistema *sub oculis* não significa a ruptura total com paradigmas anteriores, com superação ou sucessividade, mas sim a própria transição.<sup>56</sup>

## 5. Da ressignificação da regulação reflexiva

A regulação pertine às modalidades segundo as quais o Estado delega a gestão de serviços públicos e coletivos a empresas privadas com a premissa de instituir agências administrativas independentes, chamadas de agências reguladoras, como assinala Boyer.<sup>57</sup> Também é definida como o conjunto de ações decididas e executadas por uma instância (governo, hierarquia de uma organização) para orientar as ações e as interações dos atores sobre os quais detém certa autoridade, na letra de João Barroso.<sup>58</sup>

Regular é o agir estatal mediante o qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.

<sup>51</sup> NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXXIV, p. 2, 1998.

<sup>52</sup> A noção de crise para Edgar Morin “acontece numa teoria científica ou no meio científico, a partir do momento em que a teoria em vez de integrar os dados, não pode mais fazê-lo e quando as anomalias se multiplicam tanto que, decididamente, questionam a teoria.” (MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 7). Neste sentido, o sistema jurídico atual estaria em crise (estrutural, funcional e institucional), com questionamento incessante de suas anomalias.

<sup>53</sup> Conquanto reconhecendo como imprescindível o Poder Judiciário, aduzem Spengler *et al.* que a crise deste Poder pode ser identificada como de identidade e de eficiência, com embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, inapto a lidar com a complexidade conflitiva atual, em termos de tempo e espaço. (SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 15, n. 2, p. 66, dez. 2011)

<sup>54</sup> Vale a voz de Greco, no sentido de que, se o Estado e a Justiça estão em crise, consequentemente também está o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados. (GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3)

<sup>55</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

<sup>56</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Marcia Michelle Garcia. Interdisciplinariedade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. *RJLB*, n. 4, ano 4, p. 955-999, 2018.

<sup>57</sup> BOYER, Robert. *Teoria da regulação: os fundamentos*. Tradução de Paulo Cohen. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 23. Título original: *Théorie de la régulation. Lês fondamentaux*.

<sup>58</sup> BARROSO, João. Os novos modos de regulação das políticas educativas na Europa: da regulação do sistema a um sistema de regulações. In. *Educação em revista*. Belo Horizonte, v. 39, p. 19-28, jul. 2004. p. 20.

A exata compreensão de tal conceito pressupõe também a de serviço público, que não é apriorístico, na letra de Caio Tácito,<sup>59</sup> variando em razão do perfil de atuação do Estado, da evolução social, econômica e tecnológica, ou mesmo da diversidade cultural entre os países (o que permite que atividades possam ser classificadas como serviço público em determinado país, mas como atividades econômicas eminentemente particulares em outros).

Diante da volatilidade intrínseca ao instituto, torna-se essencial para a caracterização de serviço público a análise sobre o ordenamento jurídico vigente.<sup>60-61</sup>

Nessa linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>62</sup> sustenta que todo e qualquer serviço público deve estar previsto no ordenamento jurídico, “porque a atividade econômica, caracterizada como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*) e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão.” Noutras palavras, não pode o administrador classificar, autonomamente, uma atividade econômica como serviço público, já que a publicização da atividade afastaria a livre iniciativa dos particulares. A noção de serviço depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividade: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado, conforme Bandeira de Melo.<sup>63</sup>

De toda forma, a teoria econômica que se tornou o paradigma do Estado liberal sustentava que as leis do mercado bastariam para propiciar o pleno desenvolvimento da atividade econômica, com ações individuais tendentes a uma posição de equilíbrio, sendo a ação do Estado na economia desnecessária. O Estado seria supostamente mínimo, com funções e poderes limitados, até porque ele próprio seria ontologicamente justificado à luz do acordo entre indivíduos livres para garantir uma convivência duradoura e pacífica. Mas, tal concepção de Estado passou a

<sup>59</sup> TÁCITO, Caio. As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar. *Temas de Direito Público*. Editora Renovar, 1997.

<sup>60</sup> Medauar anota que: “No tocante ao serviço público, o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel; é o plano de escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei, na tradição”. (MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 189, 1992., p. 109)

<sup>61</sup> Eros Roberto Grau, em igual sentido, aduz que a “Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público”, concluindo que “[s]erviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)”. (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Editora Malheiros, 1ª edição, 2003, p. 249/266)

<sup>62</sup> REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): Limites e Possibilidades. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 25, 2011.

<sup>63</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil – Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Administrativo*. Tomo 2, Editora Max Limonad, 2001.

admitir a necessidade de intervenção, diante da falibilidade do modelo proposto,<sup>64</sup> especialmente assegurando situações de privilégio para os economicamente fortes, sob o pretexto da proteção à liberdade.<sup>65</sup>

No mundo corporativo, nas duas últimas décadas, a responsabilidade social (ou *Corporate Social Responsibility* - CSR)<sup>66</sup> tem chamado a atenção de estudiosos, gestores e *stakeholders*, na medida em que a busca de lucros deve conviver com uma reputação pristina, com inclusão, consciência ambiental e desenvolvimento sustentável,<sup>67</sup>

<sup>64</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 48.

<sup>65</sup> "There have been many cases in which human rights abuses by multinational enterprises ("MNEs") have arisen in developing states, and been litigated in developed states. For example, relevant civil litigation has been brought in the United States, the United Kingdom, Canada, and the Netherlands. Such cases may arise for a variety of reasons. Remedies can be difficult to attain in states where the alleged abuser is more economically powerful than the developing state in which it is conducting operations: the host state in some cases is economically vulnerable and perhaps susceptible to influence, if not coercion and corruption. The relevant human rights abuse has sometimes involved the complicity of the host state: litigation within that state could be futile and even attract reprisals. Furthermore, a host state may lack the technological, environmental or legal expertise to properly hold an MNE to account. [...] Transnational human rights litigation is an important means of ensuring accountability for MNEs for human rights abuses. One of the key aims of the proposed BHR treaty is to ease the path for victims to access justice in appropriate courts, whether in host, home or occasionally other countries. While the draft treaty has made significant progress in that regard, more work must be done in future drafts in order for the treaty to ultimately achieve the goal of facilitating global access to justice for victims of business-related human rights abuses." (in *BHR Symposium: The Business and Human Rights Treaty and Private International Law* (sept 09 2020). 2020 *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2020/09/09/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-and-private-international-law/>).

<sup>66</sup> CSR não é uma iniciativa insujeita a contestações: "In the debate among scholars about the effects of CSR on firm financial performance, one of the most prominent arguments against the financial benefits of CSR has been the agency cost prediction first made by Friedman (1970), who characterized CSR activities as self-interested behavior by individual managers at the expense of the firm's shareholders. Subsequent studies have found supporting evidence of CSR as a potential agency cost, finding that CSR may be used to advance personal interests over the interests of shareholders (Borghesi et al., 2014; Brown, Helland and Smith, 2006; Cheng, Hong and Shue, 2014; Jiraporn and Chintrakarn, 2013; Krüger, 2015; Li, 2016b; Masulis and Reza, 2015), provide added job security to inefficient managers by pleasing stakeholders (Cespa and Cestone, 2007), compensate for the negative consequences of engaging in earnings management (Prior, Surroca and Tribó, 2008) and enhance individual reputations of managers (Barnea and Rubin, 2010)." (LI, Frank. *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance* (2020). *Scholarly Community Encyclopedia*. < <https://encyclopedia.pub/715>>)

<sup>67</sup> Surya Deva sustenta que "[...] as part of the sustainable development agenda, companies should have a responsibility to respect and to promote human/labour rights and environment and that this responsibility should be considered while doing business and making business decisions". (DEVA, Surya. *Sustainable Development: What Role for the Company Law?* *International and Comparative Corporate Law Journal*. Volume 8. 2011. Issue 1, p. 77)

revistando-se o conceito de “mercado livre”<sup>68</sup> e a percepção de que desigualdades são realidades postas,<sup>69-70</sup> com recuperação da confiança pública perdida.<sup>71</sup>

John Knox<sup>72</sup> assinala a mudança conceitual de *shareholders* para *rightholders*, no campo da *Business & Human Rights*, com impacto no valor das ações.<sup>73</sup>

Por todo o mundo há esforços de reforma organizacional, como noticiam Gia Hoang et al.<sup>74</sup> E o *Statement on the Purpose of a Corporation*,<sup>75</sup> da *Business Roundtable*

<sup>68</sup> STOUT, Lynn. *Corporate governance – the shareholders’ myth* (31:31). Youtube. <<https://www.youtube.com/watch?v=s5Eoy988728https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwJXpNbVnKHnGdmqGHWxRrQxGf?projector=1>>.

<sup>69</sup> Deva et al. state aduzem que “[more] such empirical investigation is needed in order to create a more holistic picture of the state of play in the BHR field” – DEVA, S.; RAMASASTRY, A.; WETTSTEIN, F.; SANTORO, M. (2019). Editorial: Business and Human Rights Scholarship: Past Trends and Future Directions. *Business and Human Rights Journal*, 4(2), 201-212. Doi: 10.1017/bhj.2019.17.

<sup>70</sup> Surya Deva sustenta que o isolacionismo entre o mercado e os direitos humanos teria sido parte do problema: “One major reason for the lack of any effective regime of corporate responsibility for human rights violations is the structural lacuna in the approach adopted by concerned institutions and relevant laws. There is no sharing of a landscape between the trade institutions and the human rights institutions, or the trade law and the human rights law, both at the municipal and international levels. Broadly speaking, human rights are not a part of corporation or trade law, nor of the institutions governing them. Similarly, corporations and trade are not part of the human rights law and its institutions. ... The resultant divorce of the concerns of trade and human rights at all stages of decision-making – the framing of rules, application of rules, and adjudication of disputes – brings nothing but unnecessary friction and potential conflict, promoting the interests of neither trade nor human rights. 19 One BHR is supposed to fill the gap between trade and human rights.” (DEVA, Surya. Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here? (2003) 19 *Connecticut Journal of International Law* 1, 32-33 [footnotes omitted]).

<sup>71</sup> KINLEY, David. *Necessary Evil: How to Fix Finance by Saving Human Rights*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2018.

<sup>72</sup> KNOX, John H. *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Framework Principles* (January 24, 2018). United Nations Human Rights Council, A/HRC/37/59, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3148450>.

<sup>73</sup> FLAMMER, Carolina. Corporate Social Responsibility and Shareholder reaction: The Environmental awareness of investors. *Academy of Management Journal*. 2013, vol. 56, nº 3, 758-781. <http://dx.doi.org/10.5465/amj.2011.0744>.

<sup>74</sup> GIA HOANG, T.; HOANG, C.V.; VU, N.H.; NGUYEN, G.T.N.; NGUYEN, T.T.H. How can scientists and engineers contribute to organisational sustainability reform? *Social Responsibility Journal*, vol. 16, nº 6, p. 827-841, 2020. <https://doi.org/10.1108/SRJ-10-2019-0360>.

<sup>75</sup> BUSINESS ROUNDTABLE. *The Statement on the Purpose of a Corporation*. Released: August 19, 2019. Signatures Updated: September 2019, December 2019, February 2020, April 2020, June 2020 and August 2020. Disponível em: <https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2020/08/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-August-2020-1.pdf>. Consultado em: 02 dez. 2021. Vale a seguinte transcrição: “Statement on the Purpose of a Corporation: Americans deserve an economy that allows each person to succeed through hard work and creativity and to lead a life of meaning and dignity. We believe the free-market system is the best means of generating good jobs, a strong and sustainable economy, innovation, a healthy environment and economic opportunity for all. Businesses play a vital role in the economy by creating jobs, fostering innovation and providing essential goods and services. Businesses make and sell consumer products; manufacture equipment and vehicles; support the national defense; grow and produce food; provide health care; generate and deliver energy; and offer financial, communications and other services that underpin economic growth. While each of our individual companies serves its own corporate purpose, we share a fundamental commitment to all of our stakeholders. We commit to: - Delivering value to our customers. We will further the tradition of American companies leading the way in meeting or exceeding customer expectations. - Investing in our employees. This starts with compensating them fairly and providing important benefits. It also includes supporting them through training and education that help develop new skills for a rapidly changing world. We foster diversity and inclusion, dignity and respect. - Dealing fairly and ethically with our suppliers. We are dedicated to serving as good partners to the other companies, large and small, that help us meet our missions. - Supporting the communities in which we work. We respect the people in our communities and protect the environment by embracing sustainable practices across our businesses. - Generating long-term value for

(que agrupa as 200 maiores companhias norte-americanas, tais como Apple, Amazon, Exxon Mobil, Ford Mobile e Procter & Gamble), é um exemplo concreto disto. Segundo o *Statement*, as empresas signatárias se comprometem a: (1) entregar valor aos consumidores, superando expectativas; (2) investir em empregados, com abrigo de diversidade, inclusão, respeito e dignidade; (3) ter uma boa parceria com empresas de todos os portes; (4) dar apoio à comunidade, com respeito ao ambiente.

De toda sorte, a “mão invisível” de Adam Smith, que regularia o mercado sem a interferência estatal, foi substituída pela “mão visível”<sup>76</sup> mediante a participação direta no domínio econômico.<sup>77</sup>

E, na letra de Marques *et al.*,<sup>78</sup> diversas razões justificariam a regulação: a uma, a garantia do próprio mercado e da concorrência; a duas, a necessidade de se organizarem os limites do mercado e as situações em que não poderia normalmente funcionar, notadamente monopólios; a três, a utilidade de se coordenarem as ações da iniciativa privada com relação a possíveis prejuízos causados na busca do lucro; a quatro, a necessidade de “proteger o consumidor” na relação de consumo, enquanto hipossuficiente relacional; a cinco, garantir “as obrigações de serviço público” após os processos de privatização em que o Estado deixa de ser o fornecedor.

No Brasil, segundo relata Demarchi, o processo regulatório foi *sui generis*.<sup>79</sup> Enquanto em outros países a intervenção estatal nas atividades privadas teve ou apelo dos consumidores ou mesmo dos produtores, por aqui foi resultado da política desestatizante do governo federal durante a década de 1990.

Como visto acima, a redução do Estado se deu a partir do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei n. 8.031/90, com a criação das primeiras agências reguladoras. O aparelho estatal veio a ser ainda mais reduzido para uma “Administração Pública Gerencial” a partir da Reforma Administrativa instituída pela EC n.º 19/98. Sobrevieram leis que criaram seguidas agências.<sup>80</sup> A arquitetura institucional dos órgãos encarregados da regulação setorial está no Brasil em fase de estruturação

---

*shareholders, who provide the capital that allows companies to invest, grow and innovate. We are committed to transparency and effective engagement with shareholders. Each of our stakeholders is essential. We commit to deliver value to all of them, for the future success of our companies, our communities and our country.*

<sup>76</sup> Atribui-se a metáfora a Carlos García Fernández, quando sublinhou que “frente à mão invisível do mercado, a regulação é a mão visível do Estado, em prol do bem comum”. (FERNANDEZ, Carlos García. *La Manifestación de Impacto Regulatorio-MIR: una mirada a La regulación de calidad*. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras*. Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Anvisa, 2009. p. 257.)

<sup>77</sup> GLÓRIA, Daniel Firmado de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003. p. 11.

<sup>78</sup> MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: Mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13-15.

<sup>79</sup> DEMARCHI, Clovis. *Direito e Educação: A regulação da Educação Superior no contexto transnacional*. Tese de Doutorado submetida ao programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Itajaí-SC, p. 303, 2012.

<sup>80</sup> Conforme relatado acima.

e solidificação, com risco regulatório decorrente da falta de consenso em relação ao melhor desenho institucional, na letra de Gobbato.<sup>81</sup>

O Estado passa de social (intervencionista, promotor do bem-estar e prestador de serviços públicos) a pós-social ou regulador, em que, autorizando a esfera privada a dirigir a economia, tem, contudo, a responsabilidade de promover o bem-estar do povo como um todo, tendo como ferramenta da dicotomia de interesses a regulação.<sup>82-83</sup> No Estado pós-fordista, ante o diagnóstico de sobrecarga institucional do ambiente regulatório e da complexidade apresentada pela organização social e econômica, Mario Gomes Schapiro<sup>84</sup> remarca uma nova proposição normativa para estimular a racionalidade deste novo tipo de intervenção jurídica, capaz de, a um só tempo, garantir a regulação das falhas de mercado e iniquidades sociais, sem com isso atribuir ao direito a responsabilidade pelo resultado específico destas atividades. Isto é, uma racionalidade jurídica que ultrapasse os limites do direito formal, entendendo que a proteção das autonomias privadas não é suficiente para prover uma substantiva coordenação dos problemas sociais e econômicos, mas que não centralize na regulação pública a persecução de todos os fins políticos estipulados. Na feliz expressão de Teubner, “uma racionalidade regulatória reflexiva”.<sup>85-86</sup>

Schapiro<sup>87</sup> assinala que a justificativa interna do direito reflexivo situa-se, de fato, a meio caminho, entre a noção de autonomia privada e a de regulação pública

<sup>81</sup> Para quem, entre os desafios à política regulatória brasileira destaca-se a necessidade de aumentar a transparência, a *accountability* e o uso sistemático de ferramentas de avaliação da atuação das Agências reguladoras, com a participação da sociedade civil na governança regulatória ainda pouco representativa e as consultas públicas pouco utilizadas. (GOBBATO, Ana Maria Borralho. Direito regulatório e direitos sociais: uma relação simbiótica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.)

<sup>82</sup> SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 13.

<sup>83</sup> A intervenção estatal ainda importa e constitui uma parcela significativa do arranjo financeiro nacional, consoante Stallings e Studart, que realizaram uma análise comparada dos sistemas financeiros do México, Chile e Brasil: “*The public banks continue to play a vital role in Brazil, contrary to expectations. Both the government and those supporting the reforms in the 1990s believed the changes would revolutionize the credit market. In particular, they expected the entry of foreign banks to expand credit significantly and broaden access for those normally excluded, such as SMEs and poorer households. They further assumed that the public banking sector would continue to shrink because it was less competitive than private, especially foreign, banks. The results turned out differently than anticipated, however, and public banks continue to play a key role.*” (STALLINGS, Barbara; STUDART, Rogerio. *Finance for Development – Latin America in Comparative Perspective*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean – UN, Washington, 2006)

<sup>84</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros Para a Intervenção do Estado na Economia: Persistência e Dinâmica na Atuação do BNDES em uma Economia Baseada no Conhecimento*. p. 326. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 300.

<sup>85</sup> TEUBNER, Gunther. *Substantive and Reflexive Elements in Law*. *Law & Society Review*, vol. 17, n.º 2, 1983.

<sup>86</sup> Scheuerman entrevê uma conciliação entre dois paradigmas de direito: “*Reflexive law is then conceived as aiming to avoid both the Charybdis of formal law and the Scylla of materialized substantive law (...). Like substantive law, it is guided by the aim of subjecting social and economic activities to broader regulatory purposes. Yet it hopes to do so without dictating specific outcomes and thereby contributing to the rigidity and ineffectiveness of some existing forms of regulatory law (...). Reminiscent of classical formal law, reflexive law hopes to preserve the relative autonomy of distinct social spheres; simultaneously, it breaks with laissez-faire notions of a ‘natural’ market economy by acknowledging the existence of inequalities endemic to modern capitalism.*” (SCHEUERMAN, William. Reflexive Law and the Challenges of Globalization. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, n.º 1, 2001, p. 84.)

<sup>87</sup> *Idem*, p. 300.

pormenorizada. A sua concepção de atuação baliza-se pela ideia de autonomia social, isto é, espaços sociais de governança, que sejam capazes de superar os limites de uma ordem jurídica individual, sem com isso eliminar a diversidade de arranjos e compromissos, que podem resultar de uma sociedade funcionalmente diversificada. Oferece o autor o seguinte quadro comparativo de Estados e racionalidades regulatórias:

**Tabela 1**

TIPOS DE ESTADO E RACIONALIDADES REGULATÓRIAS			
	Capitalismo liberal	Paradigma <i>fordista</i>	Economia baseada no conhecimento
Tipo de estado	Estado Liberal	Estado Keynesiano / Desenvolvimentista	Estado Schumpeteriano/ Estado em Rede
Organização burocrática	Burocracia Insularizada	Burocracia Inserida	Burocracia Descentralizada
Racionalidade regulatória	Direito Formal	Direito Substantivo	Direito Reflexivo
Justificativa do direito	Garantia da autonomia privada	Regulação social e econômica	Constituição da Autonomia social
Função externa do direito	Preservar espaços de liberdade individual	Corrigir falhas de mercado e injustiças sociais	Articulação de arranjos para autogovernança
Estrutura interna do direito	Comandos hipotéticos	Regulamentos e dispositivos interventivos	Normas organizacionais

Fonte: SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros Para a Intervenção do Estado na Economia: Persistência e Dinâmica na Atuação do BNDES em uma Economia Baseada no Conhecimento*. p. 326. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 300.

Portanto, o direito reflexivo assenta-se neste duplo reconhecimento: os limites do individualismo formal e os excessos da regulação hierárquica, para um ambiente diversificado. A sua função externa distingue-se de ambos os tipos



de racionalidade regulatória prevalecentes até então – a formal e a substantiva. A proposta de confeccionar este aparato regulatório aponta para um papel de coordenação e de constituição de arranjos institucionais que permitam a governança dos respectivos atores.

Disto não se extrai que o poder regulatório estivesse desde então compreendido em sua inteireza. No Recurso Extraordinário n.º 349.686,<sup>88</sup> o Supremo Tribunal Federal foi instado a analisar um caso em que se discutia a regulamentação da atividade de transportador-revendedor-retalhista (TRR) de combustíveis pelo Ministério de Minas e Energia. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região deferira autorizações para venda de álcool combustível, gasolina e gás liquefeito de petróleo ante a não recepção do Decreto-Lei n.º 395/98 pela Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, da portaria que trazia a interdição. A Excelsa Corte, pela Ministra Relatora Ellen Gracie, observou que qualquer atividade econômica pressupunha o cumprimento dos requisitos legais e das limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia. Não havia, assim, como se afastar a regulamentação do mercado e de defesa do consumidor, que tem como base o art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal e o Decreto-Lei n.º 395/38, que fora recepcionado pela Constituição de 1988 como diploma válido para o setor de combustíveis, nos termos do art. 238 da Constituição Federal.

Othon de Azevedo Lopes<sup>89</sup> sustenta, em contraponto, que, com o advento do Estado Social, essa noção de poder de polícia, consistente sobretudo em deveres de abstenção e interdições condicionadoras da liberdade e da propriedade em prol de finalidades sociais previstas, ficou superada. A regulação significaria um passo além do poder de polícia, com a inserção de prestações e deveres ativos aos agentes regulados, para produzir e distribuir utilidades sociais, bem como para atingir um equilíbrio econômico de alto nível, com redução do desemprego e crescimento. O campo próprio da regulação é o da atuação do Estado na economia e o da gestão e distribuição de bens e serviços pela Administração – daí, a impropriedade de se equiparar poder regulatório com poder de polícia, de caráter unidimensional.

Gobbato<sup>90</sup> entrevê a possibilidade de a atividade regulatória se apresentar como alternativa democrática e constitucional para a concreção de políticas públicas voltadas à realização de direitos sociais, qualificando tal relação como simbiótica. A atividade de regulação exercida pelo Estado não implica a substituição da ordenação da atividade econômica pela autorregulação balizada pelo mercado. Implica a intervenção na economia tendo como parâmetros: (a) participação dos agentes privados; (b)

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário n.º 349.686*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261185DJ> de 07.08.2005. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>89</sup> LOPES, Othon de Azevedo. *Princípios jurídicos e regulação*. Tese para obtenção do título de Doutor em Direito em banca no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo-SP, p. 251, 2011.

<sup>90</sup> GOBBATO, Ana Maria Borralho. Direito regulatório e direitos sociais: uma relação simbiótica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 6, n. 3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas do setor; (c) pautas distributivas de políticas públicas e (d) adoção de procedimentos reflexivos, permeáveis à composição e arbitramento de interesses. Conclui a autora que, no contexto da sociedade global, o Direito Regulatório se apresenta como um instrumento democrático, constitucionalmente legitimado, de concreção e fruição de direitos fundamentais de natureza social.

Neste diapasão, tenha-se pesquisa por Leal de Moraes<sup>91</sup> sobre o setor de telecomunicações, com característica dúplice: além de uma atividade econômica específica, também é um meio indispensável ao desenvolvimento de praticamente todas as demais atividades na realidade atual. Reconhecida esta finalidade setorial em diálogo com a finalidade da concorrência, tem-se que o direito da concorrência deva disciplinar o setor enquanto uma atividade econômica específica. Já no que se refere à finalidade de obtenção da rede virtual no setor, com as implicações que daí decorram, mostra-se mais adequada a utilização de regulação setorial.

Adverte Lopes<sup>92</sup> que a configuração técnica e burocrática das agências reguladoras não é garantia de legitimidade de suas decisões. É marca da regulação a exacerbação do tecnicismo e do economicismo. As demandas sistêmicas cognitivamente absorvidas pelo direito, resultando em nova estruturação, acabaram criando novos locais de produção normativa com sentido inovador para atender às necessidades de uma sociedade crescentemente especializada e de um Estado com fortes missões compensatórias. Todavia, em razão dos riscos e potenciais de coerção envolvidos na regulação, não há sentido para se atribuir ao Executivo um poder amorfo e de difícil controle. Há, portanto, necessidade de delimitação da competência regulatória.

Marques Neto<sup>93</sup> sustenta a ampliação do conceito de “regulação estatal”, amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Se a regulação estatal antes se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística), atualmente, fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, há um novo padrão de atuação regulatória onde se dão a articulação de interesses e o estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários

<sup>91</sup> LEAL DE MORAES, Ricardo. *Entre regulação setorial e direito da concorrência*: Rede virtual como finalidade da disciplina das Telecomunicações. Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2018.

<sup>92</sup> LOPES, Othon de Azevedo. *Princípios jurídicos e regulação*. Tese para obtenção do título de Doutor em Direito em banca no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo-SP, p. 251, 2011.

<sup>93</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, 2005.

potenciais) – a regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.

Segundo ainda Marques Neto,<sup>94</sup> a regulação reflexiva faz com que a atuação estatal passe de autoritária e unilateral à mediadora e negociada, sem perder a capacidade de tutela e consagração dos interesses das parcelas da sociedade com menor capacidade de prevalência no jogo social. O regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infraestruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Doutra banda, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes (é o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas).

Enquanto, superando o modelo liberal em que o poder público assegura as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado, ou do modelo no qual a atividade estatal prevê necessidades coletivas, o Estado Contemporâneo desempenha funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses. A atividade de regulação impõe conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica, como pugna Alencar.<sup>95</sup>

Villela Souto,<sup>96</sup> neste mesmo sentido, sustenta que “[é] importante que no exercício da função regulatória mais vale prevenir o litígio e a solução do conflito que a sua preservação (durante um longo procedimento de apuração, nem sempre bem conduzido ou concluído)”. Em vez da aplicação de uma sanção, mais eficiente a utilização da consensualidade na solução de conflitos, o que significa que “através da regra da proporcionalidade no exercício da atividade sancionadora de polícia, a própria sanção deve ceder espaço para que antes sempre se tente um ajustamento de condutas”.<sup>97-98</sup>

<sup>94</sup> *Idem ibidem*.

<sup>95</sup> ALENCAR, Paulo Wunder de. *Autorregulação do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 58, out./dez. 2015.

<sup>96</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Editora Lumen Juris, 2005, p. 74.

<sup>97</sup> No mesmo sentido, ALENCAR, Paulo Wunder de. *Autorregulação do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 58, out./dez. 2015, p. 182.

<sup>98</sup> No mesmo sentido, Medauar *et al*: “Um exemplo de funcionamento da proporcionalidade na execução de medidas de repressão consiste na celebração de termos de ajustamento de conduta. Isso porque a Administração Pública, na avaliação do caso concreto, pode chegar à conclusão de que o meio mais eficaz para atingimento da finalidade jurídica não é a imposição de uma sanção afluiva e retributiva, mas a imposição de compromisso e de obrigações de recomposição do bem jurídico afetado”. (MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder de Polícia na Atualidade*. Editora Fórum, 2014, p. 55).

Warat<sup>99</sup> sustenta que, na época contemporânea, a ecocidadania, lastreada no consenso e não do dissenso, aproximando os indivíduos de pontos de vista que conduzam ao reaprendizado do mundo, de forma emancipatória.

Leal *et al.*<sup>100</sup> aduzem ao Direito Regulatório Comportamental, que se funda na utilização de estímulos (*nudges*) para a consecução de objetivos postos como relevantes pelo Estado para a proteção de interesses coletivos e individuais. Para além do tradicional direito prescritivo e do modelo de estímulo econômico compreendido pela análise econômica do direito, o modelo proposto é essencialmente indutivo, servindo-se de saberes da economia comportamental (economia e psicologia), instrumentalizado através de normas de Direito Regulatório (administrativo ou econômico).

Baptista e Keller<sup>101</sup> destacam o caráter simbiótico entre a regulação e a segurança jurídica, especialmente diante de novas tecnologias: recomenda-se, em nome daquele primado, que o regulador se apoie em bases mais principiológicas, parâmetros gerais, sob pena de fracasso na sua missão. Ao contrário, se a opção por regular ocorrer em momento posterior, quando a inovação disruptiva estiver consolidada, é provável que o regulador eleja regulação mais extensiva e detalhista, diante da aprendizagem adquirida quando da consolidação daquela tecnologia.

Bruno Lyrio Martins<sup>102</sup> adverte que, especialmente diante de inovações disruptivas, o regulador convencional, ancorado a padrões unilaterais de intervenção, provavelmente não será bem-sucedido. Para se adaptar à nova realidade (como a economia do compartilhamento ou a inteligência artificial),<sup>103</sup> a regulação precisa ser

<sup>99</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-Cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequências*. Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jul. 1994.

<sup>100</sup> LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (Org.). *Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2020, p. 436.

<sup>101</sup> BAPTISTA, Patrícia. KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista De Direito Administrativo*, 273, 123-163, 2016. <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>.

<sup>102</sup> MARTINS, Bruno Lyrio. Desafios regulatórios das novas plataformas de compartilhamento de acomodações: o caso da AIRBNB. In *Regulação, Infraestrutura e Políticas Públicas: Estudos em Homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. NEPOMUCENO, Augusto Moutella; MOURA, Emerson Affonso da Costa; BUZANELLO, José Carlos. (Org.). Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 25-68.

<sup>103</sup> Novas tecnologias trazem conforto e conveniência, mas também controle e vigilância em um contexto em que o próprio Estado de Direito está sendo redefinido. Adverte Halis que “[indeed], the list of innovations more closely related to security, surveillance, and control include millions of cameras with AI features that can identify, surveil people’s behaviors, and locate them using facial and gait recognition (i.e. identify people by the way they walk and move); monitoring of communication through social media and internet; unified police centers that can process the big data and specific information received by cameras and by the use of people’s mobile devices; the use of robotic doves – bird-like drones for surveillance, and the use of those technologies in a variety of settings. In some schools, cameras are being used to analyze facial expressions and determine whether students are paying attention or sleeping in class, are present or absent, and to allow their entry into gates and spaces.” (HALIS, Denis de Castro. Digitalization and Dissent in Legal Cultures: Chinese and Other Perspectives. *Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research* (NNJLSR), nº 9, 2019, p. 127-152, p. 139).

inovadora, com instrumentos de lógica de incentivo, experimentalismo (como o *sandbox* no segmento de *startups*)<sup>104</sup> e autorregulação<sup>105</sup> (ainda que consensualmente forjada).

Regulações denominadas retrospectivas, isto é, contrárias a inovações, com emprego de ferramentas antigas para desafios novos, apenas expõem o anacronismo do órgão regulador e a falibilidade de autoridades envolvidas.<sup>106</sup>

Admitir a função regulatória reflexiva não lhe exige de desafios. Deferência judicial tampouco deve ser uma cortesia interinstitucional, mas sim consequência natural de atuação especializada.<sup>107</sup> Argueles e Leal<sup>108</sup> aduzem que as capacidades institucionais se referem às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Nesse sentido, a interpretação da instituição que possui mais *expertise* sobre o tema é qualitativamente superior a outras e deve encontrar deferência por estas.<sup>109</sup>

Em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, a Suprema Corte americana cunhou histórica fórmula de autorrestrição judicial para os casos de controle de interpretações por autoridades administrativas. Em uma abordagem analítica, em um primeiro passo, deve ser a disposição legislativa clara sobre o assunto; no segundo passo, em caso de ambiguidade ou lacuna, deve ser examinada a razoabilidade da linha interpretativa adotada pela Administração, enfatizada a natureza política de suas decisões. Adrede,

<sup>104</sup> Lançada em 2016 pelo FCA (Autoridade Financeira do Reino Unido), o *sandbox* regulatório permite que novas *startups* testem seus produtos, serviços e modelos de negócios inovadores no mercado real sendo monitoradas e reguladas por órgãos competentes, obedecendo determinados limites, geralmente de quantidade de usuários e do risco total exposto. Os principais *cases* atinam ao segmento de *fintechs*, assim consideradas as *startups* do segmento financeiro que oferecem serviços novos ou mesmo pré-existentes, com emprego de tecnologia inovadora e normalmente mais eficiente que o sistema tradicional. (TEIXEIRA, Gabriel dos Santos. Os desafios regulatórios do advento dos navios autônomos no transporte marítimo de cargas. In *Regulação, Infraestrutura e Políticas Públicas: Estudos em Homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. NEPOMUCENO, Augusto Moutella; MOURA, Emerson Affonso da Costa; BUZANELLO, José Carlos. (Org.). Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 169-187, p. 183)

<sup>105</sup> Como no caso da *International Game Developers Association* e as *loot boxes*, mecanismos de compra de itens virtuais em jogos eletrônicos, em que a aquisição confere ao comprador-usuário um número limitado de outros itens virtuais (Pinto e Parma, 2020, p. 192).

<sup>106</sup> TEIXEIRA, Gabriel dos Santos. Os desafios regulatórios do advento dos navios autônomos no transporte marítimo de cargas. In *Regulação, Infraestrutura e Políticas Públicas: Estudos em Homenagem a José dos Santos Carvalho Filho*. NEPOMUCENO, Augusto Moutella; MOURA, Emerson Affonso da Costa; BUZANELLO, José Carlos. (Org.). Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 169-187.

<sup>107</sup> Ainda que tangencialmente, releva pontuar que falece lastro empírico à atuação ministerial, o que se irradia, por certo, à sua atividade negocial coletiva. A empiria é salutar e impositiva, como bem afirmam Bárbara Lupetti Baptista e Klever Paulo Leal Filpo (BAPTISTA, Bárbara Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. Solução consensual de conflitos no código de processo civil brasileiro: Entre as esperanças do legislador e as possibilidades da empiria. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói, v. 19, n. 3, p. 90-101, 2017). Ao menos até a presente data, não há dados estatísticos institucionais seguros sobre elementos negociais objetivamente aquilantados – lacuna esta que há, pois, de ser colmatada. Cobra-se que haja a incorporação das rotinas de trabalho de um modelo de agência, com colheita de dados técnicos, análise sólida de dados e uso de jurimetria. (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: Agências e laboratório de jurimetria. *Revista Jurídica ESMP-SP*. São Paulo, v. 11, p. 14-40, 2017)

<sup>108</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 40, jan./jun. 2011.

<sup>109</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

é mesmo aceitável mudança de entendimento administrativo, desde que fornecida explicação adequadamente fundamentada e não ocorra durante um litígio judicial.

A Doutrina *Chevron* foi o teste binário posto à prova no caso *Mead (United States v. Mead Corporation, 533 US 213,232 – 2001)*, quando não se esclareceu adequadamente como resolver a identificação da intenção legislativa, quando tal elemento volitivo haveria de ser extraído de uma Casa composta por 535 membros. Em casos tais, cunhou-se a deferência *Skidmore*: observa-se o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto.<sup>110</sup> Entendeu ainda a *Supreme Court* estadunidense que a deferência *Chevron* não teria aplicabilidade em casos de interpretação de leis criminais (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149-58 – 10 Cir, 2016*).

Em suma, o exercício do direito à participação cidadã em procedimentos administrativos configura uma decisão alternativa à tradicional unilateral. Através de acordos firmados em ambientes colaborativos, pode-se valorar, de forma imediata, o interesse público em jogo, o qual aproxima a administração pública *lato sensu* às necessidades sociais dos administrados, com legitimação da atividade daí resultante, tal qual sustenta Juan Carlos Benalcázar Guerrón,<sup>111</sup> em consonância com os parâmetros das Doutrinas *Chevron* e *Skidmore*, observa-se o entendimento escudado na experiência institucional consolidada no assunto, sob risco de, ao revés, substituir-se o juiz por perito despido de garantias adequadas.<sup>112-113</sup>

## 6. Conclusões

O movimento conciliatório provocou também nesta seara a ressignificação do conceito de regulação, não mais contida na intervenção direta em atividade econômica ou na edição de atos normativos para moldá-la, mas ampliada para, por meio da construção de consenso, reorientação pedagógica, especialmente para incorporação de tecnologias disruptivas.

Amplia-se o conceito de “regulação estatal”, passando a ser compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Se a regulação estatal antes se manifestava ou pela atividade normativa ou pela intervenção direta no domínio econômico (sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística), atualmente, fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, há um novo padrão de atuação regulatória

<sup>110</sup> BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina *Chevron*: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*. Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

<sup>111</sup> GUERRÓN, Juan Carlos Benalcázar. El derecho de participación ciudadana en la administración pública. In *Derecho administrativo* (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo) / Diego Valadés, coordinador general; Daniel Márquez Gómez, coordinador. Primera edición. México: El Colegio Nacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

<sup>112</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

<sup>113</sup> Advirta-se que a função do juiz não deve ser relegada à homologação de laudos cujo conteúdo técnico lhe seja inacessível a um controle efetivo, tornando-se refém de peritos e a estes, mesmo sem prerrogativa alguma, delegando, na prática, a jurisdição. Vide por todos PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: A justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 17, p. 115-132, 2015b.

onde se dão a articulação de pautas regulatórias negociadas com os diversos atores envolvidos (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais) – a regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses, em desafiadora atuação especializada.

Na seara negocial, a especialização da atividade decorre de sua rotineira e complexa função de controle na seara respectiva, merecedores de deferência judicial, em consonância com os parâmetros das Doutrinas *Chevron* e *Skidmore*. Neste passo, a coisa regulada reflexivamente merece deferência judicial, restrita sua revisão à verificação de juridicidade do ajuste e de voluntariedade. Noutras palavras, uma nova forma de regulação, permeável à oitiva ativa permanente dos atores econômicos, surge a partir da crueza da realidade disruptiva.

### Referências

ALENCAR, Paulo Wunder de. Autorregulação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 58, p. 179-194, out./dez. 2015.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. Disponibilidade de interesses no inquérito civil. *Revista CEJ*. Brasília, ano XXIII, n. 78, p. 86-94, jul./dez. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. Solução consensual de conflitos no código de processo civil brasileiro: Entre as esperanças do legislador e as possibilidades da empiria. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Niterói, v. 19, n. 3, p. 90-103, 2017.

BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*. Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

COSTA, Thaise Nara Graziottin. *A jurisdição compartilhada como pressuposto à mediação judicial de conflitos*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, na linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro, 2017.

DANESH, Roshan. *Integrating conflict theory and practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A intervenção do Ministério Público nas fundações. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 127, p. 615-622, jan./mar. 1977. Disponível em: < file:///C:/Users/Membro/Downloads/42195-86659-1-PB%20(2).pdf >. Consulta em: 17 maio 2020.

GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

FABIÃO GUASQUE, Luiz. O Estado liberal, as fundações e associações civis instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 10, p. 132-134, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e prática*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006.

HASKELL, Leslie. The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts. *Human Rights Watch*, 30 maio 2011. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, 2005.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: The brazilian lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: Agências e laboratório de jurimetria. *Revista Jurídica ESMP-SP*. São Paulo, v. 11, p. 14-40, jan./jun. 2017.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos modernos de resolução de conflito em massa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 52, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter (Org.). *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

\_\_\_\_\_. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: A justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 17, p. 115-132, 2015b.



PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Marcia Michelle Garcia. Interdisciplinariedade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. *RJLB*, n. 4, ano 4, p. 955-999, 2018.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics – How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013.

RIBEIRO, Daniel Lima. Adaptive regulatory impact assessment: Beyond the foresight-hindsight divide. *ResearchGate*, set. 2019. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/project/Adaptive-Regulatory-Impact-Assessment-Beyond-the-Foresight-Hindsight-Divide>>. Consulta em: 13 maio 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. XIV, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 15, n. 2, p. 53-74, dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TOFFLER, Alvin. *Future Shock – The third wave*. New York: Bantam Books, 1980.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Books, 1992.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequências*. Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jul. 1994.



# Os aspectos penais da Lei Brasileira dos Criptoativos

## *Criminal aspects of the Brazilian act on crypto assets*

Vladimir Aras\*

### Sumário

1. Introdução. 2. Vigência da Lei nº 14.478/2022. 3. Os conceitos legais de ativos virtuais e prestadores de serviços de ativos virtuais. 3.1. O conceito de ativos virtuais. 3.2. Ativos virtuais são sempre valores mobiliários? 3.3. O conceito de prestador de serviços de ativos virtuais. 3.4. Qual a entidade supervisora ou reguladora do mercado de criptoativos. 4. Alteração na Lei nº 7.492/1986: *exchanges* como instituições financeiras. 5. Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro. 5.1. A nova majorante do §4º do art. 1º, da Lei nº 9.613/1998. 5.2. A inclusão das *exchanges* como sujeitos obrigados no rol do art. 9º da Lei nº 9.613/1998. 5.3. A inclusão dos ativos virtuais como objeto de comunicação automática no art. 10 da Lei nº 9.613/1998. 5.4. O alcance da Lei Brasileira de Criptoativos. 5.5. O Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP). 6. Um novo crime contra o sistema financeiro nacional. 6.1. A natureza jurídica do crime do art. 171-A do Código Penal. 6.2. As três modalidades do crime do art. 171-A do CP. 6.2.1. Fraude com ativos virtuais. 6.2.2. Fraude com valores mobiliários. 6.2.3. Fraude com ativos financeiros. 6.3. O crime de *pirâmide* e um conflito aparente de normas. 6.4. O crime de fraude com criptoativos (art. 171-A) e os crimes de estelionato comum (art. 171 do Código Penal) e fraude eletrônica (§2º-A do art. 171 do Código Penal). 6.5. A competência para o julgamento do crime do art. 171-A do Código Penal. 6.6. Ação penal no crime do art. 171-A do Código Penal. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

### Resumo

Este artigo discute os aspectos criminais da Lei de Criptoativos brasileira, também conhecida como “Lei do Bitcoin” ou “Marco Jurídico das Criptomonedas”, que foi sancionada sem vetos em 2022. A lei fornece um quadro regulatório para a criptoeconomia no Brasil e preenche uma lacuna no campo criminal, alterando o Código Penal, a Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e a Lei de Lavagem de Dinheiro para regular certos aspectos da criptodelinquência. O artigo explica os conceitos legais de ativos virtuais e prestadores de serviços de ativos

---

\* Doutorando em Direito (UniCeub). Mestre em Direito Público (UFPE). Especialista MBA em Gestão Pública (FGV). Membro do Ministério Público brasileiro desde 1993. Procurador Regional da República em Brasília. Professor Assistente de Processo Penal da UFBA. Professor do MBA em Lavagem de Dinheiro do IDP. Editor do site jurídico: <https://vladimiraras.blog/>

virtuais e também trata do novo crime do art. 171-A do CP e da competência para seu julgamento. O artigo conclui que a Lei nº 14.478/2020 é essencial para a inovação e a segurança jurídica no setor e contribui para a luta contra a lavagem de dinheiro e a criminalidade econômico-financeira.<sup>1</sup>

### Abstract

*This article discusses the criminal aspects of the Brazilian Act on Crypto Assets, also known as the “Bitcoin Law” or “Crypto Assets Framework,” which was signed without vetoes in 2022. The law provides a regulatory framework for the crypto economy in Brazil and fills a gap in the criminal field, altering the Penal Code, the Law on Crimes against the National Financial System, and the Anti-Money Laundering Act to regulate some aspects of crypto criminality. The article explains the legal concepts of virtual assets and virtual asset service providers and discusses the new criminal provision of Article 171-A of the Penal Code and the competence for its judgment. The article concludes that the Federal Law 14.478, of 2022, is essential for innovation and legal certainty in the digital market and contributes to the fight against money laundering and financial crimes.*

**Palavras-chave:** Ativos virtuais. Lavagem de dinheiro. Crimes financeiros.

**Keywords:** *Virtual assets. Money laundering. Financial crimes.*

### 1. Introdução

Em 30 de novembro de 2022, a Câmara dos Deputados aprovou a versão final do Projeto de Lei nº 4401/2021 (antigo PL 2303/2015).<sup>2</sup> Apelidado de “Lei do Bitcoin”, de “Lei dos Criptoativos” ou de “Marco Jurídico das Criptomoedas”, o projeto de lei foi sancionado pelo presidente da República, sem vetos, instituindo o marco regulatório para a criptoeconomia no Brasil, um quadro jurídico essencial para a inovação e a segurança jurídica no setor e para a prevenção à lavagem de capitais por meio de ativos virtuais.

A Lei dos Criptoativos também preenche lacunas no campo penal, pois altera o Código Penal (CP), a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986) e a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), para regular certos

<sup>1</sup> Este resumo e o *abstract* abaixo foram redigidos com o apoio da inteligência artificial *ChatGPT* em 03/03/2023, com *prompt* de comando simples (“prepare um resumo a partir do texto abaixo”), tendo por *input* o artigo por mim escrito. Todos os demais elementos são de exclusiva autoria humana.

<sup>2</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.401, de 2021*. Dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições. Brasília: Câmara dos Deputados, 9 dez. 2021. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2122466&filename=Tramitacao-PL+4401/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+2303/2015%29](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2122466&filename=Tramitacao-PL+4401/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+2303/2015%29)>. Acesso em: 10 fev. 2023. Nesta data, o projeto aguardava deliberação do plenário da Câmara dos Deputados.

aspectos da criptodelinquência. Cria, porém, alguns problemas adicionais, sobretudo quanto ao novo crime do art. 171-A do CP, cuja objetividade jurídica e competência são controvertidas.

## 2. Vigência da Lei nº 14.478/2022

Publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 14 de dezembro de 2022, a vigência da Lei nº 14.478/2022 ocorreu em 20 de junho de 2023, ao fim da *vacatio legis* de 180 dias. Segue-se a regra de contagem prevista no §1º, do art. 8º, da Lei Complementar nº 95/1998, que ordena que se inclua o dia do começo (o dia da publicação) e o dia do fim (o último dia do prazo), para que se tenha como o termo inicial da vigência da lei o dia seguinte ao final do prazo de *vacatio legis*. Assim chegamos a 20 de junho de 2023.

Porém, para os prestadores de serviços de ativos virtuais que já funcionavam na data da publicação da Lei nº 14.478/2022, seu art. 9º previu um prazo de graça, válido durante o período de transição entre a fase desregulada e a etapa regulada da criptoeconomia no Brasil. Assim, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, como entidades reguladoras, ficaram obrigados a estipular “condições e prazos, não inferiores a 6 (seis) meses, para adequação das prestadoras de serviços de ativos virtuais” que estavam em atividade às disposições da Lei nº 14.478/2022 e às normas por eles estabelecidas.

Esse prazo foi criticado por Costa:

(...) a lei não produzirá nenhum efeito prático relevante na realidade do mercado cripto brasileiro por algo entre 12 meses (cenário otimista), 18 meses (cenário conservador) e 24 meses (cenário pessimista). E, nesse período, que pode ser considerado uma eternidade no mercado cripto, as empresas poderão continuar a ter controles internos fracos, dispor livremente de recursos de seus clientes, deixar de constituir sede no Brasil, fazer vista grossa à manipulação de mercado, uso indevido de informação privilegiada e lavagem de dinheiro.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> COSTA, Isac. *Regulação de ativos virtuais via PL nº 4.401/21 é ruim, mas seria pior sem ela*. Conjur, 1º de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/isac-costa-regulacao-ativos-virtuais-ruim-seria-pior-ela>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

### 3. Os conceitos legais de ativos virtuais e prestadores de serviços de ativos virtuais

Antes ainda da vigência do Marco Jurídico da Criptoeconomia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se defrontava com o problema da conceituação dos ativos virtuais. Em 2021, o Tribunal assinalou na ementa de um julgado os contornos técnicos desses ativos:

As criptomoedas utilizam a tecnologia *blockchain*,<sup>4</sup> a qual é baseada na confiança na rede e viabiliza, de forma inovadora, a realização de transações *online* sem a necessidade de um intermediário. O funcionamento das criptomoedas é complexo e, entre outros mecanismos, envolve algoritmos e criptografia de ponta a ponta. O acesso à carteira de *bitcoins*, para a consulta das moedas virtuais e realização de operações, somente pode ser realizado mediante a utilização de senha específica (chave privada), de modo que não deve ser revelada pelo usuário.<sup>5</sup>

Vejamos a seguir os conceitos jurídicos de ativos virtuais e de prestadores de serviços de ativos virtuais, assim como quem são seus reguladores.

#### 3.1. O conceito de ativos virtuais

Segundo o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), com sede em Paris, um ativo virtual é:

*(...) a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations.*<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Uma *blockchain* é um grande livro-razão, de natureza pública, mantido em meio digital, que recebe registros de operações de forma distribuída, a partir de qualquer ponto do planeta. Baseia-se nas tecnologias do tipo *Distributed Ledger Technologies* (DLT). Segundo a IOSCO, "um *distributed ledger* is a decentralized database accessible and collectively controlled by multiple users. These users are referred to as the 'nodes' of the decentralized database network. Users participating in the network as 'full nodes' have the ability to enforce all the rules of the decentralized database network. Other users participating in the network as 'lightweight nodes' are passive participants in the network.109 Any update of the data is validated by full nodes who come to an agreement about the state of the ledger through a specific consensus mechanism." In: INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*. February 2017, p. 47. Disponível em: <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>5</sup> STJ. *RESP 1.885.201/SP*. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23/11/2021.

<sup>6</sup> FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. FATF, Paris, France, 2022. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023, p. 132.

Seguindo a distinção apontada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) entre *payment tokens*, *utility tokens* e *security tokens*,<sup>7</sup> Gonzalez explica que há uma diferença entre criptoativos e ativos digitais.

A designação “ativos digitais” abrange qualquer ativo representado digitalmente, independentemente da tecnologia subjacente. Já os criptoativos são ativos digitais baseados em DLT e costumam ser classificados conforme a função que desempenham como (i) as criptomoedas (ou *payment tokens*), que buscam emular as funções de moeda; (ii) os *tokens* de utilidade (*utility tokens*), que representam direitos de aquisição de produtos e serviços; e, por fim, (iii) os valores mobiliários criptográficos (*security tokens*), que representam direitos de participação em resultados de um empreendimento ou mesmo direitos de voto. Importada da língua inglesa, a expressão *token* designa a representação do ativo digital. Em uma tradução livre, pode ser compreendida como sendo um “cupom digital”.<sup>8</sup>

A Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal do Brasil (RFB) foi o primeiro ato legislativo, ainda que infralegal, a conceituar “criptoativos” no Brasil. No contexto tributário, os ativos virtuais são a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, abrangendo *tokens*<sup>9</sup> diversos, como *Bitcoin (BTC)*, *Ethereum (ETH)*, *Cardano (ADA)*, *USD Coin (USDC)*, *Polygon (MATIC)*, *Polkadot (DOT)* etc. O preço desses ativos virtuais pode ser expresso em moeda soberana local (reais) ou estrangeira (dólares, euros etc.), transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia assimétrica e tecnologias de registros distribuídos (*blockchain*). Tais criptoativos podem ser utilizados como forma de investimento, como instrumento de transferência de valores ou para acesso a serviços, não sendo, porém, moedas de curso legal (moeda soberana ou fiduciária).

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Blockchain primer*, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/OECD-Blockchain-Primer.pdf/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>8</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM N° 19957.003406/2019-91*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 26/10/2020, p. 4-5. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI\\_19957003406\\_2019\\_91.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI_19957003406_2019_91.pdf). Acesso em: 10 fev. 2023. Diz respeito ao caso Iconic, sobre a Iconic Intermediação de Negócios e Serviços Ltda., do Rio Grande do Sul, que fez uma oferta pública da moeda Iconic (NIC). Em fevereiro de 2023, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) manteve a decisão da CVM.

<sup>9</sup> *Tokens* são chaves eletrônicas que representam um ativo de natureza material ou imaterial, que será então *tokenizado*. Os *tokens* podem ser fungíveis ou infungíveis. Assim, um *token* nada mais é do que a representação digital de um ativo qualquer, com registro numa *blockchain*. Conforme a Organização Internacional de Valores Mobiliários (IOSCO), “tokenização” é o procedimento de formação de um *token*. Já um *token* é a representação digital de um ativo ou da propriedade de um ativo. In: INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*. February 2017, p. 51. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

Apesar do pioneirismo da RFB, a definição legal de criptoativos só veio em 2023 quando entrou em vigor o art. 3º da Lei nº 14.478/2022. Considera-se ativo virtual “a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”. Não se incluem nesse conceito a moeda nacional e as moedas estrangeiras; a moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865/2013; os instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; nem as representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

É essa a definição que deve ser levada em conta para a determinação do conteúdo do crime do art. 171-A do Código Penal; da causa de aumento de pena do §4º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998; das obrigações de *compliance* PLD/FTP dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998, e o alcance expressão “instituição financeira por equiparação”, ampliado pela inserção do inciso I-A no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986.

### 3.2. Ativos virtuais são sempre valores mobiliários?

Operações com *ativos virtuais*, quando assumem a qualidade de ativos financeiros em sentido amplo, estão sujeitos à regulação, monitoramento, fiscalização e responsabilização pelo BACEN.

Contudo, os criptoativos podem, eventualmente, enquadrar-se como valores mobiliários, se passarem pelo “filtro de Howey”, instituído pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1946.<sup>10</sup> Naquele julgado, deu-se ênfase ao caráter econômico da operação que fora questionada e a um conjunto de premissas que têm de ser observadas<sup>11</sup> para que um ativo qualquer seja considerado um valor mobiliário (*securities*). No contexto brasileiro, se atender aos requisitos do chamado *Howey test*, qualquer transação pode ser inserida no art. 2º da Lei nº 6.385/1976, especificamente no seu inciso IX,<sup>12</sup> que diz respeito a contratos de investimentos coletivos (CIC).<sup>13</sup> A inclusão desse dispositivo na legislação brasileira em 1998 fez

<sup>10</sup> ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *SEC v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, 1946. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>11</sup> SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets*. April 3, 2019. Disponível em: <<https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>12</sup> Inciso incluído na Lei nº 6.385/1976 pela Lei nº 10.303/2001. Antes disso, a Medida Provisória 1.637/1998, que se converteu na Lei nº 10.198/2001 já dizia: “Art. 1º. Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.”

<sup>13</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Howey digital: Contratos de investimento coletivo em criptoativos e os contratos de investimento coletivo criptográficos*. Apresentação de Gustavo Gonzalez em formato .ppt, novembro de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-contenido/publicacoes/apresentacoes/apresentacoes-realizadas-pela-cvm/2020/16-11-2020-criptoativos-diretor-gustavo-gonzalez>>. Acesso em: 10 fev. 2023.



superar a concepção de que os valores mobiliários do art. 2º eram *numerus clausus*, constantes de um rol fechado.<sup>14</sup>

Diz o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.478/2022 que este diploma “não se aplica aos ativos representativos de valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e não altera nenhuma competência da Comissão de Valores Mobiliários”.

Em seus processos administrativos sancionadores, a CVM já se manifestou mais de uma vez sobre a caracterização de certos ativos como valores mobiliários, quando se tem um CIC, análise que põe à mostra o bem jurídico protegido, inclusive para fins penais, nesse tipo de atividade:

Pode haver contrato de investimento coletivo mesmo quando a totalidade dos recursos captados é aplicada em outro país na criação, desenvolvimento ou aquisição de ativos ou atividades que não estão sujeitos à disciplina da CVM. Afinal de contas, o conceito tem natureza instrumental e o regime mobiliário não busca proteger laranjas, quartos hotéis, bois ou criptoativos, mas a poupança brasileira.<sup>15</sup>

Em julgamento de 2019, a CVM determinou que “a caracterização de determinado produto como um contrato de investimento coletivo não depende de prévia manifestação da CVM, mas da sua subsunção aos requisitos do chamado *Howey Test*.”<sup>16</sup> Esse raciocínio se aplica inteiramente aos ativos virtuais quando oferecidos no bojo de um CIC, cuja existência depende de cinco elementos. Neste tipo de contrato, no âmbito de uma oferta pública (1), há o aporte de recursos em dinheiro ou outro ativo (2), para investimento num empreendimento coletivo (3), em qualquer setor de negócios, envolvendo uma comunhão de interesses com expectativa de lucros (4), cujos rendimentos resultam “preponderantemente do esforço do empreendedor ou de terceiros” (5).<sup>17</sup>

<sup>14</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo CVM nº RJ 2003/0499*. Voto do Rel. Dir. Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 28/08/2003, p. 5. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/4149-0.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>15</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.007994/2018-51*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 09/06/2020, p. 11. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609\\_PAS\\_CVM\\_SEI\\_19957\\_007994\\_2018\\_51\\_voto\\_diretor\\_gustavo\\_gonzalez.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609_PAS_CVM_SEI_19957_007994_2018_51_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>16</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.006343/2017-63*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 07/05/2019, p. 3. Disponível em: <[https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2019/20190507\\_PAS\\_CVM\\_SEI\\_19957006343\\_2017\\_63\\_voto\\_diretor\\_gustavo\\_gonzalez.pdf-7b623f3085b543afbe473b81e0f28b0a](https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2019/20190507_PAS_CVM_SEI_19957006343_2017_63_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf-7b623f3085b543afbe473b81e0f28b0a)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>17</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Howey digital*: Contratos de investimento coletivo em criptoativos e os contratos de investimento coletivo criptográficos. Apresentação de Gustavo Gonzalez em formato .ppt, novembro de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/apresentacoes-realizadas-pela-cvm/2020/16-11-2020-criptoativos-diretor-gustavo-gonzalez>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

Assim, um contrato de investimento em criptoativos pode ser caracterizado como valor mobiliário, cuja oferta estará sujeita a registro, se preencher os requisitos indicados no inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976. De fato, no PAS CVM nº 19957.007994/2018-5125, a Comissão de Valores Mobiliários:

(...) firmou o entendimento de que (i) um criptoativo pode, a depender das suas características, configurar um contrato de investimento coletivo, cuja oferta pública no Brasil, por consequência, está sujeita a registro ou à dispensa de registro na CVM e, ainda, que (ii) oportunidades de investimento em criptoativos que não são valores mobiliários podem, a depender de suas características, consistir em contratos de investimento coletivo. As manifestações da CVM, vale dizer, estão em linha com aquela feita pela IOSCO de que os criptoativos podem representar “uma moeda soberana, uma mercadoria ou um valor mobiliário ou, ainda, um derivativo”.<sup>18</sup>

### 3.3. O conceito de prestador de serviços de ativos virtuais

Serviços sobre ativos virtuais envolvem sua negociação, emissão, custódia, transferência, entre outras transações.

O art. 5º da Lei nº 14.478/2022 define os prestadores de serviços de ativos virtuais de forma muito semelhante à que consta do Glossário das 40 Recomendações do GAFI. Um *Virtual Asset Service Provider (VASP)*<sup>19</sup> é qualquer pessoa natural ou jurídica que não esteja abrangida noutra parte das 40 Recomendações e que, como empresa, conduz uma ou mais das seguintes atividades ou operações para outra pessoa física ou jurídica ou em seu nome, a saber: a) troca entre ativos virtuais e moedas fiduciárias; b) troca entre uma ou mais formas de ativos virtuais; c) transferência de ativos virtuais; d) custódia e/ou administração de ativos virtuais ou instrumentos que permitam o controle de ativos virtuais, e e) participação em

<sup>18</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 19957.003406/2019-91*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 26/10/2020, p. 6. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEL\\_19957003406\\_2019\\_91.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEL_19957003406_2019_91.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>19</sup> FATF General Glossary, 2022, p. 133: “*Virtual asset service provider means any natural or legal person who is not covered elsewhere under the Recommendations, and as a business conducts one or more of the following activities or operations for or on behalf of another natural or legal person: i. exchange between virtual assets and fiat currencies; ii. exchange between one or more forms of virtual assets; iii. transfer of virtual assets; iv. safekeeping and/or administration of virtual assets or instruments enabling control over virtual assets; and v. participation in and provision of financial services related to an issuer’s offer and/or sale of a virtual asset*”. In: FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. FATF, Paris, France, 2022. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

serviços financeiros ou prestação de serviços financeiros relacionados à oferta de um emissor e/ou à venda de um ativo virtual.<sup>20</sup>

O conceito de VASP abrange as *exchanges*, que foram definidas pela primeira vez no Brasil no âmbito infralegal em 2019. Conforme o art. 5º, inciso II, da Instrução Normativa RFB 1.888/2019, *exchange* é “a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.”

Segundo a Norma de Autorregulação de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo da Associação Brasileira de Criptoeconomia (ABCripto), em vigor desde 14 de agosto de 2020, uma *exchange* é “a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019”.<sup>21</sup>

### 3.4. Qual a entidade supervisora ou reguladora do mercado de criptoativos

A Lei dos Criptoativos não identifica o regulador da criptoeconomia. Contudo, como o novo inciso I-A do art. 1º da Lei nº 7.492/1986 determina que os VASPs são instituições financeiras para fins penais, é fácil perceber que seu regulador principal é o Banco Central do Brasil (BACEN).

O art. 6º da Lei nº 14.478/2022 determinou que um ato do Poder Executivo atribuisse “a um ou mais órgãos ou entidades da Administração Pública federal a disciplina do funcionamento e a supervisão da prestadora de serviços de ativos virtuais”, o que nos leva às competências regulatórias do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, respectivamente nos termos da Lei nº 4.595/1964<sup>22</sup> e da Lei nº 6.385/1976.<sup>23</sup> Essa divisão de atribuições corresponde à natureza jurídica dos criptoativos, ora como *ativos financeiros* – sujeitos à regulação, monitoramento e fiscalização pelo BACEN –, ora como *valores mobiliários*, submetidos a providências similares a cargo da CVM, quando negociáveis em bolsa de valores.

A referência – no art. 7º, inciso III, do Marco Jurídico dos Criptoativos – à Lei nº 13.506/2017 não deixa dúvidas quanto à competência compartilhada entre essas duas autarquias federais no âmbito da criptoeconomia. Tal diploma dispõe sobre o processo administrativo sancionador (PAS) na esfera de atuação do Banco Central

<sup>20</sup> FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. FATF, Paris, France, 2022. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023, p. 132.

<sup>21</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIPTOECONOMIA. *Norma de Autorregulação de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo*. Disponível em: <https://www.abcripto.com.br/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>22</sup> Dispõe sobre Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

<sup>23</sup> Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Assim, quando os criptoativos forem caracterizados como valores mobiliários, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.385/1976, a competência regulatória será da CVM. Nos demais casos, em que apareçam como ativos financeiros geridos por instituições financeiras, a entidade supervisora será o BACEN. A definição das autoridades reguladoras é feita em decreto do Poder Executivo Federal.

#### 4. Alteração na Lei nº 7.492/1986: *exchanges* como instituições financeiras

A Lei nº 14.478/2022 alterou o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) para atualizar o conceito de instituição financeira para fins penais. Assim, nos termos do inciso I-A do parágrafo único do referido artigo é equiparada a instituição financeira “a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia.”

Trata-se dos *Virtual Asset Service Providers* (VASPs), na expressão consagrada em língua inglesa e empregada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) em sua Recomendação 15.

*15. New technologies Countries and financial institutions should identify and assess the money laundering or terrorist financing risks that may arise in relation to (a) the development of new products and new business practices, including new delivery mechanisms, and (b) the use of new or developing technologies for both new and pre-existing products. In the case of financial institutions, such a risk assessment should take place prior to the launch of the new products, business practices or the use of new or developing technologies. They should take appropriate measures to manage and mitigate those risks. To manage and mitigate the risks emerging from virtual assets, countries should ensure that virtual asset service providers are regulated for AML/CFT purposes, and licensed or registered and subject to effective systems for monitoring and ensuring compliance with the relevant measures called for in the FATF Recommendations.*<sup>24</sup>

Conforme a Recomendação 15, com o fim de “gerenciar e mitigar os riscos decorrentes de ativos virtuais”, os países integrantes do GAFI devem exigir que os prestadores de serviços de ativos virtuais obtenham prévia autorização para funcionar, sejam submetidos a deveres administrativos de PLD/FTP e se sujeitem à fiscalização eficaz para garantir o cumprimento das demais medidas exigidas pelas 40 Recomendações.

<sup>24</sup> FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. FATF, Paris, France, 2022. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023, p. 17.

Como não poderia deixar de ser, no Brasil, a Lei nº 14.478/2022 seguiu o modelo do GAFI, chamando tais pessoas jurídicas (e somente as pessoas jurídicas) de prestadoras de serviços de ativos virtuais. Será uma VASP no direito brasileiro a empresa que preste, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais listados no marco jurídico dos criptoativos.

A previsão legal traz segurança jurídica para eventuais imputações penais às pessoas físicas que dirigem, gerenciam ou controlam empresas prestadoras de serviços de ativos virtuais, as chamadas *exchanges*, permitindo aos órgãos de persecução penal classificar corretamente condutas típicas a elas atribuíveis, o que pode ter reflexos na intensidade da resposta penal e antes, é claro, na fixação da competência.

A incerteza quanto à natureza jurídica das pessoas jurídicas empregadas para a prática de delitos econômico-financeiros pode gerar controvérsia quanto à norma incriminadora aplicável. Trago como exemplo discussão ocorrida no CC 148.110/MG, decidido em 2016 pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ali o Ministério Público Federal (MPF) havia imputado a dirigentes de uma operadora de plano de saúde o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no art. 4º da Lei nº 7.492/1986, donde decorreria a competência federal. No entanto, prevaleceu a percepção de que tal operadora não era equiparável a instituição financeira, não havendo o crime de gestão fraudulenta, mas o delito de estelionato (art. 171 do CP) ou de apropriação indébita (art. 168 do CP), ou um crime falimentar, todos de competência da Justiça Estadual.

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE GESTÃO FRAUDULENTA. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE NÃO CARACTERIZADA COMO SEGURADORA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL AFASTADO. POSSÍVEIS CRIMES FALIMENTARES OU PATRIMONIAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. De acordo com a imputação contida na denúncia, o denunciado teria praticado fraudes à frente de uma operadora de plano de saúde, sendo acusado do delito de gestão fraudulenta (Lei nº 7.492/86, art. 4º, *caput*).

2. As operadoras de planos de saúde não consubstanciam instituições financeiras em sentido próprio – pois não captam, intermedeiam ou aplicam recursos financeiros de terceiros – nem instituições financeiras atuantes no mercado de capitais – dado que não realizam atividade de custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Podem, em tese, apenas ser enquadradas como instituições financeiras por equiparação, com fulcro no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

3. Operadoras de plano de assistência à saúde não possuem natureza jurídica uniforme, podendo assumir a forma de cooperativas, sociedades simples, sociedades empresárias ou entidades de autogestão.

4. Sociedades seguradoras podem atuar como operadoras de plano de assistência à saúde “desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro”, de acordo com os artigos 1º e 2º da Lei nº 10.185/2001.

5. Portanto, as seguradoras especializadas em saúde são apenas uma das modalidades de pessoas jurídicas autorizadas a atuar como operadoras de plano de assistência à saúde. A diferença fundamental entre tais seguradoras e as demais operadoras de plano de assistência à saúde consiste na possibilidade que lhes é franqueada de negociarem – captarem e administrarem – seguro-saúde, produto inconfundível com as demais formas de planos privados de assistência à saúde.

6. No caso concreto, a operadora de plano de saúde que teria sido objeto das fraudes não é uma sociedade seguradora, pois não comercializa seguros-saúde e não está constituída sob a forma de sociedade anônima.

7. No direito penal, é vedada a analogia *in malam partem*, por afronta ao princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, Constituição, e artigo 1º do Código Penal), de modo que não é legítima a equiparação das demais operadoras de planos privados de assistência à saúde às seguradoras.

8. As condutas narradas podem caracterizar crimes contra o patrimônio – como estelionato e apropriação indébita – ou crimes falimentares, mas não crime contra o sistema financeiro nacional.

9. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG, ora suscitante.<sup>25</sup>

Como bem disse o STJ, no direito penal, é vedada a analogia *in malam partem*, por ofensa ao princípio da legalidade, razão pela qual não seria legítimo equiparar VASPs e *exchanges* em particular a instituições financeiras, sem expressa previsão legal. A Lei nº 14.478/2022 resolveu este problema para os crimes da Lei nº 7.492/1986, permitindo que qualquer deles seja praticado por intermédio de uma “instituição financeira” para fins penais ou em detrimento de uma delas.

---

<sup>25</sup> STJ. CC 148.110/MG. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. p./ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016.

Deste modo, desde 20 de junho de 2023, uma *exchange* é uma instituição financeira nos termos do inciso I-A do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.492/1986, pois equipara-se a instituição financeira “a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia”. Não haverá controvérsia, portanto, quanto à possibilidade de imputar aos administradores, dirigentes e gestores de VASPs os crimes de gestão fraudulenta (art. 4º),<sup>26</sup> gestão temerária (art. 4º, único), operação de instituição financeira clandestina (art. 16), evasão de divisas (art. 22) ou ainda os crimes dos arts. 6º e 7º da Lei nº 7.492/1986.<sup>27</sup>

Tal dispositivo permite a aplicação do princípio da especialidade, afastando o conflito aparente de normas com crimes previstos no Código Penal, na Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (Lei nº 11.101/2005) e na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei nº 1.521/1951), diplomas que são comumente invocados em situações de suposto choque normativo.

A alteração penal de que nos ocupamos evidentemente somente incide sobre condutas ocorridas a partir de 20 de junho de 2023, em função da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

## 5. Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro

Três alterações importantes foram promovidas na Lei de Lavagem de Dinheiro pela Lei dos Criptoativos. Uma sobre a majorante do §4º do art. 1º da Lei nº 0.613/1998; outra no rol de sujeitos obrigados (art. 9º) e a terceira no objeto das comunicações automáticas de operações (art. 10). Houve também a adição de um novo dispositivo, o art. 12-A. Vejamos.

### 5.1. A nova majorante do §4º do art. 1º, da Lei nº 9.613/1998

A Lei nº 14.478/2022 modificou a Lei nº 9.613/1998, para criar uma nova causa especial de aumento de pena, no §4º do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, quando o crime de lavagem de capitais for cometido “por meio da utilização de ativo virtual.” O conceito de ativo virtual é dado, como vimos, pelo art. 3º da Lei nº 14.478/2022.

§ 4º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada, por intermédio de organização criminosa ou por meio da utilização de ativo virtual.

Originalmente, a pena era aumentada apenas quando a lavagem de dinheiro ocorresse de forma reiterada ou quando fosse praticada por meio de organização

<sup>26</sup> Isto é, o crime de gestão fraudulenta ou de gestão temerária de uma *exchange*.

<sup>27</sup> E também o crime do art. 171-A do Código Penal, como veremos.

criminosa, conforme o conceito trazido pela Lei nº 12.850/2013. A partir da entrada em vigor da Lei dos Criptoativos, qualquer operação de dissimulação ou de ocultação de bens, direitos e valores, tendo como objeto criptoativos, ou qualquer situação de utilização de ativos virtuais para esse fim levará a um aumento de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) por força da nova majorante.

A pena mais alta se justifica pelo aumento da dificuldade de rastreamento e de arresto ou sequestro de ativos virtuais para eventual confisco, assim como pela extrema volatilidade de tais ativos e pela relativa anonimização de operações que poderão ocorrer de modo descentralizado, em qualquer ponto do globo.

A imputação dessa nova causa especial de aumento somente é possível para condutas ocorridas a partir de 20 de junho de 2023, em função da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

## 5.2. A inclusão das *exchanges* como sujeitos obrigados no rol do art. 9º da Lei nº 9.613/1998

Outra alteração trazida pela Lei nº 14.478/2022 mira o subsistema de prevenção à lavagem de dinheiro, com a ampliação do rol fechado das pessoas que devem cumprir obrigações de conformidade para fins de prevenção à lavagem de dinheiro (PLD) e ao financiamento do terrorismo e à proliferação de armas de destruição em massa (FTP).

O art. 9º da Lei nº 9.613/1998 passou a ter um novo inciso, XIX, para imputar os tradicionais deveres administrativos de conformidade (*compliance*) às “prestadoras de serviços de ativos virtuais”, conhecidas como *Virtual Asset Service Providers* (VASP). Tais pessoas jurídicas deverão adotar mecanismos próprios de análise de risco de lavagem de dinheiro; formar e manter cadastros atualizados sobre seus clientes segundo a lógica *Know Your Customer* (KYC); identificá-los, qualificá-los e classificá-los; registrar detalhadamente as operações por eles realizadas; mantê-las em suas bases de dados pelo tempo mínimo fixado pelo órgão regulador setorial; comunicar tais operações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nas hipóteses legais de comunicação automática de operações (COA) e nas situações em que se exige a comunicação de operações suspeitas (COS); manter sigilo quanto a essas comunicações em relação a tais clientes (proibição de  *tipping off*), sem prejuízo da proteção de seus dados pessoais.<sup>28</sup>

O art. 4º, inciso VII, da Lei nº 14.478/2022 acentua os deveres de integridade e conformidade dos prestadores de serviços de ativos virtuais ao determinar que deve ser uma diretriz desse segmento de mercado a adoção de políticas PLD/FTP,<sup>29</sup> de “prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação

<sup>28</sup> ARAS, Vladimir; LUZ, Ilana Martins. Comentários à Lei de Lavagem de Dinheiro. In: PINHEIRO, Igor P. (Coord.). *Leis penais especiais comentadas: na visão do STF, STJ e TSE*. Leme/SP: Mizuno, 2021, p. 1301-1319.

<sup>29</sup> O inciso II do mesmo art. 4º da Lei dos Criptoativos exige a adoção de “boas práticas de governança, transparência nas operações e abordagem baseada em riscos”, posturas essenciais a *due diligence* em qualquer dos mercados, sobretudo para a identificação, qualificação e classificação dos clientes desses sujeitos obrigados.



de armas de destruição em massa, em alinhamento com os padrões internacionais”, previsão que confere às 40 Recomendações do GAFI um especial status vinculante, por incorporação ao direito interno.

### **5.3. A inclusão dos ativos virtuais como objeto de comunicação automática no art. 10 da Lei nº 9.613/1998**

Como consequência da adaptação da legislação brasileira à Recomendação 15 do GAFI, o inciso II do art. 10 da Lei nº 9.613/1998 também foi alterado para prever como dever administrativo dos sujeitos obrigados (aqueles listados no art. 9º), quaisquer que sejam eles, manter “registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ativos virtuais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas”.

A partir de 20 de junho de 2023, não há dúvidas de que todas as pessoas obrigadas deverão manter o controle registrário, para comunicação ao COAF de operações com ativos virtuais que superarem o patamar estabelecido pelos atos infralegais (normalmente resoluções) baixados pelos diversos supervisores dos segmentos de mercado, como o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Agência Nacional de Mineração (ANM), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ou mesmo pelo COAF, quando não houver regulador setorial específico.

Segundo o art. 11, inciso II, alínea *a*, da Lei nº 9.613/1998, todas as operações indicadas no inciso II do art. 10 da mesma lei deverão ser comunicadas ao COAF, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Essas comunicações obrigatórias também englobam as transações com criptoativos acima de determinado valor. Para ativos em geral, a Circular 3978/2020 do BACEN<sup>30</sup> estipula o valor de 50 mil reais em espécie para saques e depósitos, nos termos do art. 49. Esse mesmo limiar é adotado pelo art. 11 da Resolução ANM 129/2023.<sup>31</sup>

### **5.4. O alcance da Lei Brasileira de Criptoativos**

Sem dúvida alguma, as normas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro sobre criptoativos são oponíveis a empresas (VASPs) com sede no Brasil ou no exterior, que prestem quaisquer dos serviços indicados no art. 5º da Lei nº 14.478/2020 ao público brasileiro, aqui entendidos como investidores ou consumidores do mercado brasileiro de ativos virtuais.

<sup>30</sup> Circular BACEN 3.978, de 23 de janeiro de 2020, que dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

<sup>31</sup> Resolução ANM 129, de 23 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre cumprimento dos deveres de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP), legalmente atribuídos na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998.

Conforme o art. 2º da Lei nº 14.478/2022, “as prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública federal”.

O art. 6º da IN 1.888/2019 da Receita Federal servirá de parâmetro para determinar em que condições as prestadoras de serviços de ativos virtuais deverão reportar-se aos órgãos públicos brasileiros. Será o caso, ao menos, das *exchanges* de criptoativos domiciliadas para fins tributários no Brasil.

Fica a cargo do decreto regulamentar da Lei nº 14.478/2022 estabelecer as obrigações para empresas estrangeiras que pretendam prestar serviços diretamente no mercado brasileiro.

### 5.5. O Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP)

No art. 12-A da Lei de Lavagem de Dinheiro, foi criado um importante instrumento de cumprimento dos deveres de *compliance* PLD/FTP. Baseado no Portal da Transparência e mantido pela Controladoria Geral da União (CGU), o Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP) reunirá os nomes e dados cadastrais de milhares de pessoas expostas politicamente (PEPs) que existem no Brasil e que devem estar sujeitas a escrutínio mais rigoroso dos sujeitos obrigados, devido à sua posição especial nas estruturas de poder de quaisquer dos órgãos dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Os entes da Administração Pública direta e indireta das unidades federadas e da própria União terão de fornecer ativamente informações atualizadas sobre “seus integrantes ou ex-integrantes classificados como pessoas expostas politicamente (PEPs) na legislação e regulação vigentes.” Tal regulação, de natureza infralegal, é veiculada nas resoluções PLD/FTP dos reguladores setoriais e do COAF. O não cumprimento desse dever pelos órgãos estatais permitirá que a CGU inclua seus nomes como inadimplentes numa funcionalidade do cadastro nacional CNPEP, a fim de que, pela técnica de *naming and shaming*, tais entes propiciem a informação devida.

A existência de um cadastro deste tipo facilita a análise de risco pelos sujeitos obrigados (art. 9º da Lei nº 9.613/998) no cumprimento de seus deveres administrativos de *compliance* (arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998) para a prevenção à lavagem de dinheiro (PLD) e ao financiamento do terrorismo e à proliferação de armas de destruição em massa (FTP). Por isso mesmo, um dos novos deveres administrativos das pessoas obrigadas, no campo da devida diligência (*due diligence*), para identificar, qualificar e classificar seus clientes será a consulta prévia ao CNPEP, providência que deverá ser devidamente registrada pelos analistas (§2º).

Por exemplo, o art. 2º da Resolução ANMP 129/2023 determina que os mineradores produtores de pedras e metais preciosos que atuam na atividade de extração mineral mediante os títulos autorizativos de Guia de Utilização, de Portaria de Lavra, de Manifesto de Mina e de Permissão de Lavra Garimpeira devem proceder

à identificação de pessoas politicamente expostas (PEP) envolvidas nas operações, conforme a Resolução 40/2021, do COAF. Seu art. 1º diz:

Art. 1º (...). § 4º Para identificação de pessoas expostas politicamente que se enquadrem no §1º deste artigo ou para confirmação do seu enquadramento em hipótese contemplada em tal dispositivo, devem ser consultadas bases de dados oficiais disponibilizadas pelo Poder Público, a exemplo da relação de pessoas expostas politicamente mantida pela Controladoria-Geral da União – CGU no Portal da Transparência, disponibilizada também pelo Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf.<sup>32</sup>

## **6. Um novo crime contra o sistema financeiro nacional**

A Lei nº 14.478/2022 introduziu um novo tipo penal, supostamente de estelionato, no art. 171-A do Código Penal, com o título de “fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros”. A conduta estará configurada quando o agente “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.”

A pena do crime do art. 171-A do CP é de reclusão, de 4 a 8 anos e multa, o que o diferencia drasticamente do estelionato, cuja escala penal é bem mais modesta, de 1 a 5 anos de reclusão na modalidade simples. Pena semelhante só vemos na fraude eletrônica do §2º-A do art. 171 do CP.

A nova figura de fraude do art. 171-A do CP só pode ser imputada a condutas praticadas a partir de 20 de junho de 2023, quando a Lei nº 14.478/2020 entrou em vigor.

### **6.1. A natureza jurídica do crime do art. 171-A do Código Penal**

O novo tipo especial do art. 171-A está mal colocado. Diferentemente do estelionato previsto no art. 171 do Código Penal, o art. 171-A do CP traz um crime formal, com natureza jurídica diversa da tradicional fraude criminal, que é de natureza material. Não se trata, como poderia parecer, de um delito contra o patrimônio, mas de um crime contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN). Por isso mesmo, o dispositivo deveria ter sido inserido como forma qualificada do crime do art. 6º da Lei nº 7.492/1986, que manda punir com pena de 2 a 6 anos de reclusão quem induzir ou mantiver em erro “sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação

<sup>32</sup> Resolução COAF 40, de 22 de novembro de 2021, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados, em relação a pessoas expostas politicamente, por aqueles que se sujeitam à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente”. Vê-se claramente a identidade entre essas duas figuras típicas, notadamente no que se refere à fraude contra investidores.

Também se pode notar a similaridade entre o novo crime do art. 171-A do CP e o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, previsto no art. 4º da Lei nº 7.492/1986. Esta conduta consiste em gerir, de modo fraudulento, uma instituição financeira, isto é, uma “pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”, tal como descrito no art. 1º da mesma lei. Uma das formas do novo crime é exatamente *gerir* carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Em se tratando de um delito supraindividual, o objeto jurídico do crime do art. 171-A do CP é a tutela do SFN, como um todo, em sua higidez, integridade e confiabilidade, a proteção da poupança popular e, indiretamente, o patrimônio da vítima individualizável. Disso não há dúvida: o art. 4º da lei que o instituiu determina que uma das diretrizes que os VASPs devem observar é a “proteção à poupança popular” (inciso V). Por outro lado, a caracterização da oferta pública de ativos como um contrato de investimento coletivo e, portanto, como um valor mobiliário, coloca em tela a defesa dos interesses dos investidores e da ordem financeira, por meio da Lei nº 7.492/1986.

Compreende-se, assim, que os *ativos virtuais* serão objeto do crime financeiro do art. 171-A do CP quando apareçam na forma de ativos financeiros em geral (*payment tokens* e *utility tokens*) ou quando se apresentem como valores mobiliários em particular (*security tokens*).

Segundo o Parecer de Orientação 40, de 11 de outubro de 2022, para a CVM, a taxonomia dos *tokens* compreende três categorias: a) *tokens* de pagamento (*cryptocurrency* ou *payment tokens*), que reproduzem as funções da moeda fiduciária, especialmente as funções de unidade de conta, de meio de troca e de reserva de valor; b) os *tokens* de utilidade (*utility tokens*), que são usados para a aquisição de produtos ou serviços; e c) os *tokens* referenciados a um ativo (*asset-backed tokens*), que são a representação digital de um ou mais ativos, tangíveis ou intangíveis. Entre os *tokens* da espécie c estão, também segundo a CVM, os *security tokens*, as *stablecoins*, os *tokens* não fungíveis (*non-fungible tokens*), ou NFTs, e outros ativos que podem ser sujeitos a tokenização.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Os criptoativos e o mercado de valores mobiliários. *Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022*, p. 4-5. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

## 6.2. As três modalidades do crime do art. 171-A do CP

O crime do novo art. 171-A do CP apresenta-se em três modalidades, quanto ao seu objeto material. Temos aí uma norma penal em branco homogênea complementada por outras leis não penais, como a Lei dos Criptoativos, a Lei da Comissão de Valores Mobiliários e a Lei dos Crimes contra o SFN, necessárias para encontrarmos os conceitos de *ativos virtuais* (art. 3º da Lei nº 14.478/2022), *valores mobiliários* (art. 2º da Lei nº 6.385/1976) e *ativos financeiros* (art. 1º da Lei nº 7.492/1986 c/c atos infr legais).

Conforme se lê no relatório do senador Irajá, que o art. 10 do PL 4.401/2021 “cria um novo tipo penal contra fraudes com ativos virtuais, similar ao Substitutivo, com as mesmas penas, inclusive, mas incluindo valores mobiliários e ativos financeiros em sua tipologia”. Percebe-se que a *mens legislatoris* é a de criar um crime de fraude com ativos virtuais, sem prejuízo do estelionato comum. O objetivo primordial do legislador era alcançar os criptoativos.<sup>34</sup> O projeto visava “a definição de marcos regulatórios para nortear a regulamentação infr legal, a proteção e defesa do consumidor, o combate aos crimes financeiros, a promoção da transparência das operações com criptoativos, com caráter eminentemente principiológico”.<sup>35</sup> Note-se que o relatório não indicava a pretensão de criar um crime patrimonial, mas sim de instituir um delito financeiro.

Conclui-se, portanto, que, ao desdobrar o objeto material do crime do art. 171-A do CP em *ativos virtuais*, *valores mobiliários* e *ativos financeiros*, o legislador pretendeu alcançar qualquer operação ou transação fraudulenta com criptoativos, como gênero, sejam eles ativos financeiros (*lato sensu*) ou valores mobiliários (ativos financeiros virtuais *stricto sensu*), nos termos do art. 2º da Lei nº 6.385/1976. Assim, para os fins do art. 171-A do CP, os ativos virtuais objeto da conduta fraudulenta podem referenciar-se a bens tangíveis ou intangíveis ou serem falsos, isto é, não existirem de qualquer maneira e sequer serem registrados numa *blockchain*.

### 6.2.1. Fraude com ativos virtuais

Se o objeto da fraude forem “ativos virtuais”,<sup>36</sup> como gênero, estará configurada a operação de uma instituição financeira por equiparação. Desde a entrada em vigor da Lei nº 14.478/2022, o inciso I-A do parágrafo único da Lei nº 7.492/1986 considera instituição financeira a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações

<sup>34</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer de Plenário, do senador Irajá, de 12 de abril de 2022, sobre o Projeto de Lei nº 3.825, de 2019, que disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação e o Projeto de Lei nº 4.401, de 2021, que dispõe sobre as prestadoras de serviços de ativos virtuais*. p. 4. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9132409&ts=1671717368348&disposition=inline/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>35</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer de Plenário do senador Irajá, de 12 de abril de 2022, sobre o Projeto de Lei nº 3.825, de 2019, que disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação e o Projeto de Lei nº 4.401, de 2021, que dispõe sobre as prestadoras de serviços de ativos virtuais*. p. 6. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9132409&ts=1671717368348&disposition=inline/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>36</sup> Conceituados pelo art. 3º da Lei nº 14.478/2022.

com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia. Logo, pode-se demonstrar facilmente que a conduta de “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais” para obter vantagem ilícita mediante fraude corresponde a uma atividade ilegal de instituição financeira nos termos da lei penal. Se os ativos virtuais não forem registrados, além do crime do art. 171-A do CP, tem-se ainda o crime do art. 7º, inciso II, da Lei nº 7.492/1986.<sup>37</sup>

Por “ativos virtuais”, entende-se “a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”, conforme o art. 3º da Lei nº 14.478/2022. A referência à gestão de *carteiras* de ativos virtuais aponta para investimentos no mercado de criptomoedas, na condição de valores mobiliários, o que também evoca a Lei nº 7.492/1986. Do mesmo modo, a menção à *oferta* (pública) de carteiras de ativos virtuais também aponta para a Lei nº 6.385/1976 e para a Lei nº 7.492/1986. A *distribuição* de rendimentos de carteiras também se enquadra nas mesmas leis. O STJ já decidiu que, enquanto o “crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP) é dirigido contra o patrimônio individual”, tem-se que, “como regra, a pirâmide financeira ou a criação de site na internet sob o falso pretexto de investimento em criptomoedas se subsume ao delito do art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/1951”,<sup>38</sup> o que nos leva ao próximo ponto.

### 6.2.2. Fraude com valores mobiliários

Por outro lado, se o objeto da conduta é um ativo virtual na forma de um “valor mobiliário”, igualmente teremos a incidência do art. 1º da Lei nº 7.492/1986 para classificar a fraude como um crime contra o SFN, uma vez que uma pessoa que “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam valores mobiliários” para obter vantagem ilícita mediante fraude estará operando como instituição financeira com um ativo descrito no art. 2º da Lei nº 6.385/1976 que lista os valores mobiliários. Aqui se aplica especificamente o inciso IX, segundo o qual são valores mobiliários, quando ofertados publicamente, quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo (CIC), que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advenham preponderantemente do esforço do empreendedor ou de terceiros.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo Sancionador. *CVM* Nº 19957.003406/2019-91. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 26/10/2020, p. 9 do relatório, § 24. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI\\_19957003406\\_2019\\_91.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI_19957003406_2019_91.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>38</sup> STJ. *RHC 161.635/DF*. 5ª Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, j. em 15/08/2022. Vide os itens 2 e 3 da ementa e seu desenvolvimento no voto do relator.

<sup>39</sup> Até o advento da Lei nº 14.478/2022, quando esses contratos de investimento coletivo envolvem criptoativos, tem-se classificado tal conduta no art. 7º da Lei nº 7.492/1986, isto é, emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários falsos ou falsificados; sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente; sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação ou sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida. A pena é de reclusão de 2 a 8 anos e multa.

Note-se ainda que uma das atividades de uma instituição financeira para fins penais é justamente a custódia, emissão, *distribuição*, negociação, *intermediação* ou *administração* (gestão) de valores mobiliários, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 7.492/1986.

A definição de um ativo como valor mobiliário tem de passar pelo filtro de *Howey (Howey Test)*,<sup>40</sup> instituído pela Suprema Corte dos EUA em 1946, num caso da *Securities and Exchange Commission* (SEC). Este critério foi adotado pela legislação brasileira em 1998 e tem sido reiteradamente empregado pela CVM brasileira em seus julgados – a exemplo da criptomoeda *Iconic* (NIC)<sup>41</sup> – e em seus pronunciamentos oficiais, como o Parecer de Orientação 40/2022, que fortaleceu o marco jurídico da criptoconomia no Brasil.<sup>42</sup>

Este Parecer tem o objetivo de garantir maior previsibilidade e segurança, bem como de fomentar ambiente favorável ao desenvolvimento dos criptoativos, com integridade e com aderência a princípios constitucionais e legais relevantes. Desta forma, a CVM está contribuindo para (i) a proteção do investidor e da poupança popular; (ii) a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro; (iii) prevenção e combate à corrupção; (iv) controle à evasão fiscal; e (v) prevenção e combate ao financiamento do terrorismo e/ou proliferação de armas de destruição em massa.<sup>43</sup>

### 6.2.3. Fraude com ativos financeiros

Por fim, se o objeto material da conduta do art. 171-A do CP forem ativos virtuais na forma de “ativos financeiros” em geral estaremos diante de um conceito nebuloso, que é, todavia, mencionado pelo art. 1º da Lei nº 7.492/1986, mas com a denominação de “recursos financeiros”, com clara referência ao seu pertencimento a terceiros, que serão as vítimas mediatas da ilicitude. É esse patrimônio financeiro que é atingido pela fraude.

No sentido econômico, “ativos financeiros” são títulos relacionados a um contrato que podem ser adquiridos em instituições financeiras, inclusive corretoras,

<sup>40</sup> ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *SEC v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, 1946. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>41</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 19957.003406/2019-91*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 26/10/2020, p. 4-5. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI\\_19957003406\\_2019\\_91.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI_19957003406_2019_91.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>42</sup> ARAS, Vladimir. *Marco regulatório da criptoconomia e sua repercussão no campo penal*. *Conjur*, 13 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-out-13/vladimir-aras-avanco-marco-regulatorio-criptoconomia>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>43</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Os criptoativos e o mercado de valores mobiliários. *Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022*. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

para poupança (reserva financeira) ou para gerar renda para o comprador, a exemplo de ações, debêntures, fundos imobiliários, certificados de depósitos bancários e títulos públicos ou privados sujeitos à negociação no mercado financeiro. Materialmente falando, os ativos financeiros distinguem-se dos ativos tangíveis (ou reais), como imóveis, maquinário e automóveis; são, portanto, intangíveis<sup>44</sup> e podem englobar diversos *tokens*.

Embora não definida por lei federal, a expressão “*ativos financeiros*” encontra explicitação em normativos do Banco Central. De fato, conforme a Resolução BACEN 4.593/2017, consideram-se ativos financeiros os títulos de crédito, direitos creditórios e outros instrumentos financeiros que sejam: a) de obrigação de pagamento das instituições financeiras, incluindo contratos de depósitos a prazo; b) de coobrigação de pagamento das instituições financeiras, em operações como aceite e garantia; c) admitidos nas carteiras de ativos das instituições financeiras, exceto os objeto de desconto; d) objeto de desconto em operações de crédito, por instituições financeiras ou entregues em garantia para essas instituições em outras operações do sistema financeiro; e) escriturados conforme regulamentação do Banco Central do Brasil ou custodiados por instituições financeiras; e f) de emissão ou de propriedade de entidades não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, integrante de conglomerado prudencial, definido nos termos do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF). São também ativos financeiros os bens, direitos ou instrumentos financeiros: a) cuja legislação ou regulamentação específica assim os defina ou determine seu registro ou depósito centralizado, ou b) que, no âmbito de um arranjo de pagamento, sejam de obrigação de pagamento de instituição de pagamento aos seus clientes.<sup>45</sup>

O §2º do art. 2º da Resolução BACEN nº 4.593/2017 esclarece que, para os seus fins, valores mobiliários não se incluem entre os ativos financeiros, pois estão sujeitos à regulação própria da CVM. Esse dispositivo é compatível com o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.478/2022.

Já o art. 2º da Resolução nº 4.966/2021, do Conselho Monetário Nacional (CMN) conceitua, para fins de regulação contábil de instrumentos financeiros, um *ativo financeiro* como: a) dinheiro; b) instrumento patrimonial de outra entidade; c) direito contratual de receber dinheiro ou outro ativo financeiro<sup>46</sup> de outra entidade, ou de trocar ativos financeiros ou passivos financeiros com outra entidade em condições potencialmente favoráveis à instituição detentora desse direito; ou d) contrato a ser ou que possa ser liquidado com instrumento patrimonial da própria instituição que seja: instrumento financeiro não derivativo para o qual a instituição esteja ou

<sup>44</sup> FARACHE, Arthur. *Ativos reais x ativos financeiros: guia completo*. Hurts Capital, 2020. Disponível em: <<https://blog.hurst.capital/blog/ativos-reais-x-ativos-financeiros/amp>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>45</sup> Resolução 4.593, de 28 de agosto de 2017, que dispõe sobre o registro e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre a prestação de serviços de custódia de ativos financeiros.

<sup>46</sup> Inclusive criptomoedas e outros *tokens*.



possa estar obrigada a receber um número variável de instrumentos patrimoniais da própria instituição; ou instrumento financeiro derivativo que não seja liquidado pela troca de um valor fixo em dinheiro, ou outro ativo financeiro, por um número fixo de instrumentos patrimoniais da própria instituição.<sup>47</sup>

Percebe-se, portanto, que ativos financeiros são a matéria-prima da atividade ordinária de instituições financeiras (art. 1º da Lei nº 7.492/1986), podendo também caracterizar-se como valores mobiliários (art. 2º da Lei nº 6.385/1976), negociáveis no mercado financeiro e no mercado de capitais. Podem ser tangíveis ou intangíveis e se apresentar como *tokens* da criptoeconomia, o que faz do crime do art. 171-A do CP um delito contra o SFN que tem como objeto material ativos virtuais, na forma de ativos financeiros em geral (*payment tokens* e *utility tokens*) ou na forma de valores mobiliários em particular (*security tokens*).

### 6.3. O crime de *pirâmide* e um conflito aparente de normas

O novo art. 171-A do CP resolve em grande medida o conflito aparente de normas que se apresenta entre o art. 171 do CP (estelionato comum) e o crime do art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/1951 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular), que vinha sendo considerado pertinente, em alguns casos, para a persecução do crime de *pirâmide* com criptomoedas.<sup>48</sup> A insuficiência da resposta penal neste campo fica superada, vencidas questões acolhidas pelo STJ quando vigente o ordenamento jurídico anterior à Lei nº 14.478/2022.<sup>49</sup>

O delito do inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521/1951 é um crime contra a economia popular da categoria das infrações penais de menor potencial ofensivo. É punido com detenção de 6 meses a 2 anos e multa. Conforme o art. 2º da Lei de 1951, são crimes contra a economia popular “obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do

<sup>47</sup> Resolução CMN 4.966, de 25 de novembro de 2021, que dispõe sobre os conceitos e os critérios contábeis aplicáveis a instrumentos financeiros, bem como para a designação e o reconhecimento das relações de proteção (contabilidade de *hedge*) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

<sup>48</sup> STJ. RHC 161.635/DF. 5ª Turma, Min. Rel. Ribeiro Dantas, j. em 15/08/2022. Neste RHC se discutiu um conflito aparente entre o crime de estelionato (art. 171 do CP) e o crime de pichardismo (art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/1951), admitindo-se o concurso de crimes: “Assim, narrados casos de prejuízos genéricos por infinidade de usuários, sem verificação de conduta transcendente, mas mera cooptação pelo site eletrônico, ainda que possível identificar algumas vítimas, verifica-se apenas o crime contra a economia popular. Porém, havendo o aliciamento particularizado, mediante induzimento e convencimento, de vítimas determinadas, através de emissários dos agentes criminosos principais, torna-se possível falar, em tese, em concurso de crimes entre o delito contra a economia popular e o estelionato. Isto porque, paralelamente ao ato voltado contra o público em geral (site eletrônico para angariar vítimas), verificam-se condutas autônomas de aliciadores voltadas contra o patrimônio particular de vítimas específicas, cuja adesão ao site (instrumento para a fraude) se revela apenas como exaurimento do estelionato”.

<sup>49</sup> STJ. CC 170.392/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. em 10/6/2020. Tratava-se de um conflito de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal quanto a uma pirâmide financeira. Prevaleceu a competência da Justiça Estadual em Jundiaí/SP, nos termos da Súmula 498, do STF, porque então se entendeu que o crime correspondente era o do art. 2º, IX, da Lei nº 1.531/1951.

povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ('bola de neve', 'cadeias', 'pichardismo' e quaisquer outros equivalentes)".<sup>50</sup>

Com a vigência da nova lei, o MPF poderá imputar o crime do art. 171-A do CP a quem "organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais" com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Essa conduta poderá ser verificada em concurso formal com o crime do art. 7º da Lei nº 7.492/1986 (contratos com ofertas públicas de investimentos em criptoativos), sem prejuízo do art. 16 da Lei nº 7.492/1986, que tipifica a operação clandestina de instituição financeira, ou ainda do art. 4º da mesma lei, que pune a gestão fraudulenta de instituição financeira.<sup>51</sup>

De fato, na Operação *Kryptos*, um gigantesco esquema de pirâmide no Rio de Janeiro, o MPF ofereceu denúncia com base no art. 4º da Lei nº 7.492/1986,<sup>52</sup> em concurso com outros delitos, como os do art. 7º, incisos II, III e IV, da Lei nº 7.492/86 (emissão, oferecimento e negociação irregular de títulos ou valores mobiliários) e do art. 16 da Lei nº 7.492/86 (operação não autorizada). O conflito de competência que se instaurou o STJ reconheceu caber à 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro o julgamento da causa.<sup>53</sup>

Também no caso *Telexfree* acabou prevalecendo essa imputação, que foi mantida pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região. O MPF imputara aos réus os crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira, operação clandestina de instituição financeira, mediante a criação de moeda eletrônica e a custódia de valores à margem do SFN, com captação em grande escala sem autorização dos órgãos de fiscalização e controle.

2. Os elementos dos autos demonstraram que a Ympactus / TelexFree para além de ofertar valores mobiliários e captar investimentos, ainda exercia as seguintes atividades, típicas de instituição financeira: conversão de moeda soberana, física ou escritural, em moeda eletrônica atrelada ao dólar estadunidense e vice versa; custódia de moeda eletrônica para seus associados; disponibilização de serviços de aporte ou saque de recursos mantidos nos ambientes virtuais (*logins*) dos clientes; viabilização de transferências da moeda eletrônica entre clientes, mesmo quando residentes em países distintos; efetivação de pagamentos de faturas emitidas pela

<sup>50</sup> ARAS, Vladimir. *O crime de pichardismo*. Blog do Vlad, 29 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2021/11/29/o-crime-de-pichardismo/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>51</sup> Agradeço ao procurador da República Fernando Amorim Lavieri pela leitura deste texto, pelas sugestões que deu e pelas referências aos casos *Kryptos* e *Telexfree*, que mostram a incidência do crime de gestão fraudulenta de instituições financeiras em casos de pirâmides. Agradeço ainda ao professor Douglas Fischer pela leitura e sugestões que contribuíram para tornar mais claro este trabalho.

<sup>52</sup> Vide a Ação Penal nº 5105179-28.2021.4.02.5101, proposta pelo MPF no Rio de Janeiro.

<sup>53</sup> STJ. CC 189.304/RJ. Terceira Seção, Min. Ribeiro Dantas, d. em 09/08/2022. Decisão monocrática proferida na Operação *Kryptos*, a respeito da empresa GAS Consultoria e Tecnologia Ltda., do Rio de Janeiro.

empresa com o uso da moeda eletrônica; cobrança de tarifas por todas as transferências de moeda eletrônica feitas via sistema da TelexFree; obtenção de ganhos nas conversões, praticando câmbio mais favorável do que o oficial do dólar norte-americano na data da operação, sendo certo que tudo isso restou amplamente descrito na extensa e detalhada sentença.<sup>54</sup>

#### **6.4. O crime de fraude com criptoativos (art. 171-A) e os crimes de estelionato comum (art. 171 do Código Penal) e fraude eletrônica (§2º-A do art. 171 do Código Penal)**

Mesmo com a vigência do art. 171-A do Código Penal, o crime de estelionato do art. 171 do mesmo código e a fraude eletrônica (§2º-A) poderão ter como objeto ativos virtuais. Os criptoativos são a vantagem ilícita obtida pelo agente.

Há aí um conflito aparente de normas, uma vez que os bens jurídicos tutelados por esses artigos são diversos. Pense, por exemplo, na conduta de quem ilude a vítima a fim de obter acesso à sua chave criptográfica privada (gerada no momento da criação da carteira) ou a *seed phrase* (*recovery phrase*), senhas essenciais para o acesso à carteira (*wallet*) de criptomonedas e sua movimentação; e para a recuperação da carteira, respectivamente.

Se o agente, adotando métodos de engenharia social pela *Internet*, ilude ou induz em erro a vítima para ter acesso a sua criptocarteira (*wallet*) e consegue realizar uma transação de criptomonedas (uma transferência de *bitcoins* para outro endereço, por exemplo), não estaremos diante do crime do art. 171-A do CP, mas sim da figura do art. 171, §2º-A do CP, que tem objetividade jurídica distinta, sendo um crime patrimonial.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

Neste caso, a ação penal é pública condicionada à representação da vítima, em regra, sem prejuízo das exceções previstas no §5º do art. 171 do CP.

<sup>54</sup> TRF-2. *Apelação Criminal 0000273-28.2014.4.02.5001/ES*. 1ª Turma Especializada, Rel. Des. Paulo Cesar Morais Espírito Santo, j. em 01/09/2021.

Disto se conclui, portanto, que nem toda fraude com criptoativos se encaixará no art. 171-A do CP. Quando a fraude disser respeito à gestão, oferta ou distribuição de carteiras ou à intermediação de operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros, temos um crime contra o SFN, de ação penal pública incondicionada e competência federal. Porém, quando a fraude atingir o patrimônio de uma ou mais vítimas, sem as circunstâncias elementares da criptofraude financeira, temos um crime patrimonial do art. 171, *caput*, do Código Penal (estelionato) ou, eventualmente, a fraude eletrônica do §2º-A do mesmo artigo.

### 6.5. A competência para o julgamento do crime do art. 171-A do Código Penal

A natureza jurídica do crime do art. 171-A do CP não é questão de somenos importância. Conhecê-la é essencial para determinar a competência para o seu processo e julgamento, à luz do art. 109, inciso VI, da Constituição. Segundo tal dispositivo, compete aos juízes federais julgar os crimes contra a ordem econômico-financeira, quando assim o determinar a lei. Para os crimes contra o SFN, o art. 26 da Lei nº 7.492/1986 diz expressamente que essa competência será da Justiça Federal.

Contudo, o novo crime financeiro criado pela Lei nº 14.478/2022 está no art. 171-A do CP, e não na Lei nº 7.492/1986, o que levará a controvérsia sobre a competência, se da Justiça Estadual ou da Justiça Federal. Como vimos, diante de sua estrutura e objetividade jurídica, o crime do art. 171-A do CP é inequivocamente um delito contra o SFN. Logo, a competência para seu julgamento é da Justiça Federal.

Além de ofender a ordem financeira, lesar interesses de investidores, minar a credibilidade e a integridade do SFN e pôr em risco a poupança popular, a conduta em si fere concretamente os interesses e os serviços de entes federais, especialmente o Banco Central do Brasil – a principal autoridade regulatória da criptoeconomia –, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – cujas atribuições são ressalvadas pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.478/2022 –, e, em menor grau, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), no campo da prevenção à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP).

Em situação análoga, em 2021, o Superior Tribunal de Justiça firmou a competência federal para o julgamento dos crimes contra o mercado de capitais inseridos nos arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei nº 6.385/1986. Tais delitos foram tipificados pela Lei nº 10.303/2001, que não se ocupou de definir a competência para o julgamento das novas figuras. Embora o mercado de capitais seja um dos segmentos do mercado financeiro,<sup>55</sup> o STJ não reconheceu nos crimes da Lei nº 6.385/1986 delitos contra o SFN, por assimilação, o que levaria à competência federal por incidência do inciso VI do art.

<sup>55</sup> O SFN é integrado pelo mercado cambial, mercado de crédito, mercado monetário e mercado de capitais, assim como pelos mercados de seguros privados e de previdência complementar. In: BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp?frame=1>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

109 da CF. No entanto, tendo em vista que “os crimes contra o mercado de capitais integram a ordem econômico-financeira”, o STJ determinou caber à Justiça Federal julgar tais delitos, não em decorrência do inciso VI do art. 109, mas por força do inciso IV do art. 109 da Constituição, dada a inquestionável presença de interesse federal, notadamente para o enfrentamento de esquemas multimilionários de captação de poupança popular que se baseiem na oferta pública de investimentos em criptoativos ou na intermediação de transações sobre valores mobiliários ou sobre ativos virtuais.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. MANIPULAÇÃO DE MERCADO E *INSIDER TRADING*. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA, ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MAGNITUDE DA LESÃO. INTERESSE DA UNIÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DISTRIBUIÇÃO. VARAS ESPECIALIZADAS. SUPOSTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* NÃO PROVIDO. (...)

2. Em qualquer situação de delito que repercuta no sistema financeiro ou que faça parte dos crimes contra a ordem econômico-financeira, cuja legislação que os prevê não contenha dispositivo específico que importe na fixação da competência federal, há que se avaliar, no caso concreto, a existência de circunstância de fato que demonstre a existência de efetiva lesão a bens, serviços ou direitos da União, de suas autarquias ou empresas públicas. Assim, nessas hipóteses, mesmo que não haja previsão na legislação infraconstitucional, como exige o art. 109, VI, da Constituição Federal, o delito será processado e julgado perante a Justiça Federal, mas por incidência do referido dispositivo.

3. No caso, a denúncia, formal e materialmente apta, foi recebida pelos crimes de manipulação de mercado e *insider trading*. A conduta, tal como descrita, foi capaz de movimentar, no mercado, quantia expressiva que, pela dimensão das perdas, refletiu no sistema financeiro, sobretudo pelo prejuízo suportado pelos investidores.

4. Inexiste ilegalidade na distribuição do feito a uma das varas especializadas em delitos financeiros da Justiça Federal, em razão da matéria, visto que os crimes contra o mercado de capitais integram a ordem econômico-financeira.

5. Recurso em *habeas corpus* não provido.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> STJ. *RHC 55.813/RJ*. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/06/2019.

Posição semelhante fora adotada em 2018, também pela 6ª Turma do STJ, quanto aos crimes de manipulação do mercado e de uso indevido de informação privilegiada (*insider trading*), previstos nos arts. 27-C e 27-D da Lei nº 6.385/1976, nos seguintes termos:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. MANIPULAÇÃO DE MERCADO E *INSIDER TRADING*. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MAGNITUDE DA LESÃO. INTERESSE DA UNIÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DISTRIBUIÇÃO. VARAS ESPECIALIZADAS. SUPOSTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* NÃO PROVIDO.

1. Não há dúvidas de que o mercado de capitais – compreendido como o somatório dos diferentes segmentos do mercado de investimentos – integra a ordem econômico-financeira. No ápice do sistema que regula a atividade financeira estatal, está o Conselho Monetário Nacional, cuja estrutura conta com dois outros órgãos: o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários.

2. É inegável a existência de interação entre o mercado de capitais e a economia como um todo, de tal sorte que condutas ilícitas praticadas em seu âmbito podem repercutir não só em relação aos investidores, mas também afetar a própria credibilidade e a harmonia do sistema financeiro, com prejuízos econômicos ao país.

3. A regra prevista no art. 109, VI, da CF fixa a competência federal para o processamento e o julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, desde que determinados por lei, isto é, conquanto haja previsão expressa acerca dos crimes financeiros quanto à competência federal, como ocorre, por exemplo, com a Lei n. 7.492/1986, em seu art. 26.

4. A Lei n. 6.385/1976, ao dispor sobre os crimes contra o mercado de capitais – os quais, ao menos em tese, poderiam atingir o complexo sistema financeiro –, nada previu a respeito da competência. Logo, sob o prisma do art. 109, VI, da Constituição Federal, não se justificaria a *vis attractiva* do Juízo Federal; entretanto, mostra-se equivocado concluir nessa direção com base na análise isolada do referido dispositivo. É necessário verificar se o delito, como se depreende na espécie, se enquadra em alguma das hipóteses previstas no art. 109, IV, da CF. Precedentes.

5. Em qualquer caso de delito que repercuta no sistema financeiro ou que faça parte dos crimes contra a ordem econômico-financeira, cuja legislação que os prevê não contenha dispositivo específico que importe na fixação da competência federal, há que se avaliar, no

caso concreto, a existência de circunstância de fato que demonstre a existência de efetiva lesão a bens, serviços ou direitos da União, de suas autarquias ou empresas públicas. Assim, nessas hipóteses, mesmo que não haja previsão na legislação infraconstitucional, como é a exigência do art. 109, VI, da Constituição Federal, o delito será processado e julgado perante a Justiça Federal, mas por incidência do disposto no art. 109, IV, da Lei Maior. (...)

8. Recurso em *habeas corpus* não provido.<sup>57</sup>

*Mutatis mutandi*, o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao novo art. 171-A do Código Penal. Apesar de a Lei nº 14.478/2022 não ter previsto a competência da Justiça Federal para julgar o crime do art. 171-A do CP, é nítido que a conduta delituosa nele prevista afeta diretamente o interesse da União, “ao pôr em risco a confiabilidade dos investidores no mercado de capitais, aniquilando a confiança e a lisura de suas atividades.”<sup>58</sup>

Deste modo, tendo em conta os verbos nucleotípicos e o objeto material do art. 171-A do Código Penal, o bem jurídico tutelado e as consequências que dele advêm, vê-se que ali está descrito um crime contra o SFN. Como tal, ao novo crime deve ser aplicada a regra de competência prevista no art. 109, inciso VI, da Constituição, combinada com o art. 26 da Lei nº 7.492/1986, ou, ao menos, como (ainda) entende o STJ, o disposto no inciso IV (ofensa a interesse federal), fixando-se o juiz federal como o competente para o processo e julgamento.

A *organização* (1.i), a *gestão* (1.ii), a *oferta* (1.iii) ou a *distribuição* (1.iv) de carteiras de ativos virtuais, de valores mobiliários ou de quaisquer ativos financeiros, para obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, e (2) a intermediação de operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros, com o mesmo fim, são indubitavelmente operações que caracterizam a operação e a gestão (*lato sensu*) de uma instituição financeira, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492/1986. Sua consumação, seja nas formas do tipo 1 ou na forma de tipo 2, representa assim prejuízo para a gestão financeira, a execução da política econômica governamental ou ao patrimônio de investidores ou ao mercado de títulos e valores mobiliários e de outros segmentos do mercado financeiro, “*que são o objeto de proteção da Lei n.º 7.492/86*”.<sup>59</sup>

Não há confusão aqui entre essa figura penal e um crime *contra* uma instituição financeira, ou entre o delito do art. 171-A do CP com um crime praticado *no âmbito* de uma instituição financeira. O delito do art. 171-A do CP é uma infração contra o

<sup>57</sup> STJ. RHC 82.799/RJ. Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, Sexta Turma, j. em 27/11/2018.

<sup>58</sup> STJ. CC 135.749/SP. 3ª Seção, Rel. Des. Conv. Ericson Maranhão, j. em 25/03/2015.

<sup>59</sup> STJ. CC 113.414/MG. 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 25/05/2011. Da ementa: “1. Não ocorrendo lesão a serviços, bens ou interesses da União ou Entidades Federais, mas, tão somente, a particulares, os atos praticados, ainda não suficientemente esclarecidos, não se caracterizam como crime contra o Sistema Financeiro Nacional, ante a inexistência de lesão à União ou a Entidades Federais.”

SFN em si mesmo, em prejuízo de sua higidez, da sua integridade e da confiança dos investidores e poupadores em sua firmeza, integridade, sanidade e resiliência.

Mesmo que assim não fosse – isto é, mesmo que se considere que o crime do art. 171-A do CP é um delito meramente patrimonial –, as condutas descritas no art. 171-A do CP se encaixarão concomitantemente, em concurso formal, no art. 7º da Lei nº 7.492/1986 (oferta de valores mobiliários falsos, falsificados, sem lastro ou sem autorização), no art. 16 da Lei nº 7.492/1976 (que pune a operação de instituição financeira clandestina)<sup>60</sup> e/ou, eventualmente no art. 4º da mesma lei (gestão fraudulenta de instituição financeira), o que, por si só, determinará a competência da Justiça Federal por conexão, por força da Súmula 122 do STJ.

De todo modo, pelo advento da Lei nº 14.478/2022, fica superada a posição da 3ª Seção do STJ que, em 2020, firmou a compreensão de que “a oferta de serviços de compra e venda exclusivamente de criptomoedas ou moedas virtuais” não se inseriria na competência da Justiça Federal, “por não se cuidarem de ativos regulados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários”.<sup>61</sup> Também fica superada a posição do STJ, de meados de 2022, de que “a captação de recursos decorrente de ‘pirâmide financeira’ não se enquadra no conceito de ‘atividade financeira’, para fins da incidência da Lei n. 7.492/1986”.<sup>62</sup>

Conforme o art. 2º da Lei dos Criptoativos, que entrou em vigor em 2023, “as prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização de órgão ou entidade da Administração Pública federal”, isto é, do Banco Central do Brasil, sem prejuízo – diz o parágrafo único do art. 1º da mesma lei – da competência regulatória da CVM, quando tais ativos virtuais se encaixarem no conceito de valores mobiliários, conforme o critério de Howey, de 1946, e o art. 2º da Lei nº 6.385/1976.

A razão de ser da coexistência de atribuições regulatórias em mãos de duas autarquias federais está na natureza jurídica dos criptoativos. Como vimos na seção 3.2, estes podem ser classificados como *ativos financeiros* – sujeitos à regulação, monitoramento, fiscalização e responsabilização pelo BACEN –, ou como *valores mobiliários*, submetidos à fiscalização da CVM.

## 6.6. Ação penal no crime do art. 171-A do Código Penal

Devido à sua localização fora do art. 171 do Código Penal, não se aplica ao crime do art. 171-A do mesmo código o previsto no §5º daquele dispositivo, que estabelece que, como regra, a ação penal no crime de estelionato deve ser pública

<sup>60</sup> Lei nº 7.492/1986: Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>61</sup> STJ. CC 187.976/RS. Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 10/08/2022. Vide também: STJ. CC 170.392/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. em 10/06/2020.

<sup>62</sup> STJ. CC 189.304/RJ. Terceira Seção, Min. Ribeiro Dantas, d. em 09/08/2022. Decisão monocrática proferida na Operação *Kryptos*, a respeito da empresa GAS Consultoria e Tecnologia Ltda., do Rio de Janeiro.



condicionada à representação da vítima. Nisto também a nova forma de fraude do art. 171-A do CP se aproxima de sua real natureza de crime contra o SFN. Todos eles são de ação penal pública incondicionada.

Nenhum dos delitos da Lei nº 7.492/1986 exige representação da vítima, como se depreende do seu art. 26. A figura desgarrada e equivocadamente inserida no corpo do CP seguirá a mesma regra, pois a infração penal em questão tutela não apenas o patrimônio da vítima, mas o SFN como um todo e o mercado de valores mobiliários em particular. Ainda que assim não fosse, a ela se aplicaria a regra geral do art. 100 do mesmo Código Penal.

## 7. Conclusão

Nosso foco neste artigo foram as questões penais relativas ao marco jurídico dos criptoativos no Brasil. A Lei nº 14.478/2022, que entrou em vigor em 20 de junho de 2023, ampliou o conceito de instituições financeiras para fins penais, de modo a abranger as *exchanges*. Esses entes são agora instituições financeiras por equiparação no âmbito da Lei nº 7.492/1986. Deste modo, os controladores, administradores e gestores das empresas da criptoeconomia poderão ser enquadrados, com mais segurança e sem questionamentos, como autores de crimes contra o SFN.

Foram estabelecidos, no nível da lei federal, os conceitos de ativos virtuais e de prestadoras de serviços de ativos virtuais (VASPs) em consonância com a Recomendação 15 e o Glossário do GAFI. Essas entidades passaram a constar do rol do art. 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro e são agora pessoas obrigadas aos deveres administrativos PLD/FTP.

Na tônica de prevenção à lavagem de capitais, há agora um Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP), a cargo da CGU, que facilitará as atividades de *due dilligence* dos sujeitos obrigados, quanto às atividades de identificação, qualificação e classificação de seus clientes.

No campo da repressão à lavagem de dinheiro, as operações de ocultação ou dissimulação que envolvam criptoativos serão agora punidas com causa de aumento de 1/3 a 2/3.

Se contribui para aperfeiçoar o marco jurídico dos criptoativos no Brasil e para promover a inovação e a segurança jurídica neste segmento, por outro lado, a Lei nº 14.478/2022 traz vários desafios ao aplicador da norma, notadamente quanto ao crime do art. 171-A, do Código Penal, um crime formal topograficamente deslocado, cuja natureza jurídica é de crime contra o SFN, e, portanto, de competência federal e de ação penal pública incondicionada, porque a ele não se aplica o §5º do art. 171 do CP.

A chave interpretativa da distinção está no *Howey test*, que permite determinar a existência de um valor mobiliário, especialmente quando toma a forma de um contrato de investimento coletivo. Os ativos virtuais, que são o único objeto material (abrangente) do art. 171-A do CP, podem desdobrar-se em ativos financeiros em sentido lato (*payment tokens* e *utility tokens*) e em valores mobiliários (*security tokens*), ativos

financeiros em sentido estrito. Em qualquer dessas modalidades materiais (como ativos financeiros ou como valores mobiliários), a gestão, a oferta ou a distribuição de carteiras com ativos virtuais ou a intermediação de operações com tais ativos, com ânimo fraudulento, causará dano ao SFN e prejuízos ao interesse federal (BACEN e CVM).

### Referências bibliográficas

ARAS, Vladimir. *Marco regulatório da criptoeconomia e sua repercussão no campo penal*. Conjur, 13 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-out-13/vladimir-aras-avanco-marco-regulatorio-criptoeconomia>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. *O crime de pichardismo*. Blog do Vlad, 29 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2021/11/29/o-crime-de-pichardismo/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_; LUZ, Ilana Martins. Comentários à Lei de Lavagem de Dinheiro. In: PINHEIRO, Igor P. (Coord.). *Leis penais especiais comentadas: na visão do STF, STJ e TSE*. Leme/SP: Mizuno, 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIPTOECONOMIA. *Norma de Autorregulação de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo*. Disponível em: <<https://www.abcripto.com.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp?frame=1>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.401, de 2021*. Dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições. Brasília: Câmara dos Deputados, 9 dez. 2021. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2122466&filename=Tramitacao-PL+4401/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+2303/2015%29](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2122466&filename=Tramitacao-PL+4401/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+2303/2015%29)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Parecer de Plenário, do senador Irajá, de 12 de abril de 2022, sobre o Projeto de Lei nº 3.825, de 2019, que disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação e o Projeto de Lei nº 4.401, de 2021, que dispõe sobre as prestadoras de serviços de ativos virtuais*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9132409&ts=1671717368348&disposition=inline>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Howey digital: Contratos de investimento coletivo em criptoativos e os contratos de investimento coletivo criptográficos*. Apresentação de Gustavo Gonzalez em formato .ppt, novembro de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/apresentacoes/apresentacoes-realizadas-pela-cvm/2020/16-11-2020-criptoativos-diretor-gustavo-gonzalez>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Os criptoativos e o mercado de valores mobiliários. *Parecer de Orientação CVM n. 40, de 11 de outubro de 2022*. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Sancionador (PAS) CVM nº 19957.007994/2018-51*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 09/06/2020, p. 11. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609\\_PAS\\_CVM\\_SEI\\_19957\\_007994\\_2018\\_51\\_voto\\_diretor\\_gustavo\\_gonzalez.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609_PAS_CVM_SEI_19957_007994_2018_51_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Sancionador (PAS) CVM nº 19957.006343/2017-63*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 07/05/2019, p. 3. Disponível em: <[https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2019/20190507\\_PAS\\_CVM\\_SEI\\_19957006343\\_2017\\_63\\_voto\\_diretor\\_gustavo\\_gonzalez.pdf?b623f3085b543afbe473b81e0f28b0a](https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2019/20190507_PAS_CVM_SEI_19957006343_2017_63_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf?b623f3085b543afbe473b81e0f28b0a)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Sancionador CVM Nº 19957.003406/2019-91*. Voto do Rel. Dir. Gustavo Machado Gonzalez, j. em 26/10/2020. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI\\_19957003406\\_2019\\_91.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI_19957003406_2019_91.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo CVM nº RJ 2003/0499*. Voto do Rel. Dir. Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. em 28/08/2003. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoaes/anexos/0001/4149-0.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

COSTA, Isac. *Regulação de ativos virtuais via PL nº 4.401/21 é ruim, mas seria pior sem ela*. *Conjur*, 1º de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/isac-costa-regulacao-ativos-virtuais-ruim-seria-pior-ela>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *SEC v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, 1946. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

FARACHE, Arthur. *Ativos reais x ativos financeiros: guia completo*. Hurts Capital, 2020. Disponível em: <<https://blog.hurst.capital/blog/ativos-reais-x-ativos-financeiros/amp>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. FATF, Paris, France, 2022. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/recommendations/pdf/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*. February 2017, p. 51. Disponível em: <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Blockchain primer*. 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/finance/OECD-Blockchain-Primer.pdf/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Framework for "Investment Contract" Analysis of Digital Assets*. April 3, 2019. Disponível em: <<https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysis-digital-assets>>. Acesso em: 10 fev. 2023.





Detalhe da imagem da capa

# Observatório Jurídico







# O Ministério Público e o cidadão: a atuação não pode se pautar apenas em relatos individuais

Cláudio Henrique da Cruz Viana\*

Felipe Ribeiro\*\*

A Constituição Federal de 1988 completa 33 anos em outubro. Consciente dos solavancos da história, o constituinte conferiu ao Ministério Público, de modo irrevogável, a função de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos nela assegurados, incumbindo-lhe ainda a tarefa de adotar todas as medidas necessárias para garantir sua efetividade.

Esta função institucional, definida no inciso II do artigo 129 da Constituição, consagra o MP como instituição guardiã dos direitos assegurados no texto, nomeadamente aqueles associados à defesa dos interesses sociais.

A partir da redação desta norma, consolidou-se ainda o entendimento de que o Ministério Público passaria a funcionar na nova realidade constitucional como uma espécie de ouvidor-geral. A ele competiria a missão de se conectar com a sociedade e criar condições técnicas para defender os direitos do cidadão.

Para gerar esta conexão, tem-se apostado tradicionalmente nos canais oficiais de ouvidoria do MP. Historicamente, a maior parte das informações sobre violações de direitos que chega à instituição tem origem em notícias de fato encaminhadas por pessoas, físicas ou jurídicas; é através destas informações que os órgãos do Ministério Público tomam ciência de fatos que, em tese, configurariam desrespeito do poder público a direitos assegurados na Constituição Federal.

Funciona da seguinte maneira: alguém informa à instituição que a igreja de sua rua não faz isolamento acústico e o Promotor de Justiça instaura um inquérito civil com o objetivo de instruir uma eventual ação civil pública. A mesma metodologia de trabalho é empregada para garantir a reforma de um posto de saúde, demolir construção no espaço público ou melhorar as condições de uma unidade prisional.

Foca-se na experiência micro para resolver problemas de dimensão macro.

Com o progresso da tecnologia e a possibilidade de contato instantâneo, o relacionamento entre a instituição e o cidadão se tornou ainda mais complexo. Milhares de notícias de violações de direitos passaram a chegar simultaneamente ao conhecimento do MP, dificultando seu poder de reação. Sem esforço, qualquer um pode reivindicar o acolhimento de animais abandonados no bairro, o fechamento

---

\* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj).

\*\* Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Promotor de Justiça Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj).

de bares que invadem calçadas ou a aquisição de um aparelho de radioterapia. Basta um computador ou *smartphone*.

A realidade – antes fragmentada pelos entraves da comunicação analógica – se apresenta hoje de modo monumental. Descobrimos que não há só uma igreja emitindo sons acima do tolerado. Há centenas! Não há uma escola pública com problemas de infraestrutura. Há diversas! Não há apenas a “dona Maria” ou o “seu João”. Há milhares de Marias e Joãos esperando uma pronta resposta da instituição.

Como deve proceder o Ministério Público? Interromper este canal de comunicação com a sociedade? Rejeitar as milhares de notícias de fato que invadem a instituição diariamente?

Não.

Contudo, é preciso reconhecer, com urgência, que o tradicional modelo de trabalho “notícia de fato – inquérito civil – ação civil pública” – há muito a referência metodológica em temas relacionados à cidadania – quase nunca se ajusta à realidade da sociedade. Sabe-se que o desrespeito por parte dos poderes públicos a direitos constitucionais, por ação ou por omissão, vai muito além do noticiado individualmente. Investir neste método, além de impreciso e caro (pois multiplica procedimentos e demandas judiciais), parece ignorar uma certeza: as informações dos canais de ouvidoria não dimensionam, sozinhas, o tamanho real da violação aos direitos em jogo. Se há centenas de igrejas poluidoras, postos de saúde com problemas estruturais, buracos no asfalto ou ausência de professores em sala de aula, esses são os fenômenos de dimensão coletiva a serem investigados e combatidos. Focar na percepção micro do indivíduo implica, na prática, renúncia de parte do todo.

Assim, zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos exige hoje do MP um entendimento mais amplo sobre a atuação das autoridades na solução de um problema. Provocar o Poder Judiciário a fechar um estabelecimento que invade a calçada ou obrigar judicialmente o reparo do telhado de uma escola, sem compreender de que modo uma política pública se desenvolve – inclusive do ponto de vista orçamentário –, além de casuístico, subestima a real dimensão de uma violação (estrutural) de direitos.

Por tudo isso, o tripé metodológico tradicional precisa ser atualizado para que o Ministério Público potencialize seu papel de guardião de direitos conferido pela Constituição. Nesta nova caminhada, cada notícia de fato precisa ser vista como um dado – uma peça de um imenso quebra-cabeça. Seu tratamento e cruzamento com outras informações e fontes do conhecimento devem orientar a instituição a traçar diagnósticos capazes de superar as meras reclamações individuais.

Nas situações em que a violação de direitos vai muito além da irrisignação individual, é papel do Ministério Público encontrar mecanismos para auxiliá-lo no exato dimensionamento do problema e das melhores soluções, judiciais ou extrajudiciais, para enfrentá-lo. Evita-se, com isso, desperdício de tempo, energia e recursos públicos, causado pela multiplicação desnecessária de investigações e ações judiciais que, no fundo, tratam de meros fragmentos do todo.





Detalhe da imagem da capa

# Observatório Filosófico





# A permanente atualidade do livro “*Em Busca de Sentido*” de Viktor E. Frankl

Adolfo Borges Filho\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A vida como busca de *sentido*. 3. Haverá sempre sofrimento – o que conta é como reagimos ao sofrimento. 4. O poder do *propósito*. 5. A gentileza pode ser encontrada nos lugares mais surpreendentes. 6. Conclusão. Bibliografia.

## Resumo

O propósito deste artigo é enfatizar a importância do livro *Em Busca de Sentido* para todas as pessoas que desejem alcançar o que Sócrates chama de “uma vida bem vivida”.

## Abstract

*The purpose of this article is to emphasize the importance of the book “Man’s Search for Meaning” for those who want to attain what Socrates calls “a well lived life”.*

**Palavras-chave:** Vida. Busca de sentido. Propósito. Campo de concentração. Viktor Frankl.

**Keywords:** *Life. Search for meaning. Purpose. Concentration camp. Viktor Frankl.*

## 1. Introdução

Quando o ser humano se vê mergulhado num vácuo existencial, ao invés de procurar as verdadeiras causas desse “buraco negro” que tomou conta de sua alma, ele acaba, muitas vezes, partindo para os vícios, numa tentativa frenética de obter satisfações imediatas e transitórias que, ao contrário de trazê-lo para a luz, mergulha-o ainda mais na escuridão.

Os vícios, como a bebida e a droga, já representam uma espécie de suicídio em prestações diárias, cuja duração vai depender da própria resistência orgânica do

---

\* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inativo. Vice-Diretor da Revista de Direito do MPRJ. Professor de Direito da PUC-RIO.

viciado. Entretanto, a opção pelo suicídio pode ser, também, a maneira mais rápida de se colocar um ponto final numa existência insuportável.

A questão, vista de uma maneira global, acaba se tornando objeto de duas ciências: a Psicologia e a Filosofia. Penso que Viktor E. Frankl, criador da “Logoterapia”, caminhou nesses dois campos de estudo e, ele mesmo, foi obrigado a se submeter ao papel de “cobaia”, graças à experiência trágica que lhe foi imposta, num campo de concentração nazista.

O “campo de concentração” representa uma espécie de arquétipo cuja essência é o sofrimento humano, no seu limite máximo. Entretanto, esse sofrimento, sob a ótica de Frankl, pode repercutir na alma de pessoas conscientes como *sentido* – ainda que temporário – de suas existências, por mais paradoxal que isso possa parecer. Enquanto buscam desesperadamente a saída daquele sofrimento insustentável de privações físicas e mentais, os prisioneiros mantêm acesa a fagulha de que, ao final e ao cabo, reencontrarão a liberdade e, conseqüentemente, terá valido a pena o cultivo do *propósito* de existir.

Resolvi trazer a lume o nome desse grande homem porque ele conseguiu, a meu juízo, tocar no lado mais profundo da efêmera existência humana, mostrando que, para a nossa sobrevivência saudável e eficiente, neste mundo tão cheio de atribulações, é preciso que se “busque um sentido”. Esperamos convencer os leitores deste artigo que não deixem de ler esse livro iluminado cujo título já diz quase tudo: *Em busca de sentido*.

## 2. A vida como busca de *sentido*

Muitos veem a vida como sendo uma interminável busca do prazer. Outros acreditam que a vida tem como principal propósito a conquista de poder e de dinheiro. Para o autor que ora comentamos, a vida é olhada como, primordialmente, uma busca por *sentido*.

Como seres humanos, sempre olhamos para os nossos “limites”; aquelas situações extremas que testam a fibra do caráter humano. Viktor Frankl sobreviveu no limite máximo de suportabilidade. Daí ter concluído que o maior teste para todos nós é justamente o de descobrir um *sentido* para as nossas existências. E acrescentou que todos estão empoderados para o encontro desse *sentido*, independentemente da saúde corporal, da riqueza material ou de quaisquer circunstâncias que nos cerquem, ainda que terríveis ou desanimadoras.

Possuímos sempre a habilidade de escolher a nossa atitude perante as situações impostas pela vida. Frankl era um exímio observador do comportamento e do pensamento humanos. E essa “observação psicológica”, como prisioneiro de um campo de concentração, passou por várias fases, como se pode ler do trecho abaixo transcrito.



*If someone now asked of us the truth of Dostoevski's statement that flatly defines man as a being who can get used to anything, we would reply, "Yes, a man can get used to anything, but do not ask us how." But our psychological investigations have not taken us that far yet; neither had we prisoners reached that point. We were still in the first phase of our psychological reactions. (Frankl, 2006:18)*

Traduzindo para o português:

Se alguém nos pergunta, agora, a verdade sobre a declaração de Dostoiévski que, de uma maneira contundente, define o homem como um ser que pode se acostumar a tudo, responderíamos que "sim, um homem pode se acostumar a tudo, mas não nos pergunte como." Mas as nossas investigações psicológicas ainda não nos levaram tão longe: nem nós, como prisioneiros, alcançamos aquele ponto. Estávamos ainda na primeira fase de nossas reações psicológicas.

Frankl e seus colegas prisioneiros foram despojados de tudo o que possuíam: famílias, amigos, trabalhos, posses, até mesmo seus nomes e o cabelo de seus corpos. Havia, no entanto, uma coisa que permaneceu realmente em cada um deles; aquilo que os filósofos estoicos se referem como *discurso interior* ou *princípio norteador*. Nomeadamente, nós podemos escolher como reagir a qualquer tipo de pensamento, de emoção ou, ainda, a um conjunto determinado de circunstâncias:

O que resta: a existência nua e crua. Enquanto ainda esperamos pelo chuveiro, experimentamos integralmente a nudez: agora nada temos senão este nosso corpo nu (sem os cabelos). Nada possuímos a não ser, literalmente, nossa *existência nua e crua*. Que restou em comum com nossa vida de antes? (Frankl, 2022:29)

Fato é que, independentemente das experiências de vida que enfrentarmos, teremos sempre a liberdade interior de decisão, mantendo-nos verdadeiros em relação ao nosso caráter e à nossa obrigação moral.

### **3. Haverá sempre sofrimento – o que conta é como reagimos ao sofrimento**

Frankl afirma que o *sentido* da vida pode ser encontrado de três maneiras: a primeira, através do trabalho, especialmente quando o que se realiza é, ao mesmo tempo, criativo na natureza e alinhado com um propósito maior do que nós mesmos; a segunda, através do amor, que se manifesta com frequência no serviço em prol dos

outros seres humanos; e, a terceira, através do sofrimento, que é fundamental para a experiência humana. Encaixa-se nessa terceira categoria o doloroso teste a que Frankl foi submetido no campo de concentração:

Na realidade este corpo aí, o meu corpo, já não passa de um cadáver. O que éramos ainda? Uma partícula de uma grande massa de carne humana; uma massa cercada de arame farpado, comprimida em algumas cabanas de chão batido; uma massa da qual diariamente apodrecia um certo percentual por ter ficado sem vida. (Frankl, 2022:47)

Portanto, o teste que se exige de todos nós é o de como respondermos ao sofrimento em nossas vidas. O autor, em apertada síntese, descreve o que ele chama de “fuga para dentro de si”:

Apesar de todo o primitivismo que toma conta da pessoa no campo de concentração, não só exteriormente, mas em sua vida interior, percebem-se, embora esporadicamente, os indícios de uma expressiva tendência para a vivência do próprio íntimo. Pessoas sensíveis, originalmente habituadas a uma vida intelectual e culturalmente ativa, dependendo das circunstâncias e a despeito de sua delicada sensibilidade emocional, experimentarão a difícil situação externa no campo de concentração de forma, sem dúvida, dolorosa; essa, não obstante, terá para elas efeitos menos destrutivos em sua existência espiritual. Pois justamente para essas pessoas permanece aberta a possibilidade de se retirar daquele ambiente terrível para se refugiar num domínio de liberdade espiritual e riqueza interior. Essa é a única explicação para o paradoxo de, às vezes, justamente aquelas pessoas de constituição mais delicada conseguirem suportar melhor a vida num campo de concentração do que as pessoas de natureza mais robusta. (Frankl, 2022:53)

#### 4. O poder do *propósito*

Frankl observou que os prisioneiros que sobreviveram, aqueles que acharam um caminho para resistirem, sempre carregavam consigo um *propósito* maior que os faziam atravessar as condições difíceis que enfrentavam. Para alguns, tratava-se de uma criança abrigada em algum país distante e que aguardava por eles após a libertação. Para outros, era uma esposa ou um membro da família. E havia aqueles que imaginavam a existência de uma tarefa inacabada ou de algum trabalho criativo que demandava uma contribuição especial. Frankl e seus amigos estavam permanentemente vigilantes em relação a colegas prisioneiros que haviam perdido o *propósito* de viver.

Enquanto trabalhava no hospital do campo, Frankl constatou que a taxa de mortalidade deu um salto na semana entre o Natal e o Ano Novo em 1944. Ele atribuiu esse dramático aumento ao número de prisioneiros que esperavam, ingenuamente, serem libertados antes do Natal. À medida que o final do ano se aproximava e que se tornava clara que a situação deles não sofreria qualquer mudança, perderam a coragem e a esperança. Isso impactou sobremaneira o seu poder de resistência e a sua habilidade de sobrevivência. Em vários trechos do livro, Frankl recorre às palavras de Nietzsche: *Aquele que possui um porquê para viver pode suportar quase tudo.*

O verdadeiro teste de nosso caráter é revelado em como nós agimos. Frankl chega à conclusão de que não existe uma resposta geral para o *sentido* da vida. Cada pessoa deve responder essa pergunta por si mesma. Encontramos o nosso significado específico baseado nas nossas próprias circunstâncias, nos nossos relacionamentos e nas nossas experiências. A vida nos testa, na essência, e a resposta se revela em como nós reagimos ao desafio.

Por conseguinte, o *sentido* da vida não pode ser achado no topo de alguma montanha; ele nos é revelado diariamente e a cada momento, na nossa escolha em agir corretamente, cumprindo nossas obrigações e assumindo responsabilidades.

## 5. A gentileza pode ser encontrada nos lugares mais surpreendentes

Pode-se assumir que os guardas e o comandante do campo de concentração eram, como um todo, pessoas terríveis. Entretanto, Frankl experimentou, ocasionalmente, surpreendentes momentos de gentileza humana dos guardas. Frankl se lembra que, certa vez, um guarda se arriscou ao oferecer-lhe, secretamente, um pedaço de pão. Para ele, Frankl, "foi mais do que um pequeno pedaço de pão que o moveu às lágrimas naquele momento. Foi 'algo' de humano que aquele homem me deu: a palavra e o olhar que acompanharam aquele presente". Ao mesmo tempo, o guarda chefe do pavilhão, que era também um prisioneiro, batia nos outros prisioneiros a troco de nada.

Quem dos que passaram pelo campo de concentração não saberia falar daquelas figuras humanas que caminhavam pela área de formatura dos prisioneiros, ou de barracão em barracão, dando aqui uma palavra de carinho, entregando ali a última lasca de pão? E mesmo que tenham sido poucos, não deixou de constituir prova de que *no campo de concentração se pode privar a pessoa de tudo, menos da liberdade última de assumir uma atitude alternativa frente às condições dadas. E havia uma alternativa!* (Frankl, 2022:88)

Frankl sustenta que existem realmente dois tipos de pessoas: seres humanos decentes e seres humanos depravados. Ambos os tipos de personalidade podem

ser encontrados em todos os lugares. Eles se infiltram em todos os grupos e em todas as sociedades.

Diz Espinoza em sua *Ética*: "*Affectus, qui passio est, desinit esse passio simulatque eius claram et distinctam formamus ideam*" ("A emoção que é sofrimento deixa de ser sofrimento no instante em que dela formamos uma ideia clara e nítida" – *Ética*, quinta parte: "Do poder do espírito ou a liberdade humana", sentença III). (Frankl, 2022:98)

## 6. Conclusão

A obra de Victor Frankl se constitui num marco relevante no que se refere, também, à sacralidade dos direitos humanos fundamentais, onde se pode destacar, de pronto, o *direito à liberdade*, no sentido mais amplo da expressão. O holocausto não pode, jamais, ser esquecido. O sofrimento, ainda que possa imprimir *sentido* à vida, não deve figurar como algo banal e perfeitamente aceitável como parte obrigatória de nossa existência. Falo do "sofrimento" desnecessário e injusto causado por regimes autoritários de todos os matizes, comandados por tiranos desumanos que se impõem à humanidade como donos do mundo. Na verdade, para esses "monstros", o *sentido* da vida reside no poder ilimitado de mando e na vontade de subjugar todos aqueles que se opõem às suas vontades malignas e insanas.

Para concluir, destacamos excerto do livro "*Psicoterapia e Sentido da Vida*", de Viktor Frankl, onde o autor esclarece, como criador da Logoterapia, características básicas dessa corrente da Psicologia:

Especificada como psicanálise, a psicoterapia esforça-se por chegar à conscientização do anímico. A logoterapia, pelo contrário, procura a consciencialização do espiritual. Com isto, na sua especificação como análise existencial, a logoterapia esforça-se especialmente por trazer o homem à consciência do seu ser-responsável, – enquanto fundamento essencial da existência humana. (Frankl, 2019:81)

## Bibliografia

FRANKL, Viktor E. *Man's Search for Meaning*. Trad. da primeira parte por Ilse Lasch. 5ª edição. Boston, Massachusetts: Beacon Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Em busca de Sentido*. Trad. Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 57ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

\_\_\_\_\_. *Psicoterapia e Sentido da Vida*. Trad. Alípio Maia de Castro. 7ª edição. São Paulo: Quadrante, 2019.





*Detalhe da imagem da capa*

# Peças Processuais







Peças

• • •

## MEDIDA CAUTELAR RECURSAL

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

15ª Promotoria de Justiça de Uberaba

Processo nº 5006876-21.2016.8.13.0701

Ação de improbidade administrativa em fase de cumprimento de sentença

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Relator(a):

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**, por intermédio do Promotor de Justiça subscritor, vem, respeitosamente, perante esse E. Tribunal de Justiça, nos termos do art. 932, II; art. 995, parágrafo único, e art. 1.012, § 3º, I, do CPC, propor a presente **MEDIDA CAUTELAR RECURSAL**, com pedido de liminar, visando à antecipação parcial da tutela (efeito ativo) almejada no Recurso de Apelação interposto nos autos da ação de improbidade administrativa já em fase de cumprimento de sentença nº 5006876-21.2016.8.13.0701, contra as sentenças de Id: 118990994 (prolatada em 6 de junho de 2020), 121951210 (prolatada em 27 de junho de 2020), 385003606 (prolatada em 19 de agosto de 2020) e 9167793061 (prolatada em 7 de outubro de 2020), em face de **RENATO PINTO CARTAFINA**, brasileiro, casado, engenheiro civil, CPF 452.366.316-53, residente e domiciliado no Condomínio Flamboyant I, situado na Av. Clarecinda Alves Resende, nº 1350, QD 09, LT 22, Parque do Mirante, cidade de Uberaba-MG, CEP 38010-000, **JOSÉ ASTOLFO NUNES**, brasileiro, casado, CPF 007.278.906-97, residente na Rua Ricardo Misson, nº 369, cidade de Uberaba-MG, CEP 38065-200, e **COHAGRA – Companhia Habitacional do Vale do Rio Grande**, sociedade de economia mista, integrante da administração pública municipal indireta de Uberaba-MG, CGC 23.204.282/0001-44, com sede na Av. das Acácias, nº 42, Vila Olímpica, cidade de Uberaba-MG, CEP 38.066-02, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

### - DA AÇÃO JUDICIAL NA QUAL FOI INTERPOSTO O RECURSO DE APELAÇÃO

Cuida-se de ação de improbidade administrativa proposta pela **COHAGRA - Companhia Habitacional do Vale do Rio Grande**, sociedade de economia mista, integrante da administração pública municipal indireta de Uberaba, que resultou na

condenação, já transitada em julgado, dos réus *Fernando Rosa Machado, Renato Pinto Cartafina, José Astolfo Nunes e Antônio da Rocha Marmom*, já qualificados, nas seguintes sanções, de acordo com a Lei nº 8.429/92: (i) *ao ressarcimento integral do dano causado ao patrimônio público da autora (Cohagra), decretando-lhes, ainda, a* (ii) *perda de função pública, acaso ainda a exerçam, (iii) a suspensão dos direitos políticos por 10 anos, e (iv) multa de três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido, de R\$217.799,56 (este sendo o valor do dano reconhecido na condenação), no importe de R\$653.398,68, (v) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 10 anos, além de (vi) pagamento das custas processuais e honorários de 20% sobre o valor da condenação.*

Aliás, bem delimitando a extensão da condenação sofrida pelos réus nesta ação, tem-se como exemplo o Relatório do Ministro do STJ João Otávio de Noronha, no Recurso Especial nº 678.599-MG (200/0098660-7), constante no ID nº 13151919 daqueles autos.

A ação foi julgada procedente para:

- a) condenar os requeridos, **solidariamente**, a ressarcirem a autora dos danos pecuniários que lhe causaram no importe de R\$ 217.799,56;
- b) decretar a perda da função pública que os requeridos eventualmente estivessem ocupando;
- c) suspender os direitos políticos dos requeridos por dez anos;
- d) pagamento de multa equivalente a três vezes do valor da condenação;
- e) proibição de contratar com o Poder Público;
- f) proibição de receber incentivos públicos; e
- g) pagamento de custas e honorários no percentual de 20% sobre a condenação.

A decisão de 1º grau foi confirmada pelo TJMG e os recursos especial e extraordinário foram desprovidos, *com trânsito em julgado*, conforme certidão de fls. 1.536 daquela ação, em 06/10/2015.

## - DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E DO ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO JUDICIALMENTE

De pronto, cumpre apontar que, ao contrário de pleitear o ressarcimento integral do dano (valor histórico de R\$217.799,56) e da multa civil (R\$653.398,68 – *três vezes aquele valor*), a COHAGRA pleiteou o cumprimento de sentença tomando por base tão somente o valor *histórico* da multa civil aplicada (R\$653.398,68), corrigido a partir do ajuizamento da ação de conhecimento e acrescido de juros legais a partir da citação (confira cálculos de Id 11171943 daquele feito).

Como se percebe, sem dificuldade, o valor correspondente aos R\$217.799,56 (valor *histórico*) aferido pelos condenados com os atos de improbidade administrativa, revelado naquela ação, *às custas do patrimônio da COHAGRA*, foi simplesmente ignorado.

Como se não bastasse isso, denota-se que, no curso da fase de cumprimento de sentença, foi noticiada a autocomposição com os condenados *Renato Pinto Cartafina* e *José Astolfo Nunes*, nas seguintes proporções:

a) Renato Pinto Cartafina – assume as obrigações de pagar o valor de R\$232.068,02 em favor da COHAGRA e outros R\$46.413,60 a título de honorários advocatícios (confira doc. de Id 1147204789 daquele feito); e,

b) José Astolfo Nunes – assume as obrigações de pagar o valor de R\$84.388,37 em favor da COHAGRA e outros R\$3.000,00 a título de honorários advocatícios (confira doc. de Id 114860749 daquele feito).

As composições firmadas foram homologadas pelo Douto Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, por meio de sentença prolatada em *6 de junho de 2020* (confira Id. 118990994 daquele feito).

Diante da notícia dos pagamentos avençados, em sentença prolatada em *27 de junho de 2020* (confira Id. 121951210 daquele feito), o Juízo declarou *“extinto o presente feito e determino o arquivamento destes autos, com a devida baixa junto à distribuição e todas as demais cautelas”*.

Em julgamento aos embargos opostos, foi prolatada, em *19 de agosto de 2020*, a sentença de Id. 385003606 daquele feito, nos seguintes termos:

*Acolho os embargos apresentados pela parte exequente, determinando a extinção do feito somente em relação ao executado José Astolfo Nunes que pagou o valor total do acordo, enquanto que o executado Renato Pinto Cartafina não cumpriu integralmente o acordo, já que ainda é devedor de honorários advocatícios, a serem pagos nos moldes estabelecidos no acordo homologado. E, além do mais, a presente execução também deverá prosseguir em relação aos executados Fernando Rosa Machado e Antônio da Rocha Marmo, que ainda não foram citados e não houve renúncia do saldo devedor pela parte credora.*

Também acolho os embargos apresentados pelo executado José Astolfo Nunes, para acrescentar a determinação do cancelamento da ordem de sequestro averbada em seus imóveis, conforme constantes do ID n.º 123467724.

Posto isso, recebo os embargos propostos e os acolho para rerratificar a sentença de ID n.º 121951210, constando a extinção do feito somente *em relação ao executado José Astolfo Nunes, devendo ser expedido ofícios/mandados para cancelamento das averbações do sequestro lançada sobre seus imóveis*. E, além do mais, determino o prosseguimento da execução em relação aos demais executados, intimando-se a parte exequente para requerer o que for de direito, em 10 dias.

Por fim, cumpra-se a expedição do alvará anteriormente deferido.

Mais à frente, no entanto, em decisão prolatada em *7 de outubro de 2020*, foi reconhecida a *extinção da ação, devido ao cumprimento integral do acordo* (confira doc. de Id. 950779840 daquele feito), desta vez determinando o levantamento das medidas de constrições havidas também nos bens de Renato Cartafina (o levantamento das que oneravam os bens de José Astolfo já havia sido determinado na sentença de ID 385003606, já mencionada).

Em suma, *os condenados Renato Pinto Cartafina e José Astolfo Nunes tiveram reconhecidas extintas as obrigações pecuniárias junto à COHAGRA, decorrentes da condenação judicial, transitada em julgado, que sofreram na ação de improbidade administrativa, tendo, inclusive, levantadas as constrições de sequestro e indisponibilidade que recaíam sobre seus bens* (entre os quais, os imóveis objeto das Matrículas n.ºs 572, do 1º CRI de Uberaba, 5.821, 23.515 e 5.967 do 2º CRI de Uberaba).

#### **- DA NÃO OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO:**

Inconteste que o perfil institucional do Ministério Público no Brasil ganhou novos contornos com a promulgação da Constituição da República de 1988, estruturando-se como poder-dever de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nessa linha, reforçando a importância da atuação do Ministério Público na defesa da gestão pública tanto honesta quanto eficiente, é absolutamente inquestionável a obrigatoriedade de sua intervenção nas ações de improbidade administrativa, ainda quando não seja ele o autor.

Veja-se que, mesmo antes das alterações introduzidas na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/2021, agora prevendo o Ministério Público como titular exclusivo da ação de improbidade administrativa (embora os efeitos de tal comando estejam suspensos

atualmente por decisão liminar do Douto Ministro do STF Alexandre de Moraes na ADI nº 7042 MC/DF, sua intervenção nestas ações já era obrigatória.<sup>1</sup>

Apesar disso, somente em 17 de agosto de 2022 (quarta-feira da semana passada), o Ministério Público, *por iniciativa deste órgão de execução, visando inteirar-se da real situação ocorrida*, deu-se por cientificado da homologação judicial das composições firmadas pelos Srs. Renato Pinto Cartafina e José Astolfo Nunes com COHAGRA.

Inclusive, *naquela data*, o *Parquet* já tratou de peticionar (cópia anexa) nos autos físicos correspondentes à ação de improbidade administrativa, solicitando a comunicação à Douta Justiça Eleitoral das sanções aplicadas aos condenados, bem como o registro delas no Cadastro Nacional de Condenações por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, já que tais medidas ainda não haviam sido providenciadas, mesmo o trânsito em julgado da condenação haver ocorrido em 06/10/2015. O que, inclusive, foi de pronto deferido pelo Douto Magistrado atualmente à frente da 4ª Vara Cível de Uberaba (confira cópia anexa).

A bem da verdade, cumpre registrar que, *extrajudicialmente*, em ofício datado de 30 de outubro de 2019, assinado por seu então Presidente, a COHAGRA chegou a anunciar seu interesse em celebrar autocomposição com os condenados na ação de improbidade administrativa, inclusive esclarecendo que o valor *atualizado* do dano corresponderia a R\$853.774,27 (*valor atualizado da vantagem ilícita aferida*).

Tal ofício (nº 1020/2019 COHAGRA) motivou o registro da *Notícia de Fato MPMG – 0701.19.0020670*, na qual constam despachos ministeriais datados de 27 de novembro e 5 de dezembro de 2019 (da lavra dos Promotores de Justiça que se encontravam na época à frente da 15ª e 10ª Promotorias de Justiça Uberaba), sendo que em nenhum deles é expressada a anuência do Ministério Público quanto aos termos dos acordos que, vários meses depois, já no ano de 2020, viriam a ser celebrados e homologados judicialmente.

Desse modo, incontestemente a legitimidade do Ministério Público para intervir naquele feito e a tempestividade do recurso de apelação ao qual se refere a presente medida. Aliás, em 25 de agosto de 2022, verifica-se a concretização da abertura de vista ao *Parquet* naquele feito, em acatamento ao r. despacho de Id 9580238427.

---

<sup>1</sup> Confira texto original do revogado §4, do art. 17, da LIA:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

## - DA INADEQUAÇÃO E DESPROPORCIONALIDADE DAS COMPOSIÇÕES HOMOLOGADAS JUDICIALMENTE

Diversamente da correção monetária que assegura o poder de compra da moeda, os juros representam para o credor uma compensação pelo tempo que tal montante lhe ficara indisponível, daí no parecer desarrazoado impor, de forma absoluta, como imprescindível a incidência deste no valor do dano sofrido pelo erário para a celebração de acordo envolvendo atos de improbidade administrativa (na atualidade denominado ANPC).

Salvo melhor juízo, os juros são um acessório do montante principal que, por sua vez, corresponde ao valor histórico, *somado* à correção monetária.

Nesta linha, justo e legal que, na hipótese de resistência, exigindo inclusive a movimentação da máquina judiciária, haja a incidência de juros quando de uma condenação judicial, pois, caso contrário, ter-se-ia verdadeiro estímulo à adoção pelo infrator de medidas que procrastinassem ao máximo a solução da querela e consequente reparação do dano.

Entretanto, tratando-se de uma composição civil (ou não penal), como no caso do ANPC, a obrigatoriedade absoluta da incidência de juros, pelo contrário, apresenta-se como desestímulo à sua celebração.

Isso não significa que, em uma eventual composição entre o agente infrator e o Ministério Público ou o ente público lesado, não possa ser prevista a incidência de juros sobre o valor histórico do dano, além da correção monetária, a depender da percepção quanto ao cenário vivenciado durante as tratativas, a exemplo (i) do número de processos em tramitação na comarca; (ii) a existência ou não de juiz de direito titular na respectiva vara judicial; (iii) o grau de complexidade do objeto da demanda; (iv) os custos de futuras perícias; (v) a capacidade do infrator de suportar por longo período o custeio de advogados, impondo resistência a tutela judicial invocada pelo Ministério Público, entre outros.

No caso em apreço, denota-se que a composição firmada entre a COHAGRA e os Srs. Renato Pinto Cartafina e José Astolfo Nunes foi precedida da condenação destes em ação de improbidade administrativa, *repita-se, já transitada em julgado*.

Nessa lógica, qualquer composição deve respeitar, *no mínimo*, a imposição de correção monetária sobre os valores correspondentes às obrigações pecuniárias impostas, quais sejam: R\$217.799,56 a título de reembolso das vantagens ilícitas aferidas (danosa ao erário) + R\$653.398,68 (3 vezes valor da vantagem ilícita aferida) a título de multa civil.

Ocorre que, no caso em debate, *nem mesmo o valor histórico da soma da vantagem ilícita aferida com a multa civil aplicada foi respeitado*.

Veja que, *mesmo adotando a interpretação de impor a correção monetária a partir da data do ajuizamento da ação, ocorrido em dezembro de 1996, o valor da soma das obrigações pecuniárias decorrentes da condenação (restituição da vantagem aferida*

ilicitamente + multa civil correspondente a 3 vezes o valor de tal vantagem), quando da homologação da composição pelo Douto Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, por meio de *sentença prolatada em 6 de junho de 2020*, atingia a cifra de R\$3.479.056,94 (*três milhões, quatrocentos e setenta e nove mil, cinquenta e seis reais e noventa e quatro centavos*); ou melhor: R\$869,737,28 correspondente à vantagem ilícita aferida (danosa ao erário), mais R\$2.609.319,66 (multa civil correspondente a 3 vezes o valor da vantagem ilícita aferida). A esse respeito, confira cálculo anexo.

É exatamente neste ponto que se insurge o Ministério Público contra o mérito dos acordos firmados, posto que, dos R\$3.479.056,94 (valor atualizado até a data da sentença que homologou o acordo – 6 de junho de 2020 – confira Id. 118990994 daquele feito) devidos pelos condenados, a COHAGRA contentou-se em receber apenas:

- 1) R\$232.068,02 do Sr. Ricardo Cartafina; e,
- 2) R\$84.388,37 do Sr. José Astolfo.

Mais diretamente, do valor total devido (*vantagem ilícita aferida + multa civil*), a soma dos valores pagos pelos dois condenados corresponde a apenas 9,09% do montante atualizado (até a data da homologação) da condenação imposta!!!

Ou, se preferir, nem mesmo o valor, corrigido até a data prolação da sentença que homologou a composição (junho/2020), da vantagem aferida ilicitamente (R\$869,737,28), de acordo com a condenação transitada em julgada, foi adimplido, posto que o montante total pago por José Astolfo e Ricardo Cartafina limitou-se a R\$316.456,39, ou seja, 36,38% deste.

Este Promotor de Justiça há muito vem defendendo com veemência a importância da composição como instrumento de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, inclusive com a possibilidade de *não incidência de juros* nos cálculos de aferição de eventuais danos ou vantagens ilícitas aferidas, como já discorrido no início deste tópico.

No entanto, tal composição jamais pode reverberar como exaltação à impunidade, não cuidando de buscar sequer a atualização do valor do dano ou da vantagem ilícita aferida, que deve ser *integralmente* restituído aos cofres públicos.

Ora, enquanto conjunto de bens e valores destinado a servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas (como saúde, educação, segurança etc.), o patrimônio público materializa-se como o instrumento pelo qual hão de ser alcançadas a igualdade substancial e a justiça.

Logo, não é necessário esforço para concluir que, caso o patrimônio público não seja devidamente protegido, a concreção dos direitos fundamentais – sobretudo os prestacionais, ficará comprometida, em patente amesquinamento da legítima expectativa da sociedade.

Num contexto social em que tantos exemplos de despreparo, má gestão e corrupção corroem a credibilidade do sistema democrático e provocam a descrença no Poder Público, a *proteção do patrimônio público como direito fundamental* espelha a

imprescindibilidade de resguardar os recursos cujo destino é a prestação dos serviços públicos que, por sua vez, tem o fim precípua de garantir direitos fundamentais das mais diversas ordens.

Concentrando-se no caso em debate, oportuno lembrar que a natureza da decisão homologatória é objeto de dissídio doutrinário, prevalecendo que incorpora a mesma natureza do negócio jurídico homologado, amoldando-se, consoante a teoria ternária, ao pronunciamento condenatório, declaratório ou constitutivo, conforme o caso. Vertendo a atenção ao Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), constata-se que tanto a decisão homologatória da autocomposição judicial como a decisão homologatória da autocomposição extrajudicial são títulos executivos judiciais (art. 515, II e III).

Em relação à decisão homologatória da autocomposição extrajudicial, tem-se que, desde o advento da Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que implementou o “Juizado Especial de Pequenas Causas”, a sentença homologatória do “acordo” extrajudicial é considerada título executivo judicial (art. 55). Previsão semelhante consta da norma que a revogou, qual seja, a Lei nº 9.099/95 (art. 57) e, posteriormente, no ano de 2005, foi introduzida ao então Código de Processo Civil vigente (art. 475-N, V, do CPC/73).

No âmbito do CPC/2015, a inovação está no procedimento a que é submetido o pedido de homologação da autocomposição extrajudicial. Nos termos do art. 725, VIII, do sobredito diploma, será processado conforme as normas gerais do procedimento de jurisdição voluntária – o que, de acordo com a doutrina, pode atrair consequências diversas, sobretudo para efeitos de rescindibilidade.<sup>2</sup>

Esta, entre outras particularidades, revela o destaque da atuação do Estado-Juiz na formação do dispositivo a que se submeterão as partes, quer na autocomposição judicial, quer na extrajudicial. Sem dúvida, desde há muito o juiz não é considerado mero homologador passivo de acordos, ante a incompatibilidade de tal comportamento e o escopo próprio do Direito (a pacificação social) e a uma miríade de princípios (como cooperação e boa-fé processual). Essa perspectiva, de certo modo, foi adotada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 (inteligência do artigo 17-B da LIA), como veremos a seguir.

Nessa ordem de ideias, considerando a postura mais ou menos ativa do Estado-Juiz, tanto na autocomposição judicial como extrajudicial, cabe-nos tecer breves comentários sobre as posturas do magistrado na condução desses processos, vertendo a análise para os modelos de valoração da prova reconhecidos pela processualística brasileira.

Em abreviada síntese, a doutrina ocidental aponta o sistema tarifário da íntima convicção e do livre convencimento motivado. O primeiro, também denominado como “sistema da prova legal, verdade formal ou da certeza moral do legislador”,

---

<sup>2</sup> Já que, para parte da doutrina, as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária não se revestem de imutabilidade (ou seja, não se tornam indiscutíveis pela coisa julgada).



pontifica que os meios de prova têm valor fixado abstratamente pelo legislador de forma hierarquizada, cabendo ao juiz apreciar o conjunto probatório e conferir o respectivo valor conforme estabelecido em lei, sem liberdade de apreciação. Já o sistema da íntima convicção, também conhecido como “sistema da certeza moral do juiz, livre convicção ou prova livre”, confere ampla liberdade ao magistrado, que é quem decide sobre a admissibilidade da prova, sua avaliação e valoração, conforme suas crenças e convicções pessoais. Por fim, o sistema do livre convencimento motivado, ou “persuasão racional”, como também é conhecido, permite ao juiz atribuir valoração à prova, observados os limites do sistema normativo e desde que justifique fundamentadamente as razões que o motivaram.

A despeito da divergência doutrinária acerca do sistema do livre convencimento motivado (tanto na órbita processual cível como processual penal),<sup>3</sup> permanece hígida sua adoção como regra no direito processual brasileiro. É certo que há discricionariedade na apreciação da prova, mas a obrigatoriedade de motivação da decisão coaduna-se com a Constituição da República de 1988. Ademais, o consectário mais interessante desse modelo é que inexiste prova absoluta ou superior às demais, todas devem ser valoradas.

Feitas tais considerações, é razoável pensar que, na homologação de autocomposição judicial, a postura mais ativa do juiz é até mesmo natural: o Estado foi acionado para resolver a lide. É possível que, durante o decorrer do feito, provas tenham sido produzidas e valoradas. Logo, não é sequer razoável permitir que autocomposição camufle o conflito, é necessário que o resolva verdadeiramente – daí ser compreensivo o comportamento mais enérgico do magistrado. Na autocomposição extrajudicial, por outro lado, as partes já se apresentam ao Estado-Juiz com a solução pensada para sanar o litígio. Essa solução deve se amoldar à legislação, de modo que ao magistrado caberá aferir o contorno de legalidade do acordo – postura menos ativa, mas presente.

Nessa linha de intelecção, o acordo de não persecução civil, hoje previsto pelo artigo 17-B da Lei nº 8.429/1992, poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória, na forma do § 4º do mesmo dispositivo. Trata-se, assim, de autocomposição judicial ou extrajudicial, sobre o qual recaem todas as considerações gerais tecidas até então.

Assim, se o acordo de não persecução cível é apresentado para homologação em sede extrajudicial (ou seja, sem que esteja em tramitação ação de improbidade), nos termos do inciso II do art. 17 da LIA, com prévia anuência do órgão do Ministério

---

<sup>3</sup> Para alguns críticos do livre convencimento motivado (como Lênio Streck), o sistema conta com problemas jusfilosóficos, práticos, históricos e conceituais. Para mais detalhes, sugerimos como primeira leitura o artigo de Danilo Pereira Lima e Ziel Ferreira Lopes, intitulado “Por que devemos abandonar o ‘livre convencimento motivado’ do juiz?”, disponível na revista eletrônica *Consultor Jurídico* ([https://www.conjur.com.br/2020-ago-29/diario-classe-devemos-abandonar-livre-convencimento-motivado-juiz#\\_ftnref3](https://www.conjur.com.br/2020-ago-29/diario-classe-devemos-abandonar-livre-convencimento-motivado-juiz#_ftnref3)). Com o advento do CPC/15, que não conta o termo “livre” em seu artigo 371 (como era no CPC/73), ganhou ainda mais calor o debate na doutrina. Válido pontuar que, na jurisprudência dos Tribunais Superiores, o livre convencimento motivado é apontado como regra quando o tema é valoração de provas.

Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis (que, no âmbito do *Parquet* estadual, é o Conselho Superior do Ministério Público), naturalmente que o controle pelo Judiciário estará adstrito ao controle formal, avaliando os aspectos de legalidade da autocomposição, num juízo simplista de delibação. Isso porque, nessa conjuntura, o órgão legitimado, aí considerado tanto o Promotor Natural como o órgão colegiado de revisão, já se posicionou quanto a melhor solução para o conflito.

De outra sorte, se já em curso a ação de improbidade, a extensão do controle pelo Judiciário sobre o acordo de não persecução é mais dilargado, especialmente porque, não sendo o juiz mero homologador passivo de acordos, compete-lhe aferir e valorar as provas constantes nos autos, valorando-as conforme seu livre convencimento motivado.

Aliás, se possível traçar comparação entre o *acordo de não persecução cível* (art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa) e o *acordo de não persecução penal* (art. 28-A, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 – o “Pacote Anticrime”), percebe-se que, no acordo de não persecução penal, o juiz deverá verificar a voluntariedade e a legalidade do acordo (§ 4º), sendo-lhe lícito devolver os autos ao Ministério Público se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições propostas (§ 5º). Ora, considerando a proximidade (não a identidade, ressalte-se) do Direito Administrativo Sancionador ao Direito Penal, percebe-se razoável admitir postura mais ativa do Estado-Juiz na homologação do acordo de não persecução cível, avaliando, para além dos aspectos de legalidade, as condições fixadas no acordo, sendo viável devolvê-lo se considerar inadequadas ou desproporcionais.

No caso em apreço, não bastasse a ausência de intimação formal e obrigatória do Ministério Público para se manifestar nos autos quanto à composição apresentada para homologação judicial, constata-se claramente a *inadequação* e *desproporcionalidade* desta, tamanho o descuido de garantir a restituição aos cofres públicos da COHAGRA, *no mínimo*, o valor corrigido da vantagem ilícita aferida e da multa civil aplicada.

Neste ponto, importante realçar que a LIA (Lei nº 8.429/92) possui feição primariamente preventiva e punitiva (não obstante também concentre natureza reparatória) de responsabilização dos agentes públicos e terceiros. Essa norma integra o microsistema de tutela à probidade e encontra fundamento constitucional e em tratados na ordem internacional – mormente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ou *Convenção de Mérida*), promulgada pelo decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Dito isso, respeitosamente, parece-nos incontestado que, da maneira como celebradas as composições entre COHAGRA, Ricardo Cartafina e José Astolfo, posteriormente homologadas judicialmente, *desprezou-se de forma absoluta a própria ratio da Lei de Improbidade Administrativa e, ousamos afirmar, de todo o microsistema de tutela da probidade administrativa*, posto que não se garantiu nem mesmo reembolso integral da vantagem ilícita aferida com a prática do ato de improbidade administrativa, ou seja, não houve proteção ao patrimônio público, muito menos se preocupou com a

adimplência da multa civil aplicada, ignorando-se o viés preventivo e de desestímulo à prática da improbidade administrativa.

Mais diretamente, considerando que, conforme cálculo anexo, o *valor atualizado* correspondente à soma da *vantagem ilícita aferida* com a *multa civil* aplicada, por força da condenação judicial já transitada em julgado, atinge hoje a cifra de R\$4.240.033,93 e que as composições ora atacadas abarcaram apenas 9,09% do valor atualizado quando da respectiva homologação judicial, conclui-se, s.m.j., pelo desprezo do importe atualizado de R\$3.854.614,85 (e isso, lembre-se, sem contar a possibilidade de incidência de juros legais).

E não é só! Também houve determinação de levantamento das constrições de sequestro e indisponibilidade que recaiam há muito sobre os imóveis de propriedade dos apelados, afastando, assim, qualquer garantia de eficácia na execução das obrigações pecuniárias ora executadas.

**- DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR RECURSAL, LIMINARMENTE E INAUDITA ALTERA PARS, PARA O FIM DE DETERMINAR O IMEDIATO RESTABELECIMENTO DAS MEDIDAS DE SEQUESTRO E/OU INDISPONIBILIDADE QUE RECAIAM SOBRE OS BENS DOS APELADOS RICARDO CARTAFINA E JOSÉ ASTOLFO**

De pronto, importante ressaltar que a tutela cautelar é o instrumento disponibilizado aos jurisdicionados para satisfazer pretensão de natureza urgente, proferindo-se, provisoriamente, ato decisório, passível de acautelar um interesse legítimo da parte que se encontra ameaçado por uma situação de perigo, até que sobrevenha uma decisão definitiva.

Com ela, busca-se o afastamento de um dano que pode ser de difícil ou até mesmo de impossível reparação ao titular do provimento acautelatório.

Também é sabido que o deferimento de tal pleito, submete-se à presença concomitante dos requisitos necessários ao deferimento de qualquer tutela provisória de urgência, quais sejam, a probabilidade de provimento do recurso, bem como o risco de dano grave ou de difícil ou impossível reparação advindo da imediata produção de efeitos da sentença recorrida.

No caso em apreço, verifica-se a celebração de composição em ação de improbidade administrativa, já em fase de cumprimento de sentença, envolvendo valores que não chegam à 10% do valor atualizado do que deveria ser pago aos cofres da COHAGRA, por força de sentença judicial, já com trânsito em julgado.

Isso mesmo, Doutos Desembargadores e Desembargadoras! Simplesmente, mais de 90% do valor atualizado do que deveria ser pago aos cofres públicos, por força de decisão judicial transitada em julgado, foi ignorado nas composições celebradas por Renato Cartafina e José Astolfo com COHAGRA.

Da leitura dos cálculos que seguem anexo, denota-se que, estabelecida a correção monetária a partir da data do ajuizamento da ação, ocorrido em dezembro de 1996, o

*valor da soma das obrigações pecuniárias decorrentes da condenação (restituição da vantagem aferida ilicitamente + multa civil correspondente a 3 vezes o valor de tal vantagem), quando da homologação da composição pelo Douto Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, por meio de sentença prolatada em 6 de junho de 2020, atingia a cifra de R\$3.479.056,94 (três milhões, quatrocentos e setenta e nove mil, cinquenta e seis reais e noventa e quatro centavos); ou melhor: R\$869,737,28 correspondente à vantagem ilícita aferida (danosa ao erário) + R\$2.609.319,66 (multa civil correspondente a 3 vezes o valor da vantagem ilícita aferida).*

No entanto, destes R\$3.479.056,94 (valor atualizado até a data da sentença que homologou o acordo – 6 de junho de 2020 – confira Id. 118990994 daquele feito) devidos pelos condenados, a COHAGRA contentou-se em receber apenas:

- 1) R\$232.068,02 do Sr. Ricardo Cartafina; e,
- 2) R\$84.388,37 do Sr. José Astolfo.

Não por acaso, o Ministério Público, por meio deste órgão de execução, tão logo tomou conhecimento de tão inusitada situação, tempestivamente, interpôs recurso de apelação, insurgindo-se contra tais acordos e respectiva homologação judicial que, inclusive, revogou as medidas de sequestro e/ou indisponibilidade que recaiam sobre bens dos apelados.

Nesta lógica, parece-nos presentes, *concomitantemente*, os requisitos autorizadores da tutela pleiteada, uma vez que comprovada a *aparência do direito* (é evidente a inadequação e desproporcionalidade dos acordos celebrados e homologados judicialmente) e o *perigo de demora* (se não restabelecidas imediatamente as constrições judiciais – sequestro e indisponibilidade – sobre os bens dos apelados Renato Cartafina e José Astolfo, nada impedirá a transferência destes para terceiros, frustrando o cumprimento das obrigações pecuniárias impostas, por força de sentença judicial já transitada em julgado).

Não se ignora que, conforme dispõe o *caput* do art. 1.012 do Código de Processo Civil, o recurso de apelação terá efeito suspensivo, somente produzindo efeitos imediatamente após sua publicação a sentença que envolva matéria disposta no § 1º e seus incisos, o que não é o caso ora em debate.

Ocorre que, *também houve a determinação, já executada, de levantamento das constrições de sequestro e indisponibilidade que recaiam sobre os bens de propriedade dos apelados Renato Cartafina e José Astolfo, afastando, assim, qualquer garantia de eficácia na execução das obrigações pecuniárias ora executadas.*

A concretização do desembaraço/desoneração dos bens dos condenados Renato Cartafina e José Astolfo evidencia-se, *por exemplo*, com a leitura das Matrículas nºs 572, do 1º CRI de Uberaba, 5.821, 23.515 e 5.967 do 2º CRI de Uberaba (que instruem a presente), nas quais constam registros do levantamento das medidas de constrições judiciais que recaiam sobre aqueles bens, exatamente por força de determinação judicial advinda da homologação dos acordos e consequente extinção das obrigações, contra o que se insurge o Ministério Público no recurso de apelação.

Logo, mostra-se admissível (e urgente) a concessão de tutela provisória com feição acautelatória, diante da eventual demora no processamento do recurso apelatório, para resguardar a eficácia da decisão de mérito a ser proferida por ocasião do julgamento do mérito recursal (Apelação Cível), uma vez que demonstrado o risco de lesão grave ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*).

Mais diretamente, *é urgente que tais medidas de constringências judiciais*, que vigoravam desde a “década de 90”, exatamente para garantir a efetividade de uma futura decisão final de procedência da ação de improbidade administrativa, como de fato acabou ocorrendo, *com trânsito em julgado em 2015* (após esgotadas todas as instâncias recursais pela D. Defesa), *sejam restabelecidas*, sob pena de se ver o recurso de apelação agora interposto pelo Ministério Público sendo provido, mas esvaziada a possibilidade de localização de bens suficientes para adimplir as obrigações pecuniárias impostas aos condenados Renato Cartafina e José Astolfo.

O sequestro/indisponibilidade em relação aos bens de José Astolfo foram determinados em sentença prolatada em *05 de dezembro de 1996* (na ação cautelar que precedeu à ação de improbidade administrativa), enquanto em relação aos bens de Renato Cartafina a determinação deu-se em sentença prolatada em *23 de dezembro de 1.996* (já na própria ação de improbidade administrativa).

Reafirme-se, o que está sob *perigo gravíssimo* é a efetividade de se garantir a adimplência de obrigações pecuniárias, impostas por decisão em ação de improbidade administrativa, *já transitada em julgado*.

Ademais, não há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão que ora se busca.

Finalmente, *para fins de fixação do valor da causa*, esclarece-se que, conforme cálculo anexo, o *valor atualizado* correspondente à *soma da vantagem ilícita aferida* com a *multa civil* aplicada, por força da condenação judicial já transitada em julgado, *atinge hoje* a cifra de *R\$4.240.033,93*. Daí que, envolvendo as composições contra as quais o Ministério Público insurge-se no recurso de apelação, *9,09%* do valor atualizado quando da respectiva homologação judicial *permite-se concluir, s.m.j., que o proveito econômico envolvido nesta medida cautelar seria de R\$3.854.614,85*.

Diante de todo o exposto, requer o Ministério Público:

1) a *concessão liminarmente*, inaudita altera pars, *da antecipação parcial da tutela (efeito ativo) almejada no Recurso de Apelação que interpôs nos autos da ação de improbidade administrativa* já em fase de cumprimento de sentença nº 5006876-21.2016.8.13.0701, contra as sentenças de Id: 118990994 (prolatada em 6 de junho de 2020), 121951210 (prolatada em 27 de junho de 2020), 385003606 (prolatada em 19 de agosto de 2020) e 9167793061 (prolatada em 7 de outubro de 2020), prolatadas pelo D. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, para o fim de restabelecer as medidas de sequestro e/ou indisponibilidade que recaíam sobre bens dos apelados José Astolfo e Ricardo Cartafina (*entre os quais* os imóveis objeto das Matrículas nºs 572, do 1º CRI

de Uberaba, 5.821, 23.515 e 5.967 do 2º CRI de Uberaba),<sup>4</sup> cujos levantamentos foram determinados judicialmente por ocasião da homologação das composições em apreço e consequente declaração da extinção das obrigações (confira sentenças prolatadas em 19 de agosto de 2020 – de Id. 385003606 daquele feito – e 7 de outubro de 2020, de Id 950779840 daquele feito), inclusive determinando ao Douto Juízo primevo que providencie as comunicações necessárias à efetivação da medida liminar deferida;

2) a intimação/citação dos requeridos para, querendo, manifestarem-se a respeito do pleito ora formulado;

3) seja, ao final, julgada procedente a presente Medida Cautelar Recursal, inclusive confirmando a liminar concedida, *deferindo a antecipação parcial da tutela (efeito ativo) almejada no Recurso de Apelação que interpôs nos autos da ação de improbidade administrativa* já em fase de cumprimento de sentença nº 5006876-21.2016.8.13.0701, contra as sentenças de Id: 118990994 (prolatada em 6 de junho de 2020), 121951210 (prolatada em 27 de junho de 2020), 385003606 (prolatada em 19 de agosto de 2020) e 9167793061 (prolatada em 7 de outubro de 2020), prolatadas pelo D. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, restabelecendo as medidas de sequestro e/ou indisponibilidade que recaiam sobre bens dos apelados José Astolfo e Ricardo Cartafina (*entre os quais* os imóveis objeto das Matrículas nºs 572, do 1º CRI de Uberaba, 5.821, 23.515 e 5.967 do 2º CRI de Uberaba),<sup>5</sup> cujos levantamentos foram determinados judicialmente por ocasião da homologação das composições em apreço e consequente declaração da extinção das obrigações (confira sentenças prolatadas em 19 de agosto de 2020 – de Id. 385003606 daquele feito – e 7 de outubro de 2020, de Id 950779840 daquele feito) *até julgamento final daquele recurso de apelação cível.*

Por fim, dá-se à causa o valor de R\$3.854.614,85.

Uberaba, 26 de agosto de 2022.  
JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR  
15º Promotor de Justiça de Uberaba

<sup>4</sup> Esta Promotoria de Justiça está diligenciando para identificar todos os bens (móveis e imóveis) dos condenados Renato Cartafina e José Astolfo que foram desonerados/desembaraçados com o levantamento das medidas de sequestros/indisponibilidade advindas da homologação judicial dos acordos e buscará a efetivação da liminar que venha a ser deferida nestes autos em relação a todos eles.

<sup>5</sup> Confira nota de rodapé de nº 4.

## **APELAÇÃO CÍVEL**

**Processo nº 0004094-25.2021.8.19.0042<sup>1</sup>**

**Mandado de Injunção**

**Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**

**Impetrantes: Aline Gonçalves Faísca; Antônio Marcos de Almeida Carmo; Antônio Severino de Brito; Bernardo Barreto Gonçalves Caminada Sabrá; Edimilson dos Reis Gomes dos Santos; Renato Francisco Basílio e Tiago Leite Paixão**

**Impetrada: Câmara Municipal de Petrópolis**

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da Promotoria de Justiça Cível de Petrópolis, não se conformando com os termos da r. sentença de fls. 921/927 dos autos acima referidos, vem, com arrimo nos arts. 1009 e seguintes do Código de Processo Civil, c/c 14 da Lei nº 13.300/2016 e art. 14 da Lei nº 12.016/2009, interpor o seguinte recurso de:

### **APELAÇÃO CÍVEL**

requerendo a intimação das partes já qualificadas nos autos – os impetrantes Aline Gonçalves Faísca, Antônio Marcos de Almeida Carmo, Antônio Severino de Brito, Bernardo Barreto Gonçalves Caminada Sabrá, Edimilson dos Reis Gomes dos Santos, Renato Francisco Basílio e Tiago Leite Paixão, bem como a impetrada, Câmara Municipal de Petrópolis – para conhecimento e eventual apresentação de contrarrazões, com posterior remessa dos autos ao Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde espera ver conhecido e provido o presente recurso, nos seus exatos termos.

Pede deferimento.

Petrópolis, 10 de novembro de 2021.

**PEDRO DE OLIVEIRA COUTINHO**

Promotor de Justiça

Mat. 1826

**DD. DESEMBARGADOR-RELATOR DA COLETA CÂMARA CÍVEL DO EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da Promotoria de Justiça Cível de Petrópolis, no exercício da função de *custos juris*, vem interpor perante este Eg. Tribunal de Justiça recurso de apelação contra os termos da r. sentença de

<sup>1</sup> Recurso Provido pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 29/9/2022, Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo.

fls. 921/927, proferida pelo MM. Juiz de Direito titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis, requerendo o conhecimento e provimento do recurso pelas razões jurídicas e fáticas que passa a expor.

### **I – Do Caso dos Autos e da Resolução por Sentença**

Cuida-se de mandado de injunção impetrado por candidatos que obtiveram a suplência no pleito de 2020 para o cargo de vereador da cidade de Petrópolis, insatisfeitos com a norma vigente na Lei Orgânica do Município de Petrópolis, qual seja, o seu art. 36, §1º, que prevê apenas 15 vagas para vereador, o que estaria em confronto direto com o texto do art. 29, inciso IV, alínea “h”, da Constituição Federal, na redação outorgada pela Emenda Constitucional nº 58/2009. Afirmaram que a cidade de Petrópolis contava, no ano de 2020, com mais de 300 mil moradores, de modo que a proporção estabelecida pelo novo texto constitucional brasileiro determinava que houvesse naquele pleito local 23 vagas, o que permitiria, assim, a posse dos impetrantes no cargo de vereador. Segundo o raciocínio desenvolvido na petição inicial, o número máximo de cada faixa fixada no art. 29, IV, da CF configura número mínimo da faixa seguinte, de modo que o texto vigente da Lei Orgânica de Petrópolis é inconstitucional e deveria ser modificado para enquadrar-se à determinação da Constituição da República, com efeitos retroativos para permitir a posse dos impetrantes.

Acolhendo em parte a argumentação posta na impetração, o d. juízo de 1º grau decidiu a lide nos seguintes termos:

*Nesta quadra, concluída a fundamentação, ex vi artigo 485, CPC, RECONHECENDO que a redação do §1º do artigo 36 da Lei Orgânica de Petrópolis está em absoluto desalinhamento com o comando da regra matriz, artigo 29, inciso IV, CRFB, situação que faz inconteste a mora legislativa e, DECLARANDO que recepciono em forma e extensão o pleito injuncional, DETERMINO que a CMP - Câmara Municipal de Petrópolis, por seu ilustre presidente, Vereador Frederico Procópio Mendes, no lapso de 40 (quarenta) dias, com termo inicial na data em que ocorrer a intimação, pessoal e na qualidade de representante legal da casa legislativa, publicize no órgão oficial a Emenda à Lei Orgânica que promoverá a alteração do § 1º do artigo 36 da Lei Orgânica para que naquele dispositivo fique assentado a redação inserta na alínea h) do inciso IV do artigo 29 da CRFB.*

*Last, but not least, considerando que os impetrantes, a partir, e inclusive, da promulgação oficial do resultado do pleito de 2018 e, posteriormente, da efetiva diplomação como suplentes de vereador da CMP, não obtiveram o reconhecimento de seus direitos subjetivos, primeiro, e adquirido, depois, entendo que a conclusão expressa no dispositivo sentencial revela que ostentam em seus patrimônios jurídicos o direito adquirido à diplomação e posse como vereadores da Câmara Municipal de Petrópolis, observando-se, compulsoriamente, o concerto normativo da justiça especializada (eleitoral), no caso, o E. TRE-RJ.*



## **II – Das Razões para a Reforma do Julgado: ausência de vício no número de vereadores estabelecido na Lei Orgânica Municipal de Petrópolis**

Como o Ministério Público demonstrou no parecer de fls. 584/588, apesar de a demora dos vereadores petropolitanos em adequar o texto da LOM ao atual número de moradores da cidade, alterando a referência hoje existente no art. 36, §1º, ao art. 29, IV, “g”, da Constituição Federal, pois a referência desde 2019 já deveria ter sido à alínea “h” do mesmo dispositivo constitucional, não há efetivamente obrigação alguma da Câmara Municipal de Petrópolis de majorar o número de vereadores da cidade. Para evitar repetições, segue-se o fundamento exposto no parecer:

Mas o que parece definitivo para rejeitar o pedido dos impetrantes é que a alteração constitucional efetivada pela EC nº 58/2009 não pode ser interpretada como pretendem os impetrantes, ou seja, estabelecendo uma escala de números mínimo e máximo de vereadores, impondo a adoção do número máximo da escala inferior (alínea) como número mínimo da escala superior (alínea), impondo, pois, à CMP rigorosos limites para fixação do número de vereadores. Como bem exposto nas informações da CMP, a alteração constitucional promovida deixa evidente que não há mais limite mínimo estabelecido, apenas máximo. Parece lógico que a ausência de limite mínimo não poderia significar liberdade total ao ente municipal, já que seria possível afirmar a inconstitucionalidade de um número ínfimo, absolutamente irrazoável, por violação à proporcionalidade (como princípio e não como proporção aritmética). Mas o número de 15 não parece efetivamente implicar essa falta de razoabilidade. Veja-se inclusive a contradição dos impetrantes que apontam que a CMP tem obrigação de adotar uma proporção exata entre o número de habitantes e o limite máximo de vereadores admitido pela Constituição Federal e pretendem ao mesmo tempo que o limite de 23 vereadores seja adotado, quando ele na verdade é fixado como o máximo para cidades de até 450.000 habitantes. Ou seja, Petrópolis, que recentemente ultrapassou a marca de 300.000 habitantes, passando assim a uma nova escala, já deveria – segundo os impetrantes – adotar o limite máximo estabelecido na CF, quebrando assim a própria proporção aritmética desenvolvida no raciocínio estampado na exordial. Para melhor compreensão da questão, vale a pena fazer uma rápida referência ao processo que resultou na edição da Emenda Constitucional nº 58/2009 para compreender o equívoco dos impetrantes. Alterando a posição até então adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, o STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 197.917-8, adotou o critério da estrita proporcionalidade aritmética entre

o número de vereadores e o número de habitantes, conforme redação original do dispositivo constitucional, pois esta previa a proporcionalidade populacional e trazia limites máximo e mínimo, seguindo-se a orientação do Ministro Maurício Correa e a modulação indicada pelo Ministro Gilmar Mendes. Essa posição foi considerada ativista pelo mundo político, já que conduziria à extinção de cerca de 8 mil cargos de vereador no país, de modo que o Poder Legislativo então passou a discutir a alteração do dispositivo constitucional, via projetos de emenda constitucional. Em tramitação tumultuada, com disputas entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, terminou por ser editada a EC nº 58/2009, que eliminou fórmulas aritméticas, optando por fixar faixas de composição máxima das Câmaras dos Vereadores, sem referência a uma proporção exata com a população, superando, assim, a posição anterior do STF.

Desse modo, tentar se valer de critérios puramente aritméticos ou escalonados entre mínimo e máximo não tem mais amparo constitucional. Tem-se, assim, uma visão idealista dos impetrantes acerca da Constituição Brasileira, ou seja, desvirtuam seu significado em nome de uma ideia de suprema coerência, baseados na própria vontade, assim bem definida por Humberto Ávila:

O que não se pode é simplesmente ignorar a Constituição Brasileira, tal como efetivamente posta, em favor de uma Constituição ideal na concepção de quem a interpreta. Fazê-lo é torná-la totalmente irrelevante do ponto de vista normativo.<sup>2</sup>

Assim, incumbe unicamente aos vereadores de Petrópolis, no exercício de sua autonomia federativa, aferir, com o aumento do número máximo de vereadores permitido pela CF após a cidade atingir a marca de 300 mil habitantes, se deve ou não haver majoração de vagas na CMP. Mas essa tarefa se encontra dentro das prerrogativas discricionárias do legislador municipal, na medida em que à época da necessidade de regulação do tema houve a edição de norma que permitisse a concretização do comando constitucional. Assim, impor um número exato pela via judicial significaria infringir a separação de poderes e violar o princípio federativo. Vale o registro, inclusive, que em 2019, segundo matéria do *Jornal Tribuna de Petrópolis*, quando ainda se afirmava o limite de 21 vereadores, houve discussão na CMP sobre o aumento do número de vereadores, que não foi objeto de aprovação, inclusive por forte

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 69.

rejeição popular, indicando que sequer a omissão na deliberação a respeito do tema pode ser imputada ao Legislativo local.

Assim, a referência hoje existente no §1º do art. 36 da LOM ao texto da alínea “g”, do art. 29, inciso IV, da CF, configura inconstitucionalidade superveniente, a ser objeto de futura correção por parte dos edis petropolitanos, quando poderão inclusive tratar de majorar ou não o número de vereadores, mas essa não é matéria a ser dirimida em sede de mandado de injunção, por ausência de seus pressupostos.

Por tais motivos, não é possível comungar dos argumentos esgrimidos pelo ilustre julgador, pois não houve erro material do legislador que adequou o texto da lei orgânica municipal à nova redação do art. 29, IV, conferida pela EC nº 58/2009. Houve sim, como permitido pelos parâmetros fixados pelo constituinte derivado, opção legítima por número de vereadores que o ente federativo local escolheu. Sem dizer expressamente, o ilustre magistrado contraria a própria base de seu raciocínio quando afirma que há número mínimo de vereadores para cada faixa, pois desde 2012 o número de vereadores está abaixo do comando constitucional. Na verdade, em 2012 o limite era de 21, mas o Município de Petrópolis, exercendo sua autonomia federativa, escolheu fixar o número em 15 vereadores. Se as faixas anteriores eram de 19 e 17, afirmar que houve erro material é sim determinar um limite mínimo por critérios de uso da alínea anterior como limite mínimo, tornando paradoxal a afirmação de que o constituinte derivado não fixou limite mínimo.

Observe-se que, como tudo em Direito, a ausência de um limite mínimo não significa que não se possa construir um tal limite com base na principiologia jurídica. Como afirmado anteriormente, um número excessivamente pequeno de vereadores em Petrópolis dificultaria a representação política dos diferentes grupos e comunidades do município, prejudicando o caráter representativo da democracia local. Mas isso não existe no argumento judicial ora questionado.

Deste modo, entende o Ministério Público que apesar de o dispositivo da lei orgânica de Petrópolis fazer atualmente expressa referência a uma alínea não mais aplicável ao padrão de moradores da cidade, a alínea “g”, não há mora ou omissão em alterar o número de vereadores da cidade, mas apenas em alterar essa referência à alínea “h”, pois em 2019 o assunto relativo à majoração foi discutido no parlamento local e rejeitado, observando-se, pois, o que dispõe o art. 45, §1º, da Constituição Federal, aplicável por analogia contida no raciocínio judicial.

### III – Da Nulidade da Determinação de Nomeação de Vereadores

Ainda que se venha a concordar com a argumentação exposta na r. sentença apelada, é possível concluir que o juízo estadual deveria limitar-se a deferir a ordem para a alteração da lei orgânica municipal de modo a adequar o número de cadeiras na Câmara Municipal ao texto constitucional hoje aplicável, ou seja, o art. 29, IV, alínea

“h”. Determinar o direito dos impetrantes à diplomação e posse como vereadores excede, evidentemente, os limites da jurisdição comum, penetrando em tema de competência da Justiça Eleitoral.

De fato, a parte final do dispositivo da sentença considera que a alteração a ser feita da lei orgânica municipal, por ordem judicial, deverá ser aplicada retroativamente ao pleito de 2020, com reconhecimento do direito dos impetrantes de diplomação e posse no cargo de agente político de vereador. Ora, parece claro que decidir sobre diplomação e posse em cargo político extrapola a competência do juízo estadual, não podendo ser determinada nesta sede, mas sim, caso prevaleça o entendimento recorrido, e após a modificação legislativa, pela Justiça Eleitoral, na forma do art. 215 do Código Eleitoral, a quem compete decidir sobre a retroatividade ou não da alteração legislativa, pois do contrário a sentença estará interferindo e modificando o resultado de uma eleição.

Destarte, o comando final do dispositivo da sentença que reconhece aos impetrantes o direito de diplomação e posse no cargo de vereador infringe a competência da Justiça Eleitoral fixada no art. 215 do Código Eleitoral, posto que a referência final ao “concerto normativo da justiça especializada” não significa reconhecer que incumbe a esta decidir sobre a aplicação retroativa ou não do aumento de vagas a vereador determinado na sentença, mas sim que no mandado de segurança anteriormente conhecido pelo TRE/RJ isto já teria sido antecipado, o que não é verdade. Há, pois, grave nulidade na r. sentença que deverá ser afastada por este d. Tribunal de Justiça, mesmo em caso de não acolhimento da tese principal deste recurso.

#### **IV – Do Pedido**

- 1) Destarte, requer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro o conhecimento e provimento do presente recurso, com a reforma da r. sentença para fins de afastar a omissão do legislador municipal petropolitano relativa ao exercício dos direitos da cidadania.
- 2) Em caso de não acolhimento das razões ministeriais, requer em sede eventual que seja reconhecida a nulidade do dispositivo final da r. sentença que reconhece aos impetrantes o direito adquirido à diplomação e posse no cargo de vereadores da cidade de Petrópolis, por implicar violação à competência da Justiça Eleitoral reconhecida no art. 215 do Código Eleitoral c/c art. 121 da Constituição Federal, cabendo àquela d. justiça especializada enfrentar o tema da retroatividade da modificação legislativa determinada na r. sentença.

Pede deferimento.

Petrópolis, 10 de novembro de 2021.

**PEDRO DE OLIVEIRA COUTINHO**

Promotor de Justiça

Mat. 1826

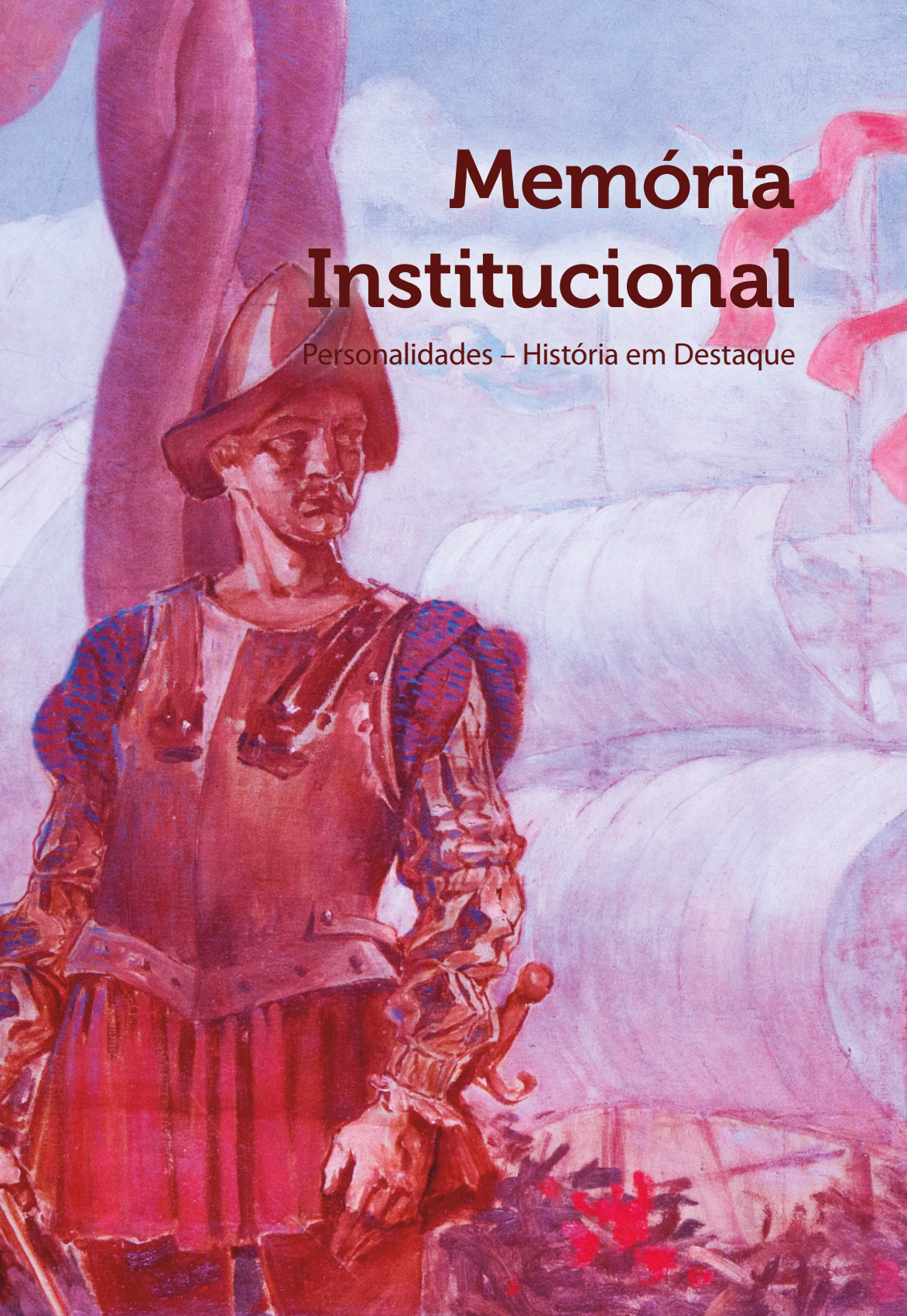




Detalhe da imagem da capa

# Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque







## 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.



## Projeto Personalidades

• • •

### Tribunal do Júri: a vitrine do Ministério Público?

Transcrição em 28/04/2023: Isamara do Nascimento Oliveira Vitorino

Revisão em 04/05/2023: Nayara Cristina dos Santos

Edição em 04/05/2023: Maristela Santana e Nayara Cristina dos Santos

Revisão final em 05/05/2023: Maristela Santana

#### Apresentação

**MKlang:** Bom dia! Hoje é dia 22 de fevereiro de 2022. Sou Márcio Klang, Coordenador do Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Este é o Projeto Personalidades do MPRJ na sua 15ª edição.

A 15ª edição é sobre o Tribunal do Júri, considerado a vitrine do Ministério Público. Para isso, chamei quatro pessoas, reconhecidamente competentes e de notável saber na área, que são Dra. Ana Maria Gattás Bara, Dra. Telma Musse Diuana, Dr. Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano e Dr. José Carlos da Cruz Ribeiro. Dois do antigo Estado da Guanabara [Dra. Telma e Dr. José Carlos] e dois do antigo Estado do Rio [Dra. Ana Maria e Dr. Giuseppe].

Estamos com o nosso presidente da Associação (AMPERJ), Dr. Cláudio Henrique da Cruz Viana, a quem eu passo a palavra.

**CHCV:** Bom dia a todos. Agradeço e cumprimento ao colega Márcio Klang, que vem desempenhando um papel muito importante. Com muita competência vem conduzindo esse papel importante do Centro de Memória, que é exatamente a gente poder lembrar e até cultivar momentos e pessoas que são tão importantes para o Ministério Público.

A gente sempre diz que o Ministério Público não é uma instituição que surgiu de repente, da invenção dessa ou daquela pessoa. É uma instituição que surgiu ao longo dos anos, graças a contribuição de grandes figuras, como essas que estão aqui hoje e a quem também cumprimento: Dr. José Carlos da Cruz Ribeiro, Dra. Ana Maria Gattás Bara, Dr. Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano e Dra. Telma Musse Diuana.

Dra. Telma, apesar de há muitos anos não ter contato pessoal com ela, guardo um carinho e uma consideração muito grande, porque foi ela que fez o discurso de boas-vindas do meu Concurso, de 1992, o 12º Concurso. A gente contou com o brilhantismo dela.

Infelizmente, naquele momento, a gente talvez não tivesse um Centro de Memória que pudesse se preocupar com a conservação desses momentos tão importantes. Mas eu me lembro ainda hoje que, no discurso, Dra. Telma dizia que alguns momentos, algumas ocasiões, deveriam ser celebradas em uma catedral, mas que, na verdade, todos nós somos uma catedral. Existe essa catedral dentro de cada um de nós. Essa é minha mensagem, com uma homenagem especial à Dra. Telma, no sentido de que esse é um daqueles momentos que também poderia dizer que deveriam acontecer e ser celebrados em uma catedral. Essa Catedral que é cada um dos senhores é suficiente para elevar esse momento à grandeza que ele merece.

Então, muito obrigado, Márcio, pelo convite.



**MKlang:** Obrigado você por estar presente.

**CHCV:** Meu cumprimento a todos.

**MKlang:** Muito obrigado, Cláudio Henrique. Quero dizer a você que não só na catedral, na sinagoga também. Nós também temos uma sinagoga dentro de nós. Eu, como bom judeu que sou, faço questão de registrar que aquela sinagoga que Jesus Cristo frequentava também acolhe esse tipo de emoção forte.

#### **BLOCO 01 – Quem é Telma Musse Diuana?**

**MKlang:** Quem é Telma Musse Diuana na sua opinião? E por que escolheu o MP?

**TMD:** Bom dia, Márcio. Antes de mais nada, quero agradecer as palavras do Cláudio Henrique. Foram palavras muito tocantes, muito inteligentes, muito sensíveis. Apraz-me muito saber que ele traz no coração essa emoção do primeiro momento do Ministério Público.



*Telma Musse Diuana na entrevista para o Projeto Personalidades do MPRJ (2022) | Acervo: Centro de Memória do MPRJ*

**MKlang:** Isso não tem preço.

**TMD:** É, isso não tem preço. Você guardou um tesouro para você e eu o cumprimento por isso. Muito obrigada por se lembrar. Muito obrigada por tudo que você fez ao Ministério Público e continua fazendo através da nossa Associação (AMPERJ). Também quero dizer que é um prazer enorme estar, ainda que virtualmente, nessa conversa com os meus queridos colegas. Nessa curva da vida onde estou, talvez

a última, é muito bom saber que ainda há amigos e que o Ministério Público continua sendo aquele que eu conheci. E quem é Tema Musse Diuana? Eu falei para o Márcio, faz pouco tempo, eu pessoalmente me considero uma multidão. Mas depois das palavras do Cláudio Henrique, acho que também vou ser uma catedral, porque guardo em mim toda a força, a vocação e a vontade que me levaram ao Ministério Público.

**MKlang:** Por que você escolheu o Ministério Público?

**TMD:** Na verdade não escolhi. O Ministério Público aconteceu na minha vida. Eu tinha um escritório de advocacia, aliás mantido por muitos anos depois do meu ingresso no MP. Lá eu tinha assessoras, assistentes, secretárias. Uma delas, Teresinha Favero Leite, resolveu fazer concurso para o Ministério Público [do Estado da Guanabara] e me convenceu de que eu também deveria fazer. Acabei fazendo o concurso, ela não passou, passei eu. E passei muito bem. Foi isso que me trouxe.



**MKlang:** Eu sei! Você foi o primeiro lugar, não é isso?

**TMD:** Foi. Fui a primeira colocada.

**MKlang:** Concurso de 1971?

**TMD:** 1971. É verdade que fui nomeada em 1972, porque o concurso se alongou por muito tempo, muitos meses. Era assim antigamente.

**MKlang:** Sim.

**TMD:** Eu fui da primeira leva chamada pelo Ministério Público, que foi em 1972, em abril de 1972.

## **BLOCO 02 – Caso com maior repercussão – I**

**MKlang:** Na sua opinião, qual foi o caso em que você atuou como Promotora no Júri de maior repercussão? Ou que você tenha achado mais difícil ou mais complexo, o mais trabalhoso? Você escolhe destacar um caso de repercussão ou que você tenha julgado muito difícil ou muito trabalhoso; ou tudo isso junto.

**TMD:** Difícil. Menos que difícil, mas muito trabalhoso eu diria, foi o caso conhecido como caso Lou.

**MKlang:** Sim.

**TMD:** Um caso cujo julgamento durou três dias. E eu não dormi nesses três dias. Eu fiquei no tribunal. Só saí no segundo dia para tomar um banho. Mas sem dormir, me alimentando mal, acompanhando o julgamento. Era um julgamento com muita repercussão na mídia, na televisão. Na mídia inteira. Eram jornais, era televisão, era tudo. Esse foi o caso, sem dúvida, mais trabalhoso que eu tive.

**MKlang:** Quem era o advogado de defesa dela, você se lembra?

**TMD:** Eram muitos advogados na bancada de defesa.

O Júri, o Tribunal do Júri, naquela época, reuniam advogados dos mais renomados. Inteligentes, sagazes, cultos. Eram advogados. Eu me lembro de muitos, mas os nomes... Humberto Teles...

**MKlang:** Tranjan.

**TMD:** Alfredo Tranjan. Eram muitos advogados brilhantes que se faziam presentes.

**MKlang:** Laércio Pelegrino.

**TMD:** Laércio Pelegrino e outros. Tinha o Canaã também. Canaã ganhava júri. Ele era modesto, mas era um homem que ganhava júri. E ele comia biscoitos enquanto fazia o julgamento. Era uma figura! Era um homem que conhecia o sentimento da sociedade, conhecia o sentimento da sua questão, da sua tese, da sua defesa. E conhecia a fundo. Só ele conhecia aquilo, ele não passava esse conhecimento e ganhava o júri. Eu acho que o júri tinha pena. Canaã ganhava muito júri.

**MKlang:** Bom, ele usava umas “armas e os balões assinalados”. Ele usava o que ele podia, não é?!

**TMD:** Era uma figura, o júri tem muita história.

**José Carlos da Cruz Ribeiro:** Telma, você me permite uma interrupção a respeito do Canaã? Uma interrupçãozinha desse tamanho (gestual). O grande vencedor do Canaã, ele fazia sempre o papel daquele advogado que defende pobres. Chegava com sapato meio ruim, a camisa faltando botão, essas coisas assim...

**TMD:** E. comendo biscoitos.

**MKlang:** Um *mise-em-scène*.

**JCCR:** Sabe quem foi o grande vencedor? Foi Celso.

**TMD:** Celso?

**JCCR:** Porque Celso era um Promotor diferente também. E na área que Canaã tinha colocado a coisa, Celso superava muito.

**MKlang:** De qual Celso vocês estão falando?

**JCCR:** Celso do nosso Ministério Público, do Concurso de 1965-66.

**MKlang:** Celso Fernando de Barros?

**TMD:** Isso.

**MKlang:** Ele fazia júri?

**TMD:** Não. Ele fez por muito pouco tempo.

**JCCR:** Fez por pouco tempo, mas foi um sucesso absoluto.

**MKlang:** Olha. Porque ele, para mim, não tem *physique de role*. Engraçado isso, não é?!

**JCCR:** Mas ele era o grande adversário do Canaã. Ele acabava com Canaã.

**MKlang:** Que informação de “cocheira”!

**TMD:** É. Eu não sei se isso é inteiramente verdadeiro. Porque o grande vencedor do Canaã, era ele próprio. Porque ele era uma figura. Ele se desfazia no júri, ele queria fazer júri. Ele estava lá todos os dias. Nem era pelo dinheiro. Ele não era um homem ambicioso, que quisesse ganhar dinheiro. Ele gostava do júri, ele ia para lá como ia para casa. E lá ficava. O juiz dizia: “Esse processo aqui está sem advogado”. Ele dizia: “Eu faço”. Ele queria fazer júri, era uma figura ímpar.

**MKlang:** Olha só. Aquilo é desgastante, é trabalhoso.

### **BLOCO 03 – Quem é Ana Maria Gattás Bara?**

**MKlang:** Na sua opinião, quem é Ana Maria Gattás Bara? E por que você escolheu o Ministério Público?

**AMGB:** Para ser franca, eu não escolhi o Ministério Público. O Ministério Público que chegou na minha vida, porque desde estudante eu jamais pensei em ser Promotora. Eu tinha aquela ideia tacanha, que muita gente tem, e não adianta falar que não tem, de que o Promotor de Justiça é o acusador. Então, eu queria ser Defensora Pública do Estado da Guanabara. De repente, comecei a ler sobre o



Ministério Público e comecei a ver que ele é mais defensor do que acusador. Porque ele defende família, animais, órfãos, rejeitados. E quando ele acusa, é para defender a sociedade. Quando eu vi sobre este ângulo, quis fazer o MP. Foi isso que aconteceu.

**MKlang:** Você nasceu onde? Nasceu em Juiz de Fora?

**AMGB:** Juiz de Fora.

**MKlang:** E estudou em qual faculdade?

**AMGB:** Estudei na Universidade Federal de Juiz de Fora.

**MKlang:** Muito bem. Antes do MP você trabalhou como advogada? Trabalhou em outra área?

**AMGB:** Fui bancária por muito tempo. Trabalhei na Prefeitura de Juiz de Fora, no departamento de Água e Esgoto, e caí dentro do esgoto. Dei trabalho. Caí na rua, com o esgoto aberto. Lembro disso. Advogada? Eu advoguei. Vou ser muito franca com vocês, não me identifiquei muito com a advocacia. Eu advogava, fazia aquilo que minha consciência mandava, mas nunca me identifiquei muito com a advocacia.

**MKlang:** Você é do concurso do antigo Estado do Rio de 1972, correto?

**AMGB:** Foi, 1972.



*Ana Maria Gattás Bara em foto da ficha funcional | Acervo: Diretoria de Recursos Humanos do MPRJ [1972]*

## BLOCO 04 – Caso com maior repercussão – II

**MKlang:** Ana Maria, faça a mesma pergunta que fiz para Telma. Qual foi o processo no júri de maior repercussão ou de maior dificuldade em que você atuou? Ou o processo mais complexo, mais trabalhoso que você teve na sua carreira no júri? Porque eu sei que você ficou por muitos anos no júri, especialmente em Duque de Caxias.

**AMGB:** Eu trabalhei muitos anos no Rio de Janeiro, talvez mais do que em Caxias. O mais trabalhoso ou, então, os mais trabalhosos talvez tenham sido o do “Leon Eliachar”, que começou com Zé Carlos [José Carlos da Cruz Ribeiro]. Não foi, Zé Carlos?



Ana Maria Gattás Bara na pré-entrevista  
para o Projeto Personalidades do MPRJ (2022)  
| Acervo: Centro de Memória do MPRJ

**JCCR:** Foi.

**MKlang:** Leon Eliachar, aquele jornalista?

**AMGB:** O jornalista que se apaixonou pela mulher do político. O político contratou pistoleiros para o matar. Ele foi morto porque era muito mulherengo. A mulher, por sinal, era muito bonita. Esse foi trabalhoso. Teve também [inaudível] que foi morto no Aterro do Flamengo, a mando do sócio que descobriu desvio de dinheiro. O sócio foi só na Missa de Sétimo Dia. O júri que mais me marcou, vocês não vão acreditar, foi um que não teve vítima. Eu pedi a absolvição do réu.

**MKlang:** Desculpa, eu não te entendi. O que mais te marcou? O som está falhando.

**AMGB:** O que eu pedi a absolvição do réu. Foi isso mesmo que você ouviu. O outro me deu muito trabalho, mas esse me causou espanto, foi um júri inédito. Lembro muito bem que era um homem que estava em um churrasco com a amiga, quando chegou o marido para matar a mulher. Esse rapaz foi defender a mulher. Dali a pouco, o acusado estava com um espeto de churrasco na mão, quando chegou o marido de novo com uma faca enorme. Ele falou: “Não faz isso!”. Quando o acusado foi se defender, o espeto furou uma artéria e matou a vítima. Quando eu peguei aquele caso, disse: “Meu Deus, é um caso típico de legítima defesa”. Para acusar alguém, eu tinha primeiro que me vencer daquilo inicialmente.

**MKlang:** Claro!

**AMGB:** O advogado chegou, disso eu lembro muito bem, e falou: “Como é que é doutora? Nós vamos brigar muito?”. Aí eu disse: “Não. Esse júri será muito rápido, seu cliente agiu em legítima defesa”. Aí ele: “Não senhora!”. Eu nunca vou esquecer isso. Foi Paulo Ventura, o grande Paulo Ventura, uma pessoa muito querida, o juiz. O advogado disse: “Não, ele não agiu em legítima defesa. A senhora não manda na defesa!”. Paulo [o juiz] falou: “Mas o que está havendo aí?”. O advogado: “Ele agiu culposamente!”. Falei: “Eu não vou acusar um homem que agiu em legítima defesa.” Ele falou: “Eu quero pedir um favor. Pega uma desclassificação, qualquer coisa, mas a senhora tem que acusar. Eu falei: “Por quê? Eu não sou Promotora de acusação, sou Promotora de Justiça.” Ele: “Porque eu cobrei honorários e, se ele for absolvido, eu não ganharei o resto.” Falei: “O senhor quer que eu acuse um inocente para o senhor ganhar honorários?” Começou o júri, inclusive um trabalhoso, acho que nunca fui tão xingada na minha vida. Foi um júri diferente, um júri de absolvição. Paulo Ventura falou: “Pelo amor de Deus, doutor. O senhor não pode. O que o senhor quer afinal de contas?” Eu sei que teve réplica, tréplica e eu saí de lá de madrugada. De 7 a 0. Esse foi um júri que me marcou muito.

**MKlang:** 7 a 0 e ele foi absolvido, o réu foi absolvido?

**AMGB:** Quando acabou, os jurados perguntaram: “Quem é o Promotor disso aqui?”. Isso me marcou muito.

### **BLOCO 05 – Quem é Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano?**

**MKlang:** Na sua opinião, quem é Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano e por que você escolheu o Ministério Público?

**GÍBV:** Considero-me, hoje, um homem realizado, porque, em primeiro lugar, tenho minha família. Minha mulher, uma filha que é Juíza Federal, os meus irmãos e todos eles me dão muita satisfação por tudo isso. Então, entendo que me realizei profissional e familiarmente. Profissional, porque, antes de ser estudante de Direito, quando bem jovem, com cinco, sete anos de idade, oito e tal, eu pretendia ser médico.

**MKlang:** Médico?

**GÍBV:** Médico! Pretendia estudar Medicina. O tempo foi passando e passei a frequentar cinemas e a assistir julgamentos. Empolguei-me pelos julgamentos. Filmes

americanos, julgamentos como júri. Passei a me empolgar e fiquei determinado a estudar Direito terminando o meu científico.

**MKlang:** Legenda: científico é Ensino Médio.

**GÍBV:** É. Exatamente. Terminando o então científico, fiz concurso para a Gama Filho, na época Faculdade de Ciência Jurídica do Rio de Janeiro. Formei-me.

**MKlang:** Já era lá em Piedade?

**GÍBV:** Sempre foi em Piedade. Ela estava começando.

**MKlang:** Fiz meu mestrado lá.

**GÍBV:** Na época só existia, naquele complexo, a faculdade de Direito e um colégio, Piedade. Formei-me e comecei a advogar. Desde o terceiro ano, estagiei em um escritório na rua Dom Manoel, nº 18. Naquela época, toda justiça do Rio de Janeiro estava contida naqueles três prédios, onde hoje é o Museu da Justiça, o Museu Naval e a Escola da Magistratura. No final do estágio, ia para o Tribunal do Júri assistir aos julgamentos. Tive oportunidade de assistir aos chamados “grandes processos do júri” da época e ver os grandes advogados: Alfredo Tranjan, Romero Neto, Evaristo de Moraes Filho e muitos outros. Então, me empolguei pela advocacia criminal e pelo júri. Comecei a fazer julgamentos. Tinha bons e alguns resultados não bons. Naquela época, a sociedade dava mais atenção ao júri. Os meios de comunicação eram diferentes. O júri era um acontecimento. Todo julgamento, de todo o dia, era noticiário na cidade. Até hoje, no Museu da Justiça, existe a tribuna de imprensa. Todo dia tinha um representante da imprensa assistindo julgamento para noticiar.



*Desembargador aposentado Giuseppe Ítalo Brasilino Vitagliano em entrevista do Programa de História Oral e Visual do Centro Cultural Museu da Justiça (2013) | Acervo: Centro Cultural Museu da Justiça*

**MKlang:** Eu não sabia disso não, que tinha essa tribuna interessante.

**GÍBV:** Tem. Quem for ao Museu da Justiça, entrando tem um lance de escadas, se dirige ao lado direito e ali encontra onde funcionava.

**MKlang:** Onde funcionava a tribuna de imprensa.

**GÍBV:** Aquele era o único Tribunal do Júri da capital da República naquela época. Formei-me em 1958, vocês não eram nascidos.

**MKlang:** Eu era.

**GÍBV:** Formei-me em 1958, o Rio de Janeiro era Capital da República do Brasil.

### **BLOCO 06 – Caso com maior repercussão – III**

**MKlang:** Qual foi o caso, na sua carreira, como Promotor do Tribunal do Júri, que foi mais trabalhoso, de maior repercussão ou mais complicado?

**GÍBV:** Eu estava na Capital, no 4º Tribunal do Júri, à época presidido pelo Paulo Ventura [Juiz de Direito], no governo de Moreira Franco [1987-1991], quando inauguraram Bangu I [1987], que seria um estabelecimento penal de muito rigor. Os presos todos se rebelaram, houve uma greve de fome e mortes em todos os presídios do Estado do Rio de Janeiro, inclusive na Ilha Grande, onde existia uma penitenciária na época. Fui designado para acompanhar o inquérito desde a fase policial, e vi coisas terríveis. Uma quantidade enorme de mortes. Denunciei uma quantidade de réus e cheguei a fazer o júri de um deles, porque depois não consegui acompanhar todo o processo. Então, para mim foi o mais complexo.

**MKlang:** E o mais trabalhoso?

**GÍBV:** Mais trabalhoso. Como advogado, funcionei como assistente do Ministério Público em um processo à época de grande repercussão. O réu era o Newton Paes Barreto, médico do Fluminense [clube de futebol]. Do apartamento onde estava, ele ouviu alguns jovens fazendo algazarra na rua. Então, atirou lá de cima, feriu dois, sendo que um, ele quase matou. O projétil entrou na axila e bateu no pulmão, e o jovem quase morreu. Esse processo resultou na absolvição dele. São esses os casos que me recordo.

### **BLOCO 07 – Quem é José Carlos da Cruz Ribeiro?**

**MKlang:** Quero saber, na sua opinião, quem é José Carlos da Cruz Ribeiro e por que você escolheu o Ministério Público?

**JCCR:** Bom, sou de Pernambuco, Recife, e vim para o Rio de Janeiro com seis anos. Posso dizer que adotei o Rio de Janeiro como meu local de nascimento. Entrei para o Ministério Público, não foi exatamente porque eu quisesse ser Promotor. O primeiro exame que fiz foi para Escola Naval, pois sou muito ligado ao mar. Fui reprovado no exame médico. Também procurei fazer exames para a Aeronáutica. Fui reprovado porque tinha 100% da visão em um olho e 99% no outro. Procurei meu

pai, que era dentista, e disse-lhe que estava com vontade de estudar Odontologia. “Não faça isso, meu filho, procure uma outra coisa”, foi a resposta. Então, fiz vestibular para a Faculdade de Direito do Catete, “Casarão do Catete”.



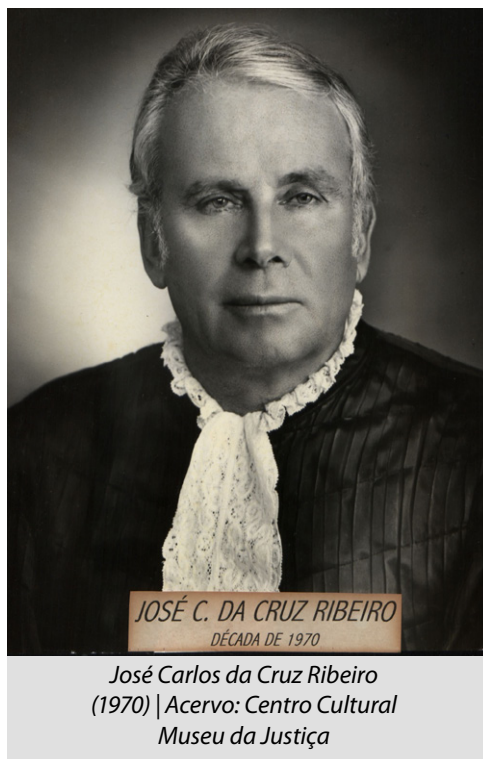
*José Carlos da Cruz Ribeiro na pré-entrevista  
para o projeto Personalidades do MPRJ (2022)  
| Acervo: Centro de Memória do MPRJ*

**MKlang:** Onde estudei. Telma também estudou lá.

**JCCR:** Você estudou lá também, Telma?

**TMD:** Estudei. Fiz o bacharelado todo lá e o doutorado também.

**JCCR:** Pois é, magnífico! Fui estudar Direito por essa razão. Quis uma porta que era ligada à Marinha, porque eu gosto de mar. Não passei. Fiz uma outra meio alucinada, negócio de avião. Minha mãe chegou dizendo: “Meu filho, se você entrar para essa Aeronáutica, eu não durmo mais”. Aí fui reprovado no exame médico.



**MKlang:** Praga de mãe não é fácil.

**JCCR:** Antes disso, tinha trabalhado na Panair do Brasil [companhia aérea], no controle de voo.

**MKlang:** Saudosa Panair.

**JCCR:** Pois é. Passei lá cerca de um ano, depois saí, fui estudar etc. Acabei estudando Direito. Quando apareceu o concurso para o Ministério Público, estava numa época em que eu advogava, pegava tudo que era miudeza que sobrava dos grandes escritórios. Aí resolvi fazer o concurso de 1966 [Estado da Guanabara]. Estou desde aquela época no Ministério Público. Inicialmente como Defensor Público, atuei por cerca de dois ou três anos. Foi uma escola muito boa, até que passei a Promotor. Eu fazia júri com bons promotores, excelentes. Tínhamos naquela época o Carlão.

**MKlang:** Carlão é o Carlos Alberto Torres de Melo?

**JCCR:** É. Exatamente. Excelente Promotor.

**MKlang:** Nader Couri Raad.

**JCCR:** Fui pegando o jeito de cada um acusar, vendo quando acusavam assim ou quando acusavam assado. Nas negativas de autoria, nos processos em que havia autor conhecido, se poderia ser uma legítima defesa. Fui me moldando na Defensoria Pública, fiz dezenas de júris.

**MKlang:** Como Defensor?

**JCCR:** Isso. Depois passei para o outro lado, a outra trincheira. Fiz 450 júris como Promotor.

**MKlang:** E qual das duas trincheiras você achou mais confortável, a de Promotor ou a de Defensor?

**JCCR:** De Promotor. Como Promotor você pega o processo no início, você sente o processo. Se é um processo em que o réu realmente teve uma responsabilidade muito grande pelo crime, você acusa. Até quando você tem certeza de que ele fez, mas o processo está malfeito, você acusa para dar a pena do processo. Como Defensor Público, muitas vezes, tinha que me deparar com processos horrorosos, em que lá no íntimo achava que o réu tinha que ser condenado, mas tinha o dever de defender o Direito. De maneira que foi muito boa essa minha passagem pela Defensoria, porque fui pegando certos cacoetes de alguns Promotores.

**MKlang:** Por exemplo?

**JCCR:** Não assisti à Telma como Defensor Público, mas sempre admirei a sua acusação. Ela era brilhante.

#### **BLOCO 08 – Caso com maior repercussão – IV**

**MKlang:** Qual foi o caso de maior repercussão, mais trabalhoso, mais complexo, mais difícil, que você teve na atuação como Promotor do Júri?

**JCCR:** Evidentemente aquele “caso Cláudia”.

**MKlang:** Cláudia Lessin Rodrigues?

**JCCR:** O julgamento levou cinco dias. Esse caso teve uma circunstância interessante que deve ser contada. Até então, o processo estava correndo, tudo levava a crer que não se chegaria à autoria. Recebi um telefonema, em uma sexta-feira, de um jornalista dizendo o seguinte: “Procure o médico.” Como é mesmo o nome dele?

**MKlang:** Bom, tudo bem.

**JCCR:** São tantos anos de vida que a memória foi embora. “Procure porque ele fez o exame e sabe perfeitamente o que aconteceu naquela tarde.” Saí naquela mesma sexta-feira e fui para a Delegacia de Homicídios conversar com o escrivão, que estava tocando o inquérito. Pedi a ele que chamasse inicialmente esse médico. Assim abriu aquela coisa toda que se tornou o processo. Foi um processo muito complicado, muito cheio de influência.

**MKlang:** Se não me engano ela foi morta em uma garagem, não foi, Zé Carlos?



**JCCR:** Não. Não foi morta na garagem. Foi no apartamento do réu principal, aquele que foi para Suíça, o suíço. Estou tão esquecido das coisas. O processo aconteceu há 42 anos. Arrolei nesse processo quatro testemunhas, apenas porque sabia que seria um processo complicado, e desisti de duas, porque queria fazer um processo fino, com pouca história. Nesse processo, por circunstâncias alheias à minha vontade, ouviram 62 testemunhas.

**MKlang:** Meu Deus do céu, ninguém aguenta.

**JCCR:** O processo virou um monstro, tinha história para todo lado, o que foi um prêmio muito grande para a defesa. Foi um processo muito grande, o julgamento levou cinco dias. Também fiquei como Telma, fui em casa somente para tomar um banho e voltar. O resultado do processo não foi bom, não poderia ser porque estava todo modificado.

**MKlang:** É, eu me lembro. Teve até, se não me engano, um programa especial da Globo [Programa “Linha Direta”] sobre ele.

**JCCR:** Para você ter uma ideia, vocês já ouviram falar em juiz afastar um Promotor da acusação porque ele estava perseguindo o réu?! Eu fui afastado. Tive que entrar com uma representação contra o juiz e voltei umas três semanas depois. Tive todo o apoio da Procuradoria-Geral de Justiça.

### **BLOCO 09 – Tribunal do Júri: a vitrine do Ministério Público?**

**MKlang:** Entre 1960 e 1980, a imprensa, a mídia, noticiava os julgamentos que ocorriam no Tribunal do Júri, especialmente crimes contra a honra e crimes contra a vida. Crime contra honra quer dizer onde se havia a invocação da legítima defesa da honra.

Pergunto o seguinte: por que o Tribunal do Júri perdeu esse destaque na instituição? Não que ele não tenha mais destaque, mas ele não tem mais “O” destaque na instituição. Será que mudou o júri, mudou a instituição ou mudaram as duas coisas? Porque, antigamente, as pessoas acompanhavam o júri como uma novela. Sei por que me lembro, eu acompanhava. Quem quer responder? Ou os quatros respondam.

**TMD:** Posso dizer o seguinte, na minha visão, o que mudou, na verdade, foi a sociedade. Antigamente, na época em que nós passamos pelo júri, os processos que iam para o júri envolviam pessoas que a gente chamaria de comuns. Pessoas da classe média, pessoas até de classe alta. Eram crimes de paixão, de vingança, crimes “de amor”, crimes que moviam o interesse da sociedade. Hoje, não. Hoje, os homicídios são praticados por bandidos contra bandidos, então, não tem mais significado social. O que se perdeu nesse caminho não foi o interesse da sociedade e muito menos o interesse da mídia, que sempre deu uma cobertura muito ampla e muito importante.

**MKlang:** Giuseppe falou da tribuna da imprensa, que foi interessante.

**TMD:** Aquele caso que mencionei como tendo sido muito trabalhoso, mobilizou a sociedade de uma tal maneira. Foi um crime praticado por dois réus, contra os

homens do passado da vítima. Era um crime de vingança, ele queria lavar com sangue a memória dela. Ele queria eliminar os homens que passaram pela vida dela. Era uma coisa pavorosa! Dava medo mesmo, despertava muito interesse na sociedade como se fosse uma grande novela, um grande romance, uma grande tragédia, um grande problema. Hoje, você não vê homicídios dessa natureza. O crime mudou a sua natureza e mudaram os envolvidos. Hoje, os personagens dos crimes de homicídios são outros.

**MKlang:** Com honrosas exceções, não é? Nós temos agora o caso do Henry Borel, aquele menino que...

**TMD:** Aí é um caso isolado, é um caso pontual, porque o dia a dia é resolvido no tribunal do morro, não é mais resolvido no júri.

**MKlang:** É verdade.

**TMD:** E esse é um tribunal que não tem repercussão. Quando há repercussão, é a pior possível. Então, a mídia não cobre, nem a sociedade quer ver isso mais. Isso é o que aconteceu, na minha visão.

**MKlang:** Entendi. Vocês concordam? Ana Maria, Giuseppe, José Carlos.

**GÍBV:** Concordo. Sem dúvida, a sociedade mudou e mudou sob vários aspectos. Inclusive, os interesses são outros, fatos que não eram de grande interesse social, hoje se tornaram. E com isso houve uma espécie de esvaziamento do Tribunal do Júri. Eu concordo com a Telma.

**AMGB:** Respeito todas as opiniões e vou ser até muito criticada pelo que vou falar. Mas é a minha opinião. Eu acho que o que mudou muito é a tecnologia. Antigamente, havia mais sensibilidade e mais humanidade. Hoje, a tecnologia, embora tenha avançado muito... O júri para mim nunca foi palco de um teatro, nunca achei isso. O júri era um jogo de emoções. A tecnologia adiantou muito a vida, mas, eu por exemplo, nunca consegui fazer um júri essencialmente técnico, embora eu tivesse técnica. Eu fazia a parte sensível. Acho que a família da vítima, principalmente, merecia isso. Hoje, para falar pessoalmente com o Juiz ou o Promotor, você tem uma séria dificuldade. Acho que a tecnologia desumanizou um pouco, na minha opinião. Posso estar errada, mas, para mim, a Justiça, na época em que fui Promotora, era uma árvore forte. Era uma árvore que tinha vários ramos, alguns ramos chamavam-se defesa, alguns ramos chamavam-se acusação. E tinha que ter sensibilidade, estudar o júri sob ângulo da defesa da lei, sob o ângulo de cada um. E quando acusasse, acusasse para valer mesmo. E ali era mais fácil, porque eram sete juízes. Sempre fui a favor da democracia popular. Tinha o juiz togado e tinham os leigos. Os leigos que podiam escolher. Uma árvore não pode escolher os pássaros que vão pousar nela, mas eram os sete pássaros que podiam escolher os ramos da árvore.

**MKlang:** Deixe-me fazer uma observação, Ana Maria. O juiz togado, na realidade, fazia um papel. Fazia papel do regente da orquestra, nada além disso, não tocava nenhum instrumento. Quem julgava, quem fazia tudo eram os juízes leigos (os jurados), o promotor e o advogado. O juiz ficava sentado assistindo.

**TMD:** Assistindo e mandando bilheteinho.

**AMGB:** Sete juízes [leigos]. Eu sempre fui a favor do júri popular, falava sempre para eles: “Escolham os ramos da árvore que vocês querem, mas escolham conscientes.” Porque ou faço uma acusação consciente ou então não faço. Acho que foi tudo meio que desmontado. Sei lá. O crime passional, por exemplo. Não existia o feminicídio. Gente, cada coisa que acontece! Acho que vocês me entendem. Existia lá o rapaz chorando, abraçado na nova mulher, falando que amava aquela que ele matou. Eu achava isso uma verdadeira afronta. Tive uma vez um advogado famoso, que foi meu assistente de acusação, enquanto eu falava, ele, covarde, respondia assim: “É, não devia, mas fez porque amava.” Eu tive que lutar contra assédio, com o assistente, palavra de honra. Vocês não me queiram mal pelo que estou falando. Hoje, acho tudo muito técnico. Falar de uso de prisão é um problema, falar com Promotor é um problema. Não sei se é porque trabalhei com Paulo Ventura, Denise Frossard. Não aceito hoje o modo como estão sendo feitas as coisas pela Justiça. Continua sendo feita em todas as instâncias, mas eu, como júri, não aceito.

**MKlang:** José Carlos, o que você acha?

**JCCR:** Concordo em gênero, número e grau com Telma, mas acrescento mais uma coisa. Apareceu ultimamente uma vitrine nova, um foco para ser iluminado quase que diariamente, que é o Supremo Tribunal Federal, não é? No meu tempo eram Hahneemann Guimarães, Nelson Hungria, [ex-Ministros do STF], pessoas altamente capacitadas. O júri, evidentemente, ainda existe, vai continuar existindo, acho eu, mas deixou de ser a grande notícia, o foco da imprensa.

**MKlang:** Hoje em dia, todo mundo sabe os nomes dos Ministros do Supremo, ninguém conhecia os Ministros do Supremo a um tempo atrás.

**JCCR:** O foco da imprensa é o que pensa A, o que pensa B, o que pensa C, o que fez A, o que fez B. Estava certo ou não estava certo, contraria a Constituição que eles têm obrigação de defender. Onde é, portanto, o grande lugar para ser explorado pela imprensa? É o Tribunal do Júri? Não, é o Supremo Tribunal Federal. Acho o que a Telma disse muito correto, mas para efeito jornalístico, o que interessa saber é o que pensa A, o que pensa B, o que disse o Ministro tal, o que fez o Ministro tal, e por aí vai.

## **BLOCO 10 – Libelo Crime Acusatório**

**MKlang:** Quando eu fazia júri, em 1822.

**TMD:** Na ocasião, o júri era de imprensa.

**MKlang:** Existia uma coisa chamada libelo crime acusatório. Nós tínhamos que levantar e ler aqueles dizeres, escritos no século XVII ou XVIII: “O libelo crime acusatório, diz a justiça pública”. Bom, aparentemente tem um pouco de cheiro de naftalina. Porém, eu sempre gostei de ler, porque: primeiro, aquilo implantava um tom de solenidade. O júri tem um pouco de solenidade e tem que ter, na minha modesta opinião. Em segundo lugar, aquilo organizava as nossas ideias. Pelo menos as minhas. Tinha a sentença de pronúncia e depois o Promotor, em plenário, ressuscitava as palavras da denúncia e da pronúncia e trazia, ao vivo e em cores, o que estava acontecendo,

o motivo de todos estarem ali presentes. Isso foi suprimido. Vocês concordam com essa supressão do libelo crime acusatório? Vocês acham que era uma mera burocracia ou acham que era uma forma, inclusive, de organizar a situação?

**GÍBV:** Era o balizamento da acusação. O Promotor, ao ler o libelo, estava dizendo a razão da acusação que ele iria produzir.

**MKlang:** Por causa disso, disso, disso. João matou Maria e aconteceu assim, assado. Ele dava uma descrição.

**JCCR:** E, de certa forma, até facilitava o juiz na hora de formular os quesitos.

**AMGB:** Acho que dava mais condições, segurança para os jurados, porque eles tomavam conhecimento do cerne da questão. Quando estava ali, eles já sabiam o crime todo resumido.

**MKlang:** Era uma sinopse. O libelo é uma sinopse, um resumo. Acabou. A Lei nº 11.689, de 2008, suprimiu.

**AMGB:** Uma outra coisa que não tem nada a ver com júri, mas tem a ver com a Justiça. O caso de uma mulher que foi ao supermercado e furtou um pão com manteiga para o filho, foi parar no Supremo Tribunal Federal. Lá, ela foi condenada. Isso é uma vergonha. Quem faz isto aí? “Mas não tem a ver com o júri”. Tem, porque daí pode sair um assassino. Ainda acho que as pessoas tinham que se humanizar mais. Eu sou retrógrada. Ainda acredito na vida, acredito em tudo. Mesmo com toda idade que eu tenho, acredito nos sentimentos. Acho que a Justiça não pode delegar. O libelo é uma forma de os jurados saberem o que está acontecendo.

**MKlang:** Eu também acho.

**TMD:** A retirada do libelo não fez diferença nenhuma no processo, mas fez muita diferença para o trabalho dos protagonistas. Por quê? Porque o libelo faz aquela peça americana, do julgamento americano. Tanto a acusação quanto a defesa, quando iniciam seu trabalho, eles fazem um resumo tipo o libelo: “Vou provar que fulano de tal, no dia tal, às tantas horas fez isso assim”. Esse é o sistema americano. O libelo facilitava, como disse Vitagliano, o trabalho da quesitação para o processo. Era o resumo da denúncia, era o resumo da pronúncia. A retirada dele não fez nem bem para defesa nem bem para acusação. Não alterou nada. Mesmo pretendendo dar celeridade.

**MKlang:** Sim. A ideia teria sido essa.

**TMD:** Dar celeridade ao julgamento, não deu. O Ministério Público perde mais tempo ainda em substituir o libelo por...

**MKlang:** Alguma coisa que é um libelo sem o nome de libelo.

**TMD:** Sim. É a explicação que ele dá para um resumo, uma síntese, uma sinopse do processo.

**GÍBV:** No libelo, o Promotor tem oportunidade de dizer qual a prova que ele pretende produzir. Inclusive, requer a prova: “Que seja ouvido o perito criminal, que

seja requisitado isso e aquilo outro.” Mesmo sem o libelo, para que ele possa produzir essa prova, ele terá que requerer, então acontece, quase sempre, a mesma coisa.

**MKlang:** Querendo usar uma síntese, pareceu uma operação plástica malfeita. Quis agilizar e só fez atrapalhar.

### **BLOCO 11 – Protesto por novo Júri**

**MKlang:** Outra característica do júri que foi suprimida foi o protesto por um novo júri, este recurso não existe mais. O que vocês acham dessa supressão?

**TMD:** Eu acho que, como sempre, o legislador errou. O que acontecia na época do protesto do novo júri? Dava-se à defesa, sempre e exclusivamente à defesa, a oportunidade do protesto por novo júri nos processos com punição superior a 20 anos. Então, a defesa tinha esse recurso e usava, às vezes, indevidamente, e às vezes, produtivamente, com sucesso, porque erros acontecem. O problema do protesto por novo júri era justamente a limitação de 20 anos, o que obrigava o Juiz de Direito, muitas vezes, a praticamente negociar a pena abaixo de 20 anos para evitar o protesto. Então, eram penas muito baixas, que não condiziam com a gravidade.

**MKlang:** Não havia uma proporcionalidade?

**TMD:** Exatamente. Isso era o grande problema da apenação. A apenação que se fazia era insuficiente, desequilibrada, sem corresponder com a gravidade do crime e da condenação. Tudo isso para se fugir do protesto por novo júri. Eu acredito no protesto por novo júri, sabe por quê? Depois que fui para magistratura, já na Seção Criminal, tive oportunidade de julgar processos de revisão criminal julgados com sérios erros, não de avaliação de prova, erros processuais. Então, essa era uma chance a mais que a defesa podia usar, evitando até uma revisão criminal futura.

**MKlang:** Para evitar chegar aos 20 anos. Você concorda com isso, Giuseppe?

**GÍBV:** Tenho minhas dúvidas. O protesto por novo júri era para aquele que fosse condenado por 20 anos ou mais. E, quase sempre, quase todos os juízes, quando tinham que dar 20 anos, davam 19, impedindo o protesto por novo júri. Por que o réu que mereceu uma pena de um ano a mais do que o outro teve mais essa oportunidade? Sempre tive dúvida. Era preferível ele ser condenado a uma pena maior, para que pudesse ter seu julgamento revisto. E aquele condenado injustamente a 15 anos? Para isso tem revisão criminal, entendeu? Todos os casos admitem revisão criminal. O reexame da prova, da certeza da prática criminosa ou da existência de agravante para uma condenação maior ou menor, deve ser visto na revisão. Ainda tenho minhas dúvidas. O que me balou um pouco foram os argumentos da Dra. Telma, poderosos e convincentes. Por isso ela foi uma grande Promotora do Júri.

## BLOCO 12 – Simplificando o Tribunal do Júri

**MKlang:** Para terminar esse módulo, é o seguinte. É uma pergunta minha provocadora, não me olhem com cara feia. Há quem diga que o Tribunal do Júri é um teatro. Há quem diga que o Tribunal do Júri é uma arena. O que vocês acham disso?

**TMD:** É que a cara é feia mesmo. O Tribunal do Júri nunca foi um teatro, também não é uma arena. Acho que é um palco onde se encontram confrontos, onde se dão confrontos, onde ocorrem confrontos. Confrontos de um lado pela defesa, usando seus instrumentos, suas capacidades, suas qualidades. De outro, a acusação, na sublime função de defesa da sociedade. Nesse confronto, as armas usadas são essas. Você usa o Tribunal do Júri para o exercício da sua inteligência ou para a realização de uma função nobilíssima, que é a entrega da Justiça. Você quer ver a Justiça ser entregue. É para isso que você, Promotor Público, está exercendo a gravíssima e nobilíssima função de representar o Ministério Público. Então, se precisar brigar, brigue. Se precisar usar de instrumentos intelectuais ou de erudição, use. Se precisar chorar, chore. Se precisar sangrar, sangre. Você tem do outro lado, não um inimigo, mas um adversário que quer o contrário de você. Então você usa as suas armas porque ele vai usar as dele.

Uma coisa fantástica no júri é o aparte. Eu pedi ao Zé Carlos há pouco, e ele generosamente me concedeu. O aparte é um momento extraordinário para o Ministério Público, é muito bom e bem aproveitado por todos. Eu conheço casos, histórias fantásticas. Eu nunca, Márcio, assisti a um júri. Fiz todos os meus júris na base da intuição, daquilo que sentia que precisava fazer. Não tive um modelo de júri. Sei que sempre fui um modelo para muita gente, eu sei disso. Mas eu não tive um modelo. Entrei virgem e saí virgem, porque também não alterei o meu estilo. O júri, você vai chamar de teatro? Por que teatro? Ninguém ali está representando personagens, você é o personagem.

**MKlang:** Vossa Excelência me conceda um aparte?

**TMD:** Claro.

**MKlang:** Tem um caso, uma história que virou lenda, que dizia que em um determinado júri o advogado do réu era o Alfredo Tranjan. Ele estava na bancada da defesa e pegou um daqueles códigos que era o *Vade Mecum*, grandes assim. Pegou e jogou no chão do Tribunal, que era de *parquet*. Fez aquele barulho. O juiz olhou aquilo e pensou: “Bom, o Tranjan está lá atrapalhado”. Tranjan pegou o *Vade Mecum* e colocou novamente na mesa. Dali a dois minutos, pegou e “Bum!” no chão. O Juiz se irritou, que era o objetivo do Tranjan e disse assim: “Dr. Tranjan, o senhor está fazendo uma coisa indevida e está irritando a mim e a todos. Por que o senhor está jogando o Código no chão, fazendo esse barulho irritante?”

Ele disse assim: “Ah! Vossa Excelência ficou nervoso por causa do barulho? Agora imagina meu cliente que, todos os dias, durante anos passava na porta da casa da vítima e ela dizia assim: ‘Lá vai o careca gordo e barrigudo trabalhar. Chifruído.’ Durante cinco anos ele ouviu isso, um belo dia ele deu um tiro. Se Vossa Excelência

ficou irritado com duas vezes que joguei o meu Código no chão, imagina o réu.” Isso não é um teatro?

**TMD:** Não acho que isso tenha sido um teatro. O Tranjan usava esse tipo de recurso, vamos dizer, até grosseiro. Ele era esse tipo de profissional. A gente espera que o profissional seja mais escrupuloso, seja mais intelectual, esteja mais dono do processo e não recorra a esse tipo de pegadinha, esse tipo de coisa que é pouco civilizado em relação ao Juiz de Direito que está ali e em relação à acusação, à plateia e aos jurados. Isso não é o comum, não é o padrão, não é o que ocorre rotineiramente no Tribunal do Júri.

**JCCR:** Quando fui Defensor Público, escolhia um número maior de estudantes que iam lá para aprender no júri. Então, eu escolhia dois estudantes por algarismo. Apareceu uma moça que estudava teatro, eu dei a ela uma oportunidade de fazer um aparte do processo e ela se colocou como uma atriz, depois veio me perguntar o que eu tinha achado. Eu disse exatamente isso: “O que você tem de saber fazer no júri não é teatro, o que você tem que procurar fazer e aprender é a exposição do fato. Evidentemente você vai apertar em cima daquilo que lhe é favorável, vai passar por cima de outros que não te dizem respeito.”

Muitas vezes, precisa fazer uma acusação de meia hora para saber qual é a defesa que vai ser feita. Essa história que você contou foi feita inicialmente pelo pai do Evaristinho, Evaristo de Moraes. O Evaristo [de Moraes Filho] foi meu colega de faculdade. Evaristo tinha uma família tradicional no Direito, o irmão era advogado trabalhista, ele era penal. O pai dele tinha uma estátua em frente àquela parte de cinemas na Avenida Rio Branco. Então, essa moça quando foi fazer a apresentação dela como Defensora Pública, estagiária. De sorte que, aquele que pensa que o júri é um teatro está redondamente enganado. Ali, você tem um sujeito que conhece bem o processo, que é o seu adversário, que é culto e conhece o Direito Penal e vai usar todas as artimanhas que você pode usar no júri e você também vai fazer a mesma coisa. Agora, se você for lá para se exhibir, fazer gestos não dá.

**MKlang:** Você está me fazendo lembrar do meu primeiro Júri, em Cambuci, *sul la mer*, lá no Norte Fluminense. Era o meu primeiro júri, o primeiro júri do juiz e também do advogado. Nós três não sabíamos nada! Eu nunca tinha feito um Tribunal do Júri. O único que entendia ali era o escrivão, seu Humberto. Então era assim: o Juiz fazia uma coisa, dizia assim: “Márcio está certo?” Eu dizia: “Não sei. Pergunta a seu Humberto.” “Seu Humberto, está certo?”. Eu nunca tinha feito aquilo. O advogado, tadinho, tremia feito vara verde e eu também. Fui pegar o processo e ele ficava assim na minha mão [balançando, gestual], porque eu não sabia o que fazer, não tive preparação nisso, fui jogado aos leões. Lembro-me que o advogado tremia, eu também tremia, o juiz tremia, todo mundo tremia.

Ana Maria, o que você queria perguntar, por gentileza?

**AMGB:** Eu acho que cada um tem um modo de fazer um júri, mas a técnica é imprescindível. Eu não chamo o júri de teatro, eu chamo o júri de emoção, e ninguém

pode ser um Promotor do Júri se não tiver a emoção à flor da pele, tem que ter. Complementando mais ou menos o que aconteceu com você, o meu primeiro júri foi pior, porque tenho a lembrança dele até hoje aqui no meu dedo, que é torto. Eu nunca tinha feito júri na minha vida.

**MKlang:** Eu também não.

**AMGB:** Foi em Engenheiro Paulo de Frontin. Eu saí machucada. O Juiz na época, Dr. Eduardo, virou para o advogado, que era um grande defensor no Estado do Rio, mas não vou falar o nome. Era o centésimo júri dele, era o primeiro júri meu. O Juiz virou para ele e disse: “Não aparteia muito não, porque ela nunca fez júri. Maneira um pouquinho”. Ele disse: “Tá bom”. Ele não maneirou nada. Daqui a pouco. Era um júri improvisado, todo mundo naquelas cadeiras, os dois únicos médicos da cidade sorteados para a função. Dali a pouco veio o advogado. Eu nunca levei tanto susto na minha vida, eu não sabia que era assim, ele fez uma arena.

Ele pegou a mão, eu nunca vou esquecer isso na minha vida: “Este é meu centésimo júri!”, e eu: “Este é o meu primeiro júri”. Ele bateu a mão na mesa com tal violência que os papéis todos voaram para o alto. Eu parei [e pensei]: “Meu Deus, [júri] é isso aí? Eu não sei fazer, eu não posso fazer isso”. Todo mundo ficou meio assim. Eu [pensei]: “Tenho que fazer alguma coisa”. [Então disse]: “Senhores jurados, eu não vim preparada para isso, eu nunca fiz júri, não sabia que era isso. Eu achei que júri fosse uma questão intelectual ou uma função funcional. Mas já que o negócio é esse”. Eu peguei a minha mão, nunca vou esquecer disso, fiquei com dedo torto até hoje, meti com a mão e [disse]: “Agora podemos continuar com a cabeça?”. Eu quebrei meu dedo no meu primeiro júri. Engessaram errado e até hoje ele é torto!

**MKlang:** Você deu uma pancada na mesa?

**AMGB:** Ué, ele deu. Eu não sabia o que fazer. [Pensei]: “Mas júri é isso?”. Aí eu dei, [depois]: “Desculpe-me, Dr. Juiz, estou aqui arrasada, mas tenho que fazer isso. Pensei que viesse aqui para falar, conversar”. Eu bati com tanta violência que até o médico teve que vir me atender. Eu quebrei o dedo, meu dedo é torto, lembrança do meu primeiro júri em Engenheiro Paulo de Frontin.

### **BLOCO 13 – Perguntas – I**

**MKlang:** Alguma pergunta?

**Nataraj:** Pamela acabou de levantar a mão, pode abrir a câmera [na sala virtual do Microsoft Teams] e fazer a sua pergunta.

**MKlang:** Por gentileza, agora eu vi.

**Pamela:** Bom dia a todos. A minha câmera está com problema, então vou ficar só no microfone. Mas a minha pergunta seria para todos os senhores. Vocês acham que esse avanço na tecnologia, porque agora a gente tem muito mais acesso a informações com o Google e tudo mais, mas ao mesmo tempo parece que a sociedade ficou estagnada. Vocês acham que: “Ah, já que tenho acesso, precisando eu vou lá



e busco” e a pessoa acaba por não se especializar no assunto, estudar, aprofundar e até descobrir quais são os direitos que ela tem e o seu papel na sociedade? Vocês concordam com isso ou acham que a internet facilitou tudo?

**TMD:** A pergunta é inteligente, porque, ao mesmo tempo que a gente reconhece a importância da tecnologia e a necessidade de acompanhar essa modernidade implacável, sem a qual não podemos viver hoje em dia, ao mesmo tempo em que isso é uma realidade irrefutável, irremediável, leva a gente a pensar em outra coisa. Hoje, não se vê mais profissionais debruçados nos processos nem nos livros. Os livros não são mais abertos, não são mais rabiscados, como na minha época. Não se marca mais processos com papelzinho: “Aqui   interrogatório, aqui   a testemunha tal”.

Eu não vejo mais profissionais fazerem isso, é tudo na internet. É tudo “copia ali, cola aqui”. É uma pobreza intelectual. É o que está acontecendo. É uma enfermidade do século que não tem cura, porque a tecnologia não vai voltar para tr s, não vai retroceder. Mas o ser humano devia dedicar um pouco do seu tempo para estudar, ler, para continuar humano, senão vai virar parte da máquina. É isto que eu penso.

**AMGB:** Eu penso exatamente assim, foi isso que eu falei desde o começo dessa tecnologia que   necessária e vai ser sempre, mas a pessoa não pode perder a sensibilidade individual.

**MKlang:** Eu ousou me intrometer na conversa para dizer o seguinte: Hoje em dia, existe a cultura do Google, o “Dr. Google”. Como se dizia antigamente, ele escuta o galo cantar, mas ele não sabe cantar nem sabe definir o canto do galo. Ele sabe que o galo cantou.

**TMD:** Ele nem sabe bem se   realmente o galo.

**MKlang:** Ele sabe que é um animal que está cantando.   uma coisa assim muito superficial. E essa cultura superficial, ela é extremamente perigosa. Porque ela pode induzir, inclusive, a erros gravíssimos. A pessoa passa a ser especialista em generalidades e ela não sabe direito coisa nenhuma. Ela sabe s  “Ah, já escutei falar o que   ‘anaptixe’.   uma figura de linguagem ou   um fenômeno linguístico”. Nada além disso. Agora: “O que   ‘anaptixe’? Não sei.”

**TMD:** Quando, na magistratura, começou a ser usado o computador nas sessões, a internet... Eu tinha dificuldade, porque eu tinha um hábito: gostava de ler o processo, pegar materialmente, folhear, rever, comparar, e isso não era possível. Então, no  rg o Especial, eu, Desembargadora do órgão, atrasava a sessão porque dizia: “Eu quero a cópia desse processo, porque eu não sei julgar aqui nessa internet.” “Mas, doutora, isso facilita muito.” Eu digo: “Facilita para você, eu quero ler o processo.” “A senhora pode ler aí na internet.”

**MKlang:** Nós somos migrantes, nós imigramos do analógico para o virtual.

**TMD:** Claro. E essa migra o é muito difícil, muito complicada. Eu não consegui isso no  rg o Especial do Tribunal de Justiça, eu tinha que ter o processo físico, o papel.

**MKlang:** O papel.

**JCCR:** Eu tenho um neto que está estudando para concurso, Pedro, filho do Gilberto. Ofereci a ele meus livros, porque eu não estou mais advogando. Ele disse o seguinte: “Não precisa me oferecer os livros, porque eu estou estudando pela internet”, pelo Google, essas coisas todas. Eu disse: “Pedro, eu não posso imaginar isso”. Lembro-me que quando eu fiz concurso para o Ministério Público, eu estudei 52 livros.

**MKlang:** Sim.

**JCCR:** Marcando tudo que era de interesse nos livros etc.

**MKlang:** Você carregava uma biblioteca, não é?

**JCCR:** Eu estudei 52 livros, e não entendia como ele, se preparando para fazer concurso, estudando diariamente cinco horas, pois ele estuda todos os dias cinco horas, ele não usa livros. Os livros que ele tem são poucos, no máximo os Códigos. Eu disse a ele o que eu acho: “É um absurdo, Pedro!”. Você tem que pegar os livros, tem que ver como fulano pensa, como ciclano pensa, a corrente para onde ir. Porque é sobre isso que vão fazer perguntas no seu concurso.” Mas ele não estuda em livros e eu não consigo colocar na cabeça dele que ele tem que ter livros. Ele está se preparando, não entrou para nada ainda.

**TMD:** Ô, Zé, eu participei de seis bancas examinadoras de Direito Penal para ingresso para o Ministério Público. Se eu estivesse participando ainda, certamente seu neto não iria passar não. Lamento falar isso.

**JCCR:** Mas é isso mesmo. Não há como dizer que ele está certo, a meu ver. Eu sei lá, a vida evolui tanto que o certo hoje é outra coisa. Quem poderia imaginar que Hahnemann Guimarães, Nelson Hungria, aquela gente toda aceitaria um Supremo desse jeito? Mudou.

**AMGB:** Márcio, deixa eu falar uma coisa...

**Nataraj:** Temos uma última pergunta.

**MKlang:** Diga, Ana Maria. Ana Maria quer fazer um comentário.

**AMGB:** Eu concordo com tudo isso. Antigamente, a pessoa lendo cada processo que a gente lia, Telma, Zé Carlos, Giuseppe. A gente fazia aqueles resumos, hoje, isso não é possível, isso é óbvio, a gente tem que atualizar. Só que tem uma coisa, antigamente, o promotor e o juiz tinham mais cuidado, hoje, delegam muita coisa para os assistentes. Já vi assinarem coisas que eles nem leem, assinam sem ler, a verdade é essa. Então, eu acho que se tem tantos assistentes, tantas máquinas à disposição, às vezes, os erros ocorrem mais. Quer dizer, a tecnologia avançou.

**JCCR:** Ana Maria, lhe pergunto o seguinte, você como Promotora, já conversou com algum juiz que trabalhou na mesma vara a respeito desse ou daquele processo? Eu confesso que conversei.

**AMGB:** Já!?

**JCCR:** Pois é, isso hoje é pecado, anularam o processo do Lula [Luiz Inácio Lula da Silva] porque o Juiz tinha conversado com o Promotor.

**MKlang:** Sim. O juiz não pode mais conversar com Promotor, têm que ser “múmias paralíticas” todos dois.

**AMGB:** Às vezes, você pega processos de amigos para dar opiniões, qualquer coisa. Eu vejo coisas absurdas, mas quem fez não foi o promotor nem o juiz, é porque eles não leram para assinar. Isso não acontecia. É lógico que a tecnologia vai existir, mas tem que ter cuidado.

## **BLOCO 14 – Perguntas – II**

**Nataraj:** Pergunta da Andressa Frossard: “Qual o conselho que as senhoras e os senhores dariam para os estudantes que estão começando agora?”

**TMD:** Que estude muito, seja culto. Além da cultura jurídica, que procure na literatura se enriquecer de tudo que puder colocar na sua bagagem de conhecimentos gerais e que tenha coragem e amor pelo que faz, tenha sensibilidade. Enfim, que se entregue ao Tribunal do Júri, esse é o meu conselho.

**AMGB:** Uma coisa extremamente importante também, complementando, é que, independentemente de qualquer coisa, qualquer vara: família, menores, interdição, cível, criminal, todas são vitrines do Ministério Público. Não entendo o júri como única vitrine, todas são, desde que se aja com cautela, decência e com imparcialidade. Eu acho que a pessoa pode ter um bom orgulho, a boa vaidade, que não prejudica ninguém se tiver exercido bem suas funções. Mas jamais ter um orgulho nefasto para usar das suas prerrogativas, jamais ter vaidade nefasta, jamais prejudicar os outros, nem na era tecnológica nem em era nenhuma. Essa é minha opinião.

**JCCR:** Um conselho: ler. Não somente livros de Direito, mas ler. Estou sempre lendo, leio dois livros, um em português e outro em inglês. Você tem que pegar a ideia, pegar experiências, ver como fulano fez isso. E no júri, tem que ter calma. Se você entra nervoso. Vocês sabem perfeitamente quantos colegas nossos, altamente capazes, não puderam se dar bem no júri, porque perdiam a calma, perdiam a argumentação. Então, tem que ter uma série de qualidades que não são qualidades que ele tem porque leu, porque tem cultura jurídica ou cultura [geral]. Tem que saber organizar a fala, saber como vai apresentar o problema e tem que ter calma, se chegar lá nervoso, não diz nada.

**GÍBV:** Eu concordo com todos. Quem quiser ser advogado e, sobretudo, advogado criminal, tem que estudar muito. Mas estudar nos livros, procurar bons autores, não é no computador, em duas ou três palavras, que ele vai resolver um problema ou vai adquirir sensibilidade para resolver um problema jurídico. Então, é preciso verificar, ler os clássicos, procurar conhecer sobre a vida de um modo geral, de forma profunda, não perfunctória, como se encontra a qualquer momento na definição de qualquer situação jurídica em cinco, dez minutos. Eu lembro que, antigamente, quando surgia um problema jurídico, nós tínhamos que, muitas vezes, descer toda a biblioteca para encontrar a solução. Hoje, não, hoje em cinco minutos.

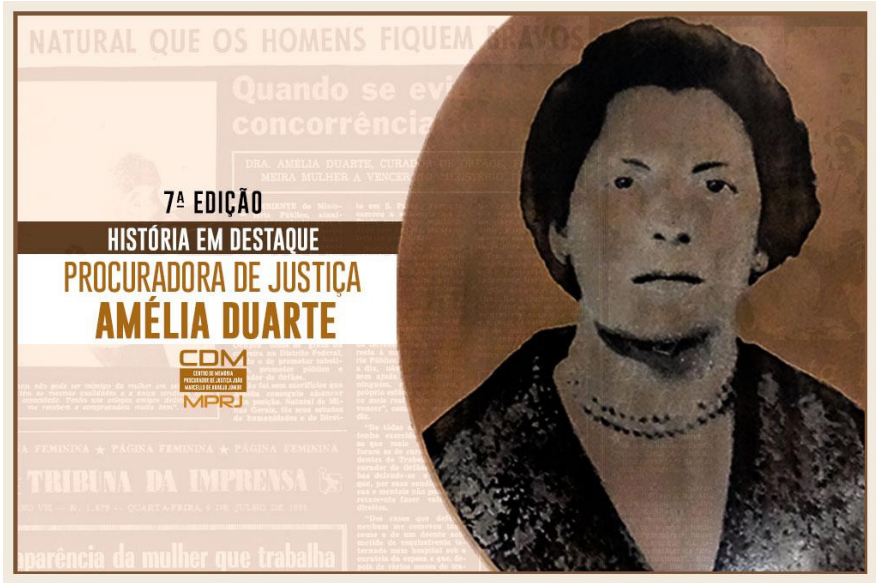
Eu também tenho um neto que estuda Direito, estuda na PUC, e resolve tudo no computador, as aulas são rápidas. Sempre digo: “Você precisa estudar, precisa estudar os clássicos, sobretudo, para pegar maior sensibilidade da vida”. E o Direito Penal exige muita sensibilidade de todos os atores que funcionam no julgamento: o juiz, o promotor, o advogado, então isso é indispensável, a cultura é indispensável. E nós estamos nos distanciando da cultura, do conhecimento profundo das ciências, das disciplinas, estamos cada vez mais buscando facilidades. Tudo é resolvido em poucos segundos. Lembro que quando advogava, chegava uma causa, um problema novo, nós tínhamos que procurar, pesquisar, muitas vezes por horas, dias. Hoje, em cinco segundos, é feita a pergunta ao computador e ele responde. O conselho que dou é estudar nos clássicos, nas obras que se aprofundam mais nas matérias de Direito.

**MKlang:** Vou ilustrar isso que você está falando. É um fato que aconteceu, não sei se em uma prova do ENEM ou em um vestibular unificado. A pergunta era a seguinte: “Qual a importância do Paraíba para a economia brasileira?” A resposta de 80% dos candidatos foi: “Ah, os paraibas vieram lá do Nordeste e contribuíram muito na construção civil.” O examinador, tenho a impressão de que ficou assim: “Meu Deus do céu, o que eu fui perguntar?!”

**TMD:** Aterrorizado.

**MKlang:** Paraíba para eles era o “paraíba da obra”, não o Rio Paraíba. Isso é cultura de internet. Parece piada, mas é verdade. Isso é cultura de Google.

## História em Destaque



### Amélia Duarte, um exemplo de mulher feminista

Na 7ª edição do Projeto História em Destaque, o Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior fez um levantamento sobre a obra da Procuradora de Justiça Amélia Duarte e suas aparições em jornais de época.

Apresentamos como item documental em destaque o artigo digitalizado *A Funcionária Pública sob a Constituição de 1937* de autoria de Amélia Duarte, a primeira mulher a ingressar no Ministério Público no Rio de Janeiro, em 1936. O texto foi publicado originalmente na Revista de Serviço Público n. 4, março de 1938, e republicado no mesmo periódico na edição v. 61, n. 1, em 2010, na seção RPS Revisitada.

Na apresentação do artigo, evidencia-se o objetivo de homenagear Amélia Duarte como um exemplo das lutas e da afirmação dos direitos civis das mulheres brasileiras. Destaca seu pioneirismo ao integrar os quadros da administração pública federal e como símbolo do preparo feminino para exercer funções de relevo. A revista reproduz a foto histórica (1959) de Amélia Duarte como Procuradora de Justiça ao lado do Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, Candido de Oliveira

Neto, e dos demais: Dr. Alcides Vieira Carneiro, Fernando Vilela de Carvalho, Arnóbio Tenório Wanderlei, Dr. Rufino de Loy, Manoel Alvares da Silva Campos, Maximiano José Gomes de Paiva, Hermenegildo de Barros Filho, Carlos Sussekind de Mendonça, Maurício Eduardo Acioli Rabello, em pé, e, sentados, Edmundo Bento de Faria, Candido de Oliveira Neto e Amélia Duarte (Fundo Célio Erthal Rocha/CDM).



*Legenda da imagem dos 11 primeiros Procuradores de Justiça do MPDF*  
*Legenda de texto: O cargo de Procurador de Justiça foi criado na carreira do Ministério Público do Distrito Federal pela Lei nº 3.434 de 20/07/1958. No ano seguinte, foram promovidos, em 30/09/1959, os catorzes primeiros Procuradores de Justiça do antigo Distrito Federal. Na foto, estão onze deles. Estavam ausentes: Roberto de Lyra Tavares, Eugênio Gracie Catta-Preta e Geraldo Ildefonso Mascarenhas da Silva.*

*De pé: Alcides Vieira Carneiro, Fernando Vilela de Carvalho, Arnóbio Tenório Wanderlei, Rufino de Loy, Manoel Alvares da Silva Campos, Maximiano José Gomes de Paiva, Hermenegildo de Barros Filho, Carlos Sussekind de Mendonça e Maurício Eduardo Acioli Rabello. Sentados: Edmundo Bento de Faria, Candido de Oliveira Neto, então Procurador-Geral de Justiça (que não pertencia aos quadros do MP) e Amélia Duarte*  
*Legenda técnica: Fundo Célio Erthal Rocha/CDM*

No início do artigo, Amélia Duarte faz críticas ao ex-presidente Washington Luís, que governou o país de 1926 a outubro de 1930. De espírito intransigente e dado a frases de impacto, este político ficou na história por definir a questão social como

caso de polícia. No final de 1929, havia quase dois milhões de desempregados em todo o país. Fábricas fecharam as portas no Rio e São Paulo, os salários de trabalhadores do campo e da cidade diminuíram entre 40 e 50% e as cotações de café, principal produto de exportação, despencaram no mercado internacional. Era a maior crise já vista no período Republicano. Fome e pânico se alastravam.

A autora segue seu discurso em tom acadêmico à luz do Direito Constitucional, avaliando as reformas da Constituição brasileira de 1891 a 1926 e principalmente após a Revolução de 30 (que instaura a Era Vargas no poder). Foca especial atenção no estatuto político de 34, mais preocupado em implantar a forma federativa no país, fixar atribuições da União e dos Estados, sem, contudo, desprezar as categorias trabalhistas como o funcionalismo público, garantindo-lhe proteções e permitindo pela primeira vez às mulheres o direito ao acesso a todos os cargos públicos, qualquer que fosse seu estado civil. Estamos falando de alargamento de expectativas para parte da população que anos atrás não podia sair de casa desacompanhada e a partir da década de 30 pôde sonhar em ser Promotora Pública ou professora universitária. Lembre-se que essa mesma parcela populacional passou a votar pela primeira vez em 1932!

Amélia Duarte relata um pouco o ambiente político em que viviam as mulheres na era da República Velha e ressalta a revolução jurídica e comportamental após a Era Vargas. Mas sem desfazer dos feitos do presidente Getúlio, muito pelo contrário, valorizando suas ações, Amélia que participava de movimentos feministas desde o período estudantil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, dá um lugar de destaque às ações da “Federação Brasileira pelo Progresso Feminino”, criada em 1922 por mulheres como a cientista e bióloga Bertha Lutz, a escritora e idealizadora da Academia Brasileira de Letras, Júlia Lopes de Almeida, a professora Maria Lacerda de Moura, entre outras, na defesa dos direitos da mulher no país.

Para a primeira mulher a ocupar o cargo de Promotora Pública do Ministério Público do Distrito Federal, a feminista Amélia Duarte, no final da década de 30, o momento não era mais para reivindicar direitos e sim consolidar direitos conquistados. O longo século XX comprovou que Amélia se impregnou de excessivo otimismo, porém, foi essencial na luta e defesa dos seus princípios! Muito obrigada, Amélia Duarte.

DUARTE, A. (2014). A funcionária pública sob a Constituição de 1937. *Revista do Serviço Público*, 61(1), p. 113-116. <https://doi.org/10.21874/rsp.v61i1.40>.

Artigo digitalizado: “A Funcionária Pública sob a Constituição de 1937”, de Amélia Duarte, publicado em 1938 na Revista de Serviço Público

Amélia Duarte

RSP

RSP Revisitada  
A funcionária pública sob a  
Constituição de 1937

Amélia Duarte

Texto publicado na RSP, nº 4, Março de 1938

Na primeira edição de 2010 da Revista do Serviço Público, a RSP Revisitada relembra as lutas, ao longo da história do país, pela garantia dos direitos civis das mulheres brasileiras, com a publicação deste artigo.

A trajetória profissional de Amélia Duarte é exemplo do processo de afirmação da cidadania das brasileiras. Em 1936, ela rompeu paradigmas ao ingressar no Ministério Público Federal, tornando-se a primeira mulher nos quadros da instituição. Seguida do direito ao voto, obtido em 1932, a conquista de Amélia Duarte foi um símbolo de que as brasileiras estavam, sim, preparadas para exercer cargos mais elevados na República.

A Revolução de 30 fixa, na história da evolução social brasileira, um momento de grande significação. A época que imediatamente a precedeu pode ser caracterizada pela frase de um dos últimos chefes de Estado do Brasil, ao definir como *caso de polícia* a questão social, quando as legislações da generalidade dos povos cultos a ela já dedicavam cuidados especiais.

“Sem nos determos sobre a lista habitual das liberdades individuais, reproduzidas na maioria das Constituições novas – diz o notável professor Mirkine-Guetzévitch, em estudo sobre as Constituições de após guerra – não assinalaremos aqui sinão as novas tendências, as novas concepções *sociais* que se expressam nessas Constituições”. (*As novas tendências do Direito Constitucional*, trad. de Candido Motta Filho, 1933, pag.79).





A reforma da Constituição brasileira de 91, em 1926, nenhuma modificação a propósito introduziu no país, resultado êsse que não se deve atribuir tão somente à ausência de partidos de esquerda com representação na Assembléia Legislativa, pois, como assinala o referido Mirkin: “a aparição dos direitos sociais em algumas declarações novas foi devida à influência dos socialistas (Alemanha, por exemplo). Mas, nas Assembléias constituintes em que o papel dos socialistas era modesto ou mesmo insignificante, os direitos sociais entraram nos textos constitucionais” (ibidem, pag. 150).

Dessa situação, que registramos apenas, resultou, indubitavelmente, expandirem-se todos os anseios recalçados, lídimos ou não, na segunda Constituinte Republicana, que foi da Revolução de 30 uma consequência.

Por isso mesmo, o estatuto político de 34, ao contrário do de 91, mais preocupado, na implantação da forma federativa no país, em bem fixar as atribuições da União e dos Estados, não modelou tão somente para o corpo político nacional um figurino de linhas gerais e, sim, desceu por vezes a minudências até então a cargo de leis ordinárias.

Dess’arte, aliás a exemplo da Constituição alemã, dedicou ao funcionário público cuidados especiais de proteção aos seus particulares interesses e, mui especialmente, à mulher garantiu, como norma geral, o direito de acesso a todos os cargos públicos, qualquer que fôsse o seu estado civil.

O substitutivo, apresentado à Comissão constitucional pelos relatores do capítulo da Constituição: “*Dos funcionários públicos*”, ao dispositivo (art. 90): “*Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições que a lei estatuir. Excepcionalmente, um estrangeiro poderá ser contratado para desempenho de função pública*”, estava assim justificado:

“Êsse artigo, em sua primeira parte, reproduz o artigo 73 da Constituição de 1891. Já a Constituição do Império preceituava. no art. 179. nº 14, que todo cidadão podia ser admitido aos cargos públicos sem outra diferença que não fôsse a de seus talentos e virtudes. Ao dispositivo do citado artigo 90 que consagra o princípio salutar de que os cargos públicos não podem constituir privilégios de classes ou de pessoas, julgamos necessário acrescentar a cláusula – *sem distinção de sexo* ou de *estado civil*. Quanto à segunda parte do art. 90, preferimos a disposição contida na emenda nº 30-B. substituindo na mesma a expressão – *nimamente técnica* – pela *rigorosamente técnica*” (Anais da Assembléia Nacional Constituinte, vol. X, pago 421, 1936).

As razões por que considerava necessário acrescentar – *sem distinção de sexo* ou de *estado civil* – ao referido preceito constitucional, não nas deu o legislador.

Teremos assim, para fundamentar as conclusões a que pretendemos chegar neste estudo, de – em rápido bosquejo – apreciar o ambiente brasileiro, com relação à condição da mulher.

Não será, assim, sem oportunidade, lembrarmos que o individualismo da Constituição de 91 permitira ao legislador ordinário usar e abusar das suas atribuições com respeito à situação jurídica da mulher. Pela lei eleitoral, negara-lhe êle, com exceção do Estado do Rio Grande do Norte, o exercício do voto, a despeito do princípio constitucional de que eleitores eram os cidadãos maiores de 21 anos, alistados na forma da lei.

No nosso velho Código Comercial e em leis posteriores, se afirmou sempre o princípio proibitivo de desempenho, pelas mulheres, dos ofícios de corretor e leiloeiro.

Em Estados do Norte, imbuído por certo o legislador de uma concepção

errada da vida, impusera-se à mulher a perda do cargo público que exerceu, pelo efeito de contrair matrimônio.

Para a modificação desse estado de coisas, pouco conseguira até então, ora isoladamente, ora com função associativa, o esforço feminino no Brasil, o qual ia sempre de encontro à barreira de tolos preconceitos, que se resumiam, no caso, no receio infundado de perigo de subversão da moral social.

A Revolução de 30 implantou a respeito uma mentalidade inteiramente nova no Brasil. Sentira ela de perto os anseios da mulher brasileira, de renovação do nosso ambiente político; tivera-a lado a lado na cruzada das idéias novas e, por isso mesmo, lhe premiaram a cooperação os vencedores. Ao ser, algum tempo depois, promulgado o Código Eleitoral, foi à mulher atribuído o direito de votar e ser votada. Iniciava-se assim uma época inteiramente nova no país e com tal força de manifestação que – a despeito da ascendência do marido sobre a mulher na sociedade conjugal, considerada pelo Código Civil relativamente incapaz para a prática de certos atos da vida – não hesitaram os Tribunais Eleitorais, em várias decisões, em julgar desnecessária a outorga marital para que a mulher casada pudesse cumprir o seu dever cívico.

Mas uma lei ordinária, como o Código Eleitoral, não oferecia as mesmas garantias de estabilidade que um preceito constitucional, e, daí, ao se instalar a segunda Assembléia Constituinte Republicana, o cuidado da “Federação Brasileira pelo Progresso Feminino” – entidade que, com filiais em todos os Estados, chefiara destemerosamente, desde longos anos, a campanha de defesa dos direitos da mulher no país – em ver as suas aspirações básicas incorporadas ao estatuto político que aquela Assembléia elaboraria.

Não contava aí, porém, a “Federação” com uma autêntica representante das suas hostes e, por isso mesmo, a sua ação não se poderia fazer sentir diretamente no plenário da Assembléia e sim na arrematada de partidários isolados.

Preparadas por ela as emendas que consubstanciavam os pontos básicos do seu programa, encaminhou-as a amigas da sua causa, que, por sua vez, as incorporaram à Constituição de 34.

A essa altura, cabe-nos, a bem da verdade e da justiça, salientar aqui o apêndice que sempre prestou a essa associação o presidente Getúlio Vargas, a quem as mulheres no Brasil devem, em grande parte, a sua nova condição jurídica.

Mas, dentre as emendas a que nos referimos, achava-se a que interditava à lei ordinária o afastamento da mulher de qualquer cargo público em razão do sexo ou do estado civil, que a Constituição de 34 consagrou. E a despeito do seu dispositivo (art. 170), que conferia ao Poder Legislativo Nacional a atribuição de elaborar o “Estatuto do Funcionário Público”, as Constituições dos Estados, talvez com exclusão apenas de Minas, Paraná, Pernambuco e Pará, todas, expressamente, acolheram aquele princípio, cuja vigência entre nós foi, aliás, de salutar efeito. Basta dizer que nesse decurso de tempo, para postos de acentuado destaque e responsabilidade, foram várias mulheres nomeadas.

Assim, ao lado das oficiais de gabinete de Ministros e da Presidência da República, figuravam as promotoras públicas, as consulezas e as professoras de escolas superiores.

Foi nesse ambiente, inteiramente favorável ao elemento feminino, que entrou a vigorar a Constituição de 37.

Lê-se no seu artigo 122, nº 3: “os cargos públicos são igualmente acessíveis

a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos”.

Que ela admite a mulher funcionária, dúvida alguma pode subsistir. Bastará atender à letra *b* do seu artigo 156: “os funcionários terão direito a férias anuais, sem descontos, e a *gestante a tres meses de licença com vencimentos integrais*”.

Quais, porém, as condições de capacidade, a que alude a Constituição e que o legislador ordinário poderá prescrever?

Parece-nos que tão somente as de ordem intelectual, demonstradas em concurso de provas ou de títulos (art. 156, letra *b*) e não de forma a especialmente atingir à mulher.

Muito se falou que, ao regulamentar o dispositivo constitucional que veda a acumulação de cargos públicos, o atual Governo afastaria das repartições públicas o elemento feminino, com exceção apenas das mulheres que provassem ser, na família, o seu arrimo.

De passagem, focalizemos a dificuldade de ser essa situação apurada, pela delicadeza de uma investigação em tómo da vida íntima das famílias, para registrar-mos com prazer que o decreto-lei sobre as acumulações não consagrou tal injustiça, que seria mesmo – porque não dizer? – uma anomalia ao liberalismo da nossa legislação, no tocante ao exercício, pelo indivíduo, de atividades lícitas.

Muito ao contrário, instaurado o novo regime, o elemento feminino continuou a ser aproveitado para o preenchimento de vagas nos quadros da administração pública. A propósito, vale a pena citar uma recentíssima decisão do ilustre general Eurico Dutra, consoante notícia dos jornais, indeferindo o requerimento de um senhor que desejava fôsse tornada sem efeito a nomeação de sua companheira para um cargo do Ministério da Guerra, depois de um concurso de provas, no qual a candidata se classificara em 1º lugar.

Por tais fundamentos, que preconizam já o espírito que anima o Estado Novo a respeito da mulher que trabalha, não hesitamos em afirmar que, existindo as leis em função histórica como corolário de necessidades ambientes, o fato de expressamente não inserir a Constituição de 37 um dispositivo que especialmente salvaguardasse a situação da mulher, quanto ao acesso a todos os cargos públicos, só pode ser atribuído à circunstância de ser ela a mais promissora, quando aquele estatuto político foi promulgado.

A nosso ver, pois, a própria mulher, pela sua inteligência, inteireza de caráter e tino administrativo, terá presentemente muito mais a fazer em benefício de sua causa do que um preceito legal. E que a respeito não se trata mais entre nós de uma época de reivindicações e sim da consolidação de uma situação conquistada.



Detalhe da imagem da capa

The background of the page is a painting. It features a ship's mast with two thick, braided ropes. The ropes are primarily red with blue highlights, suggesting a three-dimensional texture. The mast and ropes are set against a light blue sky with soft, white clouds. A white bird is visible in the upper left. The overall style is painterly and somewhat ethereal.

# 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

• • •

**RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*  
Nº 203.546 / PARANÁ**

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S): BRIAN FERNANDO DE OLIVEIRA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

**EMENTA**

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE REMIÇÃO DE PENA POR ESTUDO A DISTÂNCIA. EXISTÊNCIA DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO. FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE DO ESTUDO POR PARTE DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALHA DO PODER PÚBLICO. ORDEM CONCEDIDA.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão da Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, *dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para conceder a ordem e declarar remido mais um dia da pena do recorrente, totalizando três dias: dois dias referentes ao estudo presencial, já reconhecidos pelo juízo da execução, e um dia referente ao estudo a distância*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 28 de junho de 2022.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora



**28/06/2022**  
**PRIMEIRA TURMA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 203.546 / PARANÁ**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**RECTE.(S): BRIAN FERNANDO DE OLIVEIRA**

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

**RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**

### **RELATÓRIO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Recurso ordinário em *habeas corpus*, com requerimento de medida cautelar, interposto por Brian Fernando de Oliveira contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual, em 11.5.2021, negado provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 640.074/PR, Relator o Ministro Joel Ilan Paciornik.

2. Consta do processo que o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Ponta Grossa/PR declarou remidos, em decorrência de estudos, dois dias da pena imposta ao recorrente. Aplicou-se o limite máximo de quatro horas diárias, previsto no art. 126 da Lei de Execuções Penais, por não haver como comprovar que os dias registrados no atestado são referentes apenas ao estudo presencial e que o estudo a distância, vinte horas do total estudado, teria sido realizado em dias distintos. Estes os fundamentos da decisão:

“Acostado aos autos atestados nos itens 401.3 e 401.4, m 27.2 informando que o sentenciado realizou o estudo das seguintes disciplinas:

- Educação Artística - EJA FASE II - 27.08.18 a 19.11.18 - 28 horas em 04 dias.

- Educação Artística - EJA FASE II - 12.08.19 a 25.02.19 - 16 horas em 02 dias.

O Ministério Público se manifestou pela concessão da remição de pena, desde que limitada ao patamar exigido pela Lei de Execuções Penais, qual seja, no máximo 04 horas diárias de estudo. (...)

Nos atestados, consta que 20 horas desse montante são referente ao ensino à distância.

A defesa expõe que o sistema SPR somente contabiliza os dias de estudo presencial, não aceitando a inserção dos dias EAD, por falha do próprio sistema, talvez pelo dato de ser anterior à regulamentação do estudo à distância, gerando sua incompatibilidade.

Requer que sejam consideradas todas as horas sem a aplicação da limitação, alegando que os dias constantes no atestado são apenas referentes ao estudo presencial.

Porém, conforme exposto pelo Ministério Público, quando realizadas as aulas presenciais, são entregues atividades aos sentenciados, as quais são por eles realizadas em cela, sendo que o acompanhamento pedagógico se dá, efetivamente, somente quando da entrega de tais atividades.

Assim, por certo, não existe qualquer acompanhamento ou fiscalização da realização destas atividades, não existindo elementos que permitam identificar quanto tempo o sentenciado levou para realizar tal atividade.

Não há como afirmar a quantidade de dias que o sentenciado levou para a realização das horas de estudo à distância, não sendo possível auferir se o limite legal foi obedecido e, neste caso, só podemos considerar os dias efetivamente comprovados de estudo.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial 1.672.019 SP, cujos trechos se faz válida a citação: (...)

Assim, uma vez que não há meios de se auferir a real quantidade de dias estudados à distância, também não há como saber se o requisito legal foi obedecido e, por isso, devem ser considerados apenas os dias certificados.

Não se está desprezando as horas estudadas à distância ou se afirmando que tal estudo não tem validade, mas sim aplicando a limitação legal em relação aos dias certificados e passíveis de comprovação.

Assim, diante de todo o exposto, decido pela análise da remição apenas no tocante aos dias identificados nos atestados de itens 401.3 e 401.4.

Sentenciado totalizou 44 horas de estudo em 06 dias. Tal montante ultrapassa o exigido na LEP, restrição esta já imposta para evitar que um sentenciado estude por 12h em apenas um dia e faça jus a remição.

A exigência se deu a fim de que fossem desenvolvidas atividades em mais dias, no caso, 03 (três), para que então o sentenciado fosse beneficiado com um dia de pena.

Necessário se faz obedecer à imposição legal, desprezando-se as horas excedentes.

Desta forma, o cálculo será feito considerando o limite legal, o que enseja apenas 04 (quatro) horas diárias de estudos.

Aplicando-se a limitação legal, tem-se que o mesmo realizou 24 (vinte e quatro) horas de estudos.

Desta forma, nos termos do art. 126, §1º, I, da Lei de Execuções Penais, teria direito a remir 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, totalizando, na presente situação, 02 (dois) dias a serem remidos.

Não incide, na hipótese, o art. 127 da LEP, ante a ausência de falta grave, possuindo o penitente bom comportamento carcerário.

Assim sendo, declaro remido 02 (dois) dias da pena imposta ao sentenciado, em decorrência de estudos” (fls. 23-26, e-doc. 1).

3. A defesa interpôs o Agravo em Execução n. 0015611-17.2020.8.16.0019, ao qual, em 17.7.2020, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento, nestes termos:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DECLAROU DIAS REMIDOS PELO ESTUDO COM O LIMITE DE 4 (QUATRO) HORAS DIÁRIAS. RECURSO DA DEFESA. PRETENSÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DO ARTIGO 126, PARÁGRAFO 1º, INCISO I, DA LEP E RECONHECIMENTO DO DIREITO À REMIÇÃO EM SUA INTEGRALIDADE, CONSIDERANDO AS HORAS DE ESTUDO EFETIVAMENTE REALIZADAS PELO APENADO, INCLUSIVE O TEMPO DE ESTUDO A DISTÂNCIA, EXERCIDO EM DIAS DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR AS HORAS NÃO PRESENCIAIS. INVIABILIDADE DE REMIÇÃO DE DIAS SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (fl. 12, e-doc. 1).

4. Contra essa decisão a defesa impetrou, no Superior Tribunal de Justiça, o *Habeas Corpus* n. 640074/PR, Relator o Ministro Joel Ilan Paciornik, não conhecido monocraticamente, pela impossibilidade de revolvimento fático-probatório em *habeas corpus*.

5. Em 11.5.2021, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental:

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELO ESTUDO. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DAS HORAS DE ESTUDO REALIZADAS À DISTÂNCIA (NA CELA). INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DA UNIDADE PRISIONAL PARA O EFETIVO CÔMPUTO. IMPOSSIBILIDADE. TEMPO DE ESTUDO QUE FICA A CRITÉRIO DO APENADO. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS – LEP. AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS DA RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. PRECEDENTES. REVISÃO DAS CONCLUSÕES A QUE CHEGARAM AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CABIMENTO. VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A remição de pena pelo estudo, nos termos do art. 126, § 2º, da Lei de Execução Penal, depende da certificação do curso frequentado pelas autoridades educacionais competentes, por meio de documento idôneo, a fim de cumprir os requisitos exigidos na Recomendação n. 44 do Conselho Nacional de Justiça.

2. Não tendo sido possível a fiscalização das horas de estudo realizadas à distância pelo apenado, torna-se inviável a remição pretendida pela defesa. Entendimento do acórdão impugnado em sintonia com a orientação jurisprudencial deste STJ. Precedentes.

3. Rever o posicionamento firmado pela instância originária no sentido de que o apenado não comprovou o atendimento aos requisitos necessários ao deferimento da remição, demandaria a análise dos elementos probatórios dos autos, providência inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido” (fl. 80, e-doc. 1).

6. Esse julgado é o objeto do presente recurso ordinário em *habeas corpus*, no qual o recorrente ressalta que “a remição da pena pelo estudo tem previsão legal no art. 126 da Lei nº 7.210/84, prevendo que o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo estudo, inclusive ensino à distância EAD, conforme § 2º, do mesmo artigo, parte do tempo de execução da pena, sendo a contagem do tempo feita em razão de 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas, no mínimo em 03 (três) dias” (fl. 95, e-doc. 1).

Sustenta que, apesar de os atestados informarem que ele teria realizado vinte e oito horas de estudos em quatro dias e dezesseis horas de estudos em dois dias, esse período total de seis dias compreenderia apenas as horas realizadas na modalidade presencial, pois “o Sistema de Informações da Penitenciária SPR impede que as horas estudadas em modalidade EAD sejam computadas em dias diversos das aulas presenciais, gerando a falsa impressão de que o apenado tenha estudado período superior a 04 (quatro) horas diárias” (fl. 95, e-doc. 1).

Alega que “o argumento de que não há como realizar a fiscalização das horas estudadas demonstra apenas a ineficiência do Estado, não devendo o ora agravante ser penalizado por tal motivo” (fl. 95, e-doc. 1).

Aponta constrangimento ilegal, “uma vez que teve seu direito de remição negado ante a ineficiência do Estado, primeiro em registrar de forma correta as horas estudadas em modalidade EAD, depois em penalizar o recorrente por ineficiência do Estado ao não oferecer alternativa para a falta de fiscalização das horas devidamente estudadas” (fl. 95, e-doc. 1).

Estes o requerimento e o pedido:

“Ante o exposto, a Defensoria Pública da União Categoria Especial pugna pelo conhecimento do presente recurso ordinário em *habeas corpus* a fim de que, examinada a documentação que o instrui, seja concedido, de plano, o pedido liminar caracterizado no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, a fim de obstar o acórdão proferido pela C. 5ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça e, no mérito, seja reconhecido ao ora recorrente o direito à remição da integralidade das horas de estudos efetivamente realizadas” (fl. 96, edoc. 1).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões e pediu o não provimento do recurso ordinário em *habeas corpus* (fls. 108-113, e-doc. 1).

7. Em 22.4.2022, determinei fosse oficiado ao juízo da Vara de Execuções Penais de Ponta Grossa/PR, para prestar informações pormenorizadas sobre o alegado no presente recurso ordinário em *habeas corpus* e esclarecer como são feitos os lançamentos dos dias estudados nos atestados emitidos pelo Sistema de Informações Penitenciárias – SPR, nos casos de estudos realizados na modalidade presencial e a distância, especialmente se as horas de estudos realizadas nas celas são computadas nos mesmos dias das aulas presenciais, e sobre como são realizados o acompanhamento e a fiscalização das horas estudadas de forma não presencial. As informações foram prestadas e os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

28/06/2022  
PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 203.546 / PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O exame dos elementos constantes dos autos conduz à conclusão de que razão jurídica assiste ao recorrente.

2. A remição em análise refere-se à frequência em curso de educação artística, pretendendo o recorrente o reconhecimento do direito de ter remidas as horas do estudo realizado a distância, consideradas as atividades desenvolvidas na cela.

3. Tem-se no processo que o paciente teria cursado a disciplina educação artística de 27.8.2018 a 19.11.2018 e de 18.2.2019 a 25.2.2019, no curso EJA FASE II, totalizando 44 horas, das quais 20 horas seriam referentes ao estudo a distância (fl. 24, e-doc. 1).

4. O juízo da Vara de Execuções da comarca de Ponta Grossa/PR, após analisar o atestado emitido pelo Sistema de Informações Penitenciárias – SPR, considerou que o total das horas estudadas foram realizadas no período de seis dias e, por isso, aplicou o limite máximo de quatro horas diárias, previsto no art. 126 da Lei de Execuções Penais. Ressaltou não haver como comprovar que os dias registrados no atestado são referentes apenas ao estudo presencial, tendo sido o estudo a distância realizado em dias distintos, e apontou a impossibilidade de aferir as horas não presenciais. Adotou os seguintes fundamentos:

“Acostado aos autos atestados nos itens 401.3 e 401.4, m 27.2 informando que o sentenciado realizou o estudo das seguintes disciplinas:

- Educação Artística - EJA FASE II - 27.08.18 a 19.11.18 - 28 horas em 04 dias.

- Educação Artística - EJA FASE II - 12.08.19 a 25.02.19 - 16 horas em 02 dias.

O Ministério Público se manifestou pela concessão da remição de pena, desde que limitada ao patamar exigido pela Lei de Execuções Penais, qual seja, no máximo 04 horas diárias de estudo. (...)

Nos atestados, consta que 20 horas desse montante são referentes ao ensino a distância.

A defesa expõe que o sistema SPR somente contabiliza os dias de estudo presencial, não aceitando a inserção dos dias EAD, por falha

do próprio sistema, talvez pelo dato de ser anterior à regulamentação do estudo a distância, gerando sua incompatibilidade.

Requer que sejam consideradas todas as horas sem a aplicação da limitação, alegando que os dias constantes no atestado são apenas referentes ao estudo presencial.

Porém, conforme exposto pelo Ministério Público, quando realizadas as aulas presenciais, são entregues atividades aos sentenciados, as quais são por eles realizadas em cela, sendo que o acompanhamento pedagógico se dá, efetivamente, somente quando da entrega de tais atividades.

Assim, por certo, não existe qualquer acompanhamento ou fiscalização da realização destas atividades, não existindo elementos que permitam identificar quanto tempo o sentenciado levou para realizar tal atividade.

Não há como afirmar a quantidade de dias que o sentenciado levou para a realização das horas de estudo à distância, não sendo possível auferir se o limite legal foi obedecido e, neste caso, só podemos considerar os dias efetivamente comprovados de estudo.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial 1.672.019 – SP, cujos trechos se faz válida a citação: (...)

Assim, uma vez que não há meios de se auferir a real quantidade de dias estudados à distância, também não há como saber se o requisito legal foi obedecido e, por isso, devem ser considerados apenas os dias certificados.

Não se está desprezando as horas estudadas à distância ou se afirmando que tal estudo não tem validade, mas sim aplicando a limitação legal em relação aos dias certificados e passíveis de comprovação.

Assim, diante de todo o exposto, decido pela análise da remição apenas no tocante aos dias identificados nos atestados de itens 401.3 e 401.4.

Sentenciado totalizou 44 horas de estudo em 06 dias.

Tal montante ultrapassa o exigido na LEP, restrição esta já imposta para evitar que um sentenciado estude por 12h em apenas um dia e faça jus a remição.

A exigência se deu a fim de que fossem desenvolvidas atividades em mais dias, no caso, 03 (três), para que então o sentenciado fosse beneficiado com um dia de pena.

Necessário se faz obedecer à imposição legal, desprezando-se as horas excedentes.

Desta forma, o cálculo será feito considerando o limite legal, o que enseja apenas 04 (quatro) horas diárias de estudos.

Aplicando-se a limitação legal, tem-se que o mesmo realizou 24 (vinte e quatro) horas de estudos.

Desta forma, nos termos do art. 126, §1º, I, da Lei de Execuções Penais, teria direito a remir 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, totalizando, na presente situação, 02 (dois) dias a serem remidos.

Não incide, na hipótese, o art. 127 da LEP, ante a ausência de falta grave, possuindo o penitente bom comportamento carcerário.

Assim sendo, declaro remido 02 (dois) dias da pena imposta ao sentenciado, em decorrência de estudos" (fls. 23-26, e-doc. 1).

5. Ao julgar o agravo em execução penal, o Tribunal de Justiça do Paraná manteve a decisão, nos seguintes termos:

"Consta dos autos que o Sentenciado cursou a disciplina de educação artística entre os períodos de 27/08/2018 a 19/11/2018 e 18/02/2019 a 25/02/2019, totalizando 44 (quarenta e quatro) horas, em 06 (seis) dias, no curso EJA FASE II (sequências 401.3 e 401.4 dos autos de execução de pena sob n. 0008451-66.2012.8.16.0165).

O agravante alega, em suma, que o MM. Juízo *a quo* deixou de considerar parte das horas estudadas (aquelas que foram cumpridas em cela) e que isso acarretou perda de parte dos dias a serem remidos da pena.

Observa-se da Decisão que o Juiz *a quo* declarou remidos 02 (dois) dias de pena do Sentenciado, nos seguintes termos (sequência 417.1): (...)

Insta salientar que quanto à remição da pena, a Lei de Execução Penal expressamente estabelece que será remido 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de estudo, divididas em, no mínimo, 03 (três) dias. Vejamos: (...)



Da leitura do dispositivo citado, extrai-se que o apenado deve estudar doze horas divididas em, no mínimo, três dias para fazer jus à remição de pena pelo estudo, o que, fazendo-se os cálculos, limita a remição de pena à 04 (quatro) horas diárias.

Assim, tendo em vista disposição legal que impõe limitação de horas diárias para fins de remição por estudo, não é possível utilizar as horas excedentes para diminuição do tempo de execução da pena. (...)

Por outro lado, ressalto que o cômputo das horas estudadas na cela não se mostra viável, uma vez que não é possível determinar-se a quantidade de horas estudadas por dia, ficando a critério de cada sentenciado, além da ausência de fiscalização, sendo que pode o sentenciado, inclusive, nem realizá-las.

Logo, não há como presumir que o agravante estudou na sua cela, nem quando e nem por quanto tempo. E, não sendo possível a fiscalização, incabível é a remição de pena” (fls. 13-16, e-doc. 1).

6. Ao proferir o julgado objeto do presente recurso, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

“Conforme relatado, a pretensão do agravante é a de que as horas de estudo realizadas à distância (na cela), sejam efetivamente computadas para o fim de obter a remição. (...)

Consoante delineado pelo Tribunal de origem, não tendo sido possível a fiscalização das horas de estudo realizadas à distância pelo apenado, torna-se inviável a remição pretendida pela defesa, de modo que não há o efetivo cumprimento dos requisitos exigidos pela Recomendação n. 44/2013.

Ademais, ao contrário do consignado pelo agravante, o fundamento do acórdão impugnado se encontra alinhado ao entendimento jurisprudencial desta Corte Superior.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: (...) Ademais, cumpre destacar que a revisão do entendimento adotado pela instância ordinária, para se chegar à conclusão contrária, no sentido de que o apenado efetivamente cumpriu o tempo de estudo à distância necessário para a remição, demandaria revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, providência sabidamente inviável na estreita via do *habeas corpus*” (fls. 83-86, e-doc. 1).

7. Após a solicitação de informações sobre o alegado no presente recurso ordinário em *habeas corpus*, o Diretor da Unidade de Segurança da Penitenciária Estadual de Ponta Grossa informou:

“(...) os lançamentos junto ao Sistema de Informações Penitenciárias – SPR, referentes aos períodos de estudos dos apenados, permitia a inclusão das informações de período e horários de estudos exclusivamente nos dias em que os sentenciados estivessem em sala de aula, independente se as atividades educacionais fossem realizadas presencialmente ou na modalidade de ensino à distância. Cabe salientar, que a divisão de horários colocados à disposição dos estudos é administrada pelo próprio sentenciado/aluno, característica essa essencial dessa modalidade de estudo à distância, sendo a fiscalização realizada pela equipe pedagógica de acordo com a conclusão e avaliação de aproveitamento das atividades propostas pelos professores aos apenados” (fl. 2, e-doc. 9).

8. Pela Lei de Execuções Penais, ao permitir-se ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto remir, por estudo, parte do tempo de execução da pena, não se restringiu o instituto à modalidade de ensino presencial. No § 2º do art. 126 expressamente se estabelece que as atividades poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por ensino a distância, fazendo ressalva apenas quanto à necessidade de certificação, pelas autoridades educacionais competentes, dos cursos frequentados.

Quanto ao tema, deve-se ressaltar que a implementação do estudo a distância nas unidades prisionais surge como alternativa às limitações do estudo presencial, contribuindo de forma positiva na qualificação profissional e na readaptação da população carcerária ao convívio social.

Na espécie, consta das informações que os dias registrados nos atestados de estudos referem-se exclusivamente aos dias em que o sentenciado estava em sala de aula, independente se as atividades educacionais foram realizadas presencialmente ou na modalidade de ensino a distância.

Portanto, como alegado pelo recorrente, não se pode afirmar que as vinte horas referentes ao ensino não presencial foram efetuadas exclusivamente no período constante no atestado. Desse modo, não se pode aplicar a limitação de quatro horas diárias de estudo prevista na Lei de Execução Penal, sob pena de serem desprezadas as horas de ensino a distância.

9. Quanto ao acompanhamento e fiscalização do estudo a distância por parte do estabelecimento prisional, óbice também apontado pelas instâncias antecedentes para o indeferimento da remição, o Diretor da Unidade de Segurança da Penitenciária Estadual de Ponta Grossa informou que “a divisão de horários colocados à disposição

*dos estudos é administrado pelo próprio sentenciado/aluno, característica essa essencial dessa modalidade de estudo à distância, sendo a fiscalização realizada pela equipe pedagógica de acordo com a conclusão e avaliação de aproveitamento das atividades propostas pelos professores aos apenados”.*

Assim, não se pode presumir que o paciente não tenha efetivamente se dedicado aos estudos na cela. Constando do atestado emitido pelo Sistema de Informações Penitenciárias – SPR que o sentenciado concluiu o estudo das disciplinas, a inércia do Estado em acompanhar e fiscalizar o estudo a distância não deve ser imputada ao paciente, não podendo ser prejudicado pelo descumprimento de obrigação que não é dele.

10. Ressalte-se que as condições dos reeducandos são diferentes dos demais cidadãos. Em respeito ao princípio da igualdade, tem-se que se devem tratar desigualmente os desiguais, mormente quando em situações precárias, sendo necessário sobrevalorizar a remição da pena, para que o reeducando acredite que o erro pode ser superado e ter a possibilidade de uma vida diferente a partir da educação.

11. Pelo exposto, *dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para conceder a ordem e declarar remido mais um dia da pena do recorrente, totalizando três dias: dois dias referentes ao estudo presencial, já reconhecidos pelo juízo da execução, e um dia referente ao estudo a distância.*

**PRIMEIRA TURMA  
EXTRATO DE ATA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 203.546**

**PROCED.: PARANÁ**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**RECTE.(S): BRIAN FERNANDO DE OLIVEIRA**

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

**RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para conceder a ordem e declarar remido mais um dia da pena do recorrente, totalizando três dias: dois dias referentes ao estudo presencial, já reconhecidos pelo juízo da execução, e um dia referente ao estudo a distância, nos termos do voto da Relatora. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma, 28.6.2022.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli (por videoconferência), Luís Roberto Barroso (por videoconferência) e Alexandre de Moraes (por videoconferência).

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Turma



**RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Nº 918.315 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**RECDO.(A/S): MESA DIRETORA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**

**ADV.(A/S): ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES E OUTRO(A/S)**

**RECDO.(A/S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO DEVIDO À DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE. LEI COMPLEMENTAR DO DISTRITO FEDERAL QUE DETERMINA O PAGAMENTO DA APOSENTADORIA AO CURADOR. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA. CONVENÇÃO DE NOVA YORK (ART. 5º, § 3º CF/1988). RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL.

I – O pagamento dos proventos de aposentadoria por invalidez ao curador, independentemente de qualquer análise acerca da capacidade do curatelado para prática de atos da vida civil, afronta o postulado da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

II – Aplicação da Teoria das Incapacidades, inserida em nosso ordenamento pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada na cidade de Nova York, em 30 de março de 2007, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

III – Inconstitucionalidade do § 7º do art. 18 da Lei Complementar 769/2008 do Distrito Federal.

IV – Recurso extraordinário conhecido e provido.

V – Fixação da tese de Repercussão Geral: “A enfermidade ou doença mental, ainda que tenha sido estabelecida a curatela, não configura, por si, elemento suficiente para determinar que a pessoa com deficiência não tenha discernimento para os atos da vida civil”.

## **ACÓRDÃO**

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, apreciando o tema 1096 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido na íntegra e fixar a seguinte tese: “A enfermidade ou doença mental, ainda que tenha sido estabelecida a curatela, não configura, por si, elemento suficiente para determinar que a pessoa com deficiência não tenha discernimento para os atos da vida civil”. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques.

Brasília, 19 de dezembro de 2022.

**RICARDO LEWANDOWSKI**

RELATOR

17/12/2022  
PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 918.315 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**RECDO.(A/S): MESA DIRETORA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**

**ADV.(A/S): ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES E OUTRO(A/S)**

**RECDO.(A/S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ricardo Lewandowski (Relator)**: Trata-se de recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios – MPDFT, com base no artigo 102, III, *a* e *c* da Constituição Federal.

Consta dos autos que o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade pela contra o § 7º do art. 18 da Lei Complementar Distrital 769, de 30 de junho de 2008, por suposta ofensa aos arts. 2º, III, e parágrafo único; 19, *caput*, e 273, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT julgou improcedente a ação. Vejamos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 18, § 7º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 769/2008. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE DOENÇA MENTAL. PAGAMENTO DE PROVENTOS SOMENTE AO CURADOR DO SEGURADO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. OFENSA A NORMAS INSCULPIDAS NA LODF. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA.

1 - Doenças mentais são entendidas por condições de anormalidade ou comprometimento de ordem psicológica, mental ou cognitiva. Há diversos fatores que explicam os transtornos psiquiátricos, como genética, problemas bioquímicos, como hormônios ou substâncias tóxicas, e até mesmo o estilo de vida. Os sintomas podem ser observados no dia a dia ([uniica.com.br](http://uniica.com.br)).



2 - Distúrbio ou transtorno emocional é algo que está em desordem, ou seja, vivências que causam sofrimento intenso. É uma dificuldade em lidar com as emoções que se encontram sem controle: ansiedades, pânico, fobias, compulsões, estresses, depressões, entre outros (superquadranews.com.br).

3 - Conforme se infere do artigo 1767 do Código Civil, a curatela é o encargo deferido em lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo, ou seja, é instituto de proteção destinado a sujeitos maiores que, por razões diversas, não podem cuidar sozinhos dos próprios interesses, bem como, para seu exercício, exige prévio processo de interdição (Carvalho Filho; Milton Paulo de. *Código Civil Comentado*. Manole, 2013, p. 2105).

4 - A exigência de que, em casos de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental, o pagamento do benefício será feito somente ao curador do segurado, condicionado à apresentação do termo de curatela, ainda que provisório, não se afigura como afronta ao princípio da dignidade humana, mas tão somente o cumprimento de norma insculpida no estatuto civil e visa a resguardar os interesses do segurado, pelo que não se vislumbra qualquer pecha de inconstitucionalidade em tal exigência.

5 - Não há que se falar ainda em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois o dispositivo impugnado garante um tratamento condizente com a situação do aposentado portador de algum tipo de doença mental que o levou à inatividade. E isso porque teve como objetivo resguardar o patrimônio e os interesses do servidor público portador de doença mental, garantindo, assim, que os recursos oriundos de sua aposentadoria sejam efetivamente utilizados em seu benefício, já que ele próprio não possui o necessário discernimento para gerir seu patrimônio.

6 - Se houve a constatação, por meio de exame médico pericial, de que o servidor público possui uma doença mental que lhe incapacita totalmente para o exercício das atribuições do cargo, por óbvio, tal servidor também não tem o necessário discernimento para os atos da vida civil, o que abrange o próprio recebimento do benefício previdenciário respectivo. Destarte, seria totalmente desarrazoado admitir-se que a doença mental incapacitasse totalmente o servidor para o exercício das atribuições do cargo público, a ponto de ensejar a sua aposentadoria por invalidez, mas, por outro lado, ele permanecesse capaz de praticar os atos da vida civil normalmente, como se não tivesse doença mental alguma.

7 - As autoridades administrativas, seus agentes, bem assim os demais agentes de atos civis, devem observar os limites da curatela, nos termos do artigo 1.772 do Código Civil, o que não significa arredar do ordenamento jurídico o § 7º do artigo 18 da Lei Complementar Distrital nº 769/2008.

8 - O dispositivo impugnado estabelece medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para alcançar a finalidade almejada de proteção ao segurado portador de doença mental.

9 - Improcedência do pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade” (págs. 1-3 do documento eletrônico 6).

Inconformado, o *Parquet* interpôs o presente Recurso Extraordinário, sob alegação de ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput*; e 37, *caput*, da mesma Carta.

“No caso dos autos, vê-se que o dispositivo legal impugnado, ao exigir a apresentação de termo de curatela ou restringir o pagamento de benefício de aposentadoria por invalidez somente ao curador do segurado, independentemente de qualquer análise acerca de sua capacidade para a prática de atos da vida civil, substancia tratamento contrário ao postulado da isonomia. O princípio da igualdade, mais que objetivo primordial a ser perseguido por toda organização social, traduz o próprio conteúdo dos direitos fundamentais em sua perspectiva histórica” (pág. 9 do documento eletrônico 10).

Aduz, ainda, que:

“[a] norma distrital ora impugnada exige, de plano, para fins de pagamento do benefício da aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental, a apresentação do termo de interdição, contrariando também a própria sistemática estabelecida pelo Código Civil.

Tal exigência tem submetido desnecessariamente diversas pessoas apazes para o exercício de atos da vida civil a um doloroso processo de interdição e às severas consequências dele decorrentes, de forma a garantir o pagamento do referido benefício, que passará a ser feito obrigatoriamente a uma terceira pessoa, no caso, seu curador.

Além disso, a exigência legal não se traduz em medida assecuratória ou benéfica aos interesses do segurado que, até a decretação da sua interdição, ficará privado de sua aposentadoria e, eventualmente, dos recursos materiais necessários à sua subsistência.

Nesse contexto, necessário destacar que a máxima de proibição de excesso dirige-se ao legislador, de sorte a informar a criação legislativa que venha a tocar direitos e garantias fundamentais: i) tanto necessário quanto proporcional ao fim que se colima com a previsão normativa; ii) que se preserve, mesmo com a conformação a ser feita por lei, o intangível dessa garantia constitucional. Com isso, projeção do princípio da legalidade, ao menos em seu sentido material, passa a agregar o qualificativo de princípio da reserva legal proporcional” (págs. 12-13 do documento eletrônico 10).

Foram apresentadas contrarrazões, nas quais a Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal sustenta que:

“Consoante se verifica do exame do texto legal impugnado, inexistente qualquer mácula que o torne írrito, pois, efetivamente, ao determinar que o pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental será feito somente ao curador do segurado, condicionado à apresentação do termo de curatela, ainda que provisório, conferiu força normativa a diversos princípios constitucionais, de reprodução obrigatória pelos entes federados, especialmente àqueles que intentam promover a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o v. acórdão recorrido, que julgou improcedente, por maioria, a ação direta de inconstitucionalidade proposta contra o parágrafo 7º do art. 18 da Lei Complementar nº 769/2008, consignou que se houve a constatação, por meio de exame médico-pericial, de que o servidor público possui uma doença mental que lhe incapacita totalmente para o exercício das atribuições do cargo, por óbvio, tal servidor também não tem o necessário discernimento para os atos da vida civil, o que abrange o próprio recebimento do benefício previdenciário respectivo. Destarte, seria totalmente desarrazoado admitir-se que a doença mental incapacitasse totalmente o servidor para o exercício das atribuições do cargo público, a ponto de ensejar a sua aposentadoria por invalidez, mas, por outro lado, ele permanecesse capaz de praticar os atos da vida civil normalmente, como se não tivesse doença mental alguma” (pág. 11 do documento eletrônico 12).

O Governador do Distrito Federal também apresentou contrarrazões, na qual aduz que não houve afronta ao princípio da isonomia, apenas atuação política do legislador com a finalidade de proteger determinado segmento específico de

aposentados, aqueles que foram aposentados em decorrência de adoecimento mental. Ao contrário, ao tratar desigualmente os desiguais, a norma sob análise efetivou as diretrizes do mencionado princípio.

Ainda de acordo com o recorrido, não há ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, afinal a norma impugnada tem a finalidade de garantir que os proventos recebidos por aposentados por transtorno mental sejam efetivamente utilizados em seu benefício, uma vez que serão administrados por um curador, nos termos do art. 1.176 e seguintes do Código Civil, com a participação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Ademais, cabe ao Estado, em prol do referido princípio, promover ações positivas para assegurar os direitos e garantias relacionados à assistência social.

No tocante à razoabilidade, o governante do DF ressalta que a norma questionada não representa exercício arbitrário do Poder Legislativo do Estado, na medida em que:

“[v]eicula uma obrigação plenamente legítima e não excessiva, buscando tutelar um direito fundamental de extrema relevância, sem com isso importar na supressão do poder de polícia estatal, na viabilização de práticas ilegais ou na violação dos direitos e garantias de outros cidadãos.

Trata-se, na espécie, de exercício legítimo, não arbitrário e democrático do poder legislativo, porquanto o Estado procurou dar especial proteção ao direito fundamental de seguridade social, garantindo que pessoas portadoras de doença mental, em qualquer grau, percebam o valor de sua aposentadoria de forma adequada. Com a devida vênia, nada há de desarrazoado ou de desproporcional em tal tutela, especialmente porque a restrição por ela imposta (necessidade de observância dos regramentos da curatela) não constitui um gravame tão relevante a ponto de justificar-se uma declaração de inconstitucionalidade.” (págs. 11 e 12 do documento eletrônico 13)

Em 6/11/2020, esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional em comento. A decisão recebeu a seguinte ementa:

**“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO DEVIDO À DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE. LEI COMPLEMENTAR DO DISTRITO FEDERAL QUE DETERMINA O PAGAMENTO DA APOSENTADORIA AO CURADOR. NORMA DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS NO QUAL SE ALEGA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA. CONVENÇÃO DE NOVA YORK (ART. 5º, § 3º, CF/1988). EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDAS.

I - A causa extrapola os interesses das partes envolvidas, haja vista que a questão central dos autos, exigência de apresentação de termo de curatela como condição de percepção dos proventos de aposentadoria por invalidez, independentemente de qualquer análise acerca de sua capacidade para prática de atos da vida civil, alcança o universo de servidores do Distrito Federal que venham a aposentar-se nas condições ora levantadas.

II - Necessidade de análise do caso sob a ótica da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada na cidade de Nova York, em 30 de março de 2007, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008 e, em razão disso, é equivalente às emendas constitucionais, por força do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

III - Existência de questão constitucional e de Repercussão Geral reconhecida” (documento eletrônico 29).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pelo parcial provimento do recurso, fixando interpretação conforme, a fim de que “a exigência da intermediação do curador seja exigida somente quando se mostrar proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” (pág. 4 do doc. 19).

É o relatório.

17/12/2022  
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 918.315 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Sr. Ministro **Ricardo Lewandowski (Relator)**: Bem examinada a questão versada neste recurso, entendo que assiste razão ao recorrente.

O ponto central que aqui se debate consiste em saber se é constitucional a exigência de apresentação de termo de curatela como condição de percepção dos proventos de aposentadoria por invalidez, independentemente de qualquer análise acerca de sua capacidade para prática de atos da vida civil.

O órgão de origem firmou o entendimento de que a exigência do pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental a ser feito somente ao curador do segurado, condicionado à apresentação do termo de curatela, ainda que provisório, não se afigura como afronta ao princípio da dignidade humana. Visa tão somente ao cumprimento de norma insculpida no estatuto civil e a resguardar os interesses do segurado.

Para tanto, o aresto atacado declarou constitucional o § 7º do art. 18 da Lei Complementar 769/2008 do Distrito Federal, que apresenta a seguinte redação, *verbis*:

“Art. 18. A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz de readaptação para o exercício das atribuições do cargo, de forma compatível com a limitação que tenha sofrido, e deve ser paga, com base na legislação vigente, a partir da data da publicação do respectivo ato e enquanto o servidor permanecer nessa condição.  
[...]

§ 7º O pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental será feito somente ao curador do segurado, condicionado à apresentação do termo de curatela, ainda que provisório”.

Em que pese as ponderáveis razões que integram o acórdão recorrido, penso que elas não estão em harmonia com o que a Constituição da República dispõe acerca do tema.

Com efeito, o texto da legislação do Distrito Federal está em confronto com o que insculpido na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada na cidade de Nova York, em 30 de março de 2007, que foi aprovada pelo Decreto

Legislativo 186/2008 e, em razão disso, é equivalente às emendas constitucionais, por força do art. 5º, § 3º, da Constituição.

Referida Convenção entrou em vigor no Brasil em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto 6.949/2009, cujo objetivo foi o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Em seu art. 4º prevê salvaguardas por parte dos Estados Partes no sentido de assegurar o respeito aos direitos, a vontade e as preferências da pessoa, devem ser isentas de conflitos de interesses e de influências indevidas.

Ainda no plano normativo, em 6 de julho de 2015, foi editada a Lei 13.146, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), promovendo uma série de alterações no Código Civil de 2002, especialmente no plano dos institutos da capacidade civil e da curatela.

Segundo Cristiano Chaves, a novel legislação altera profundamente a teoria das incapacidades tradicional e:

“busca fundamentalmente promover a autonomia da pessoa com deficiência. A preocupação em proteger a pessoa com deficiência existe, mas é secundária em relação ao (prioritário) intuito do estatuto de promover a autonomia e a autodeterminação da pessoa com deficiência”.<sup>1</sup>

Em sua obra o mencionado autor divide a deficiência em dois modelos jurídicos: a deficiência sem curatela e a deficiência com curatela.

Para o Estatuto da Pessoa com Deficiência o primeiro modelo – deficiência sem curatela – não afeta a plena capacidade civil da pessoa (art. 6º). Sob esse novo prisma, pessoas que antes eram incapazes, seja absoluta ou relativamente, passaram a ser capazes, a não ser que, por causa permanente ou transitória, tenham restrição e fiquem impossibilitadas de exprimir sua vontade, hipótese em que serão consideradas, com a novel legislação, relativamente incapazes.

No primeiro modelo, há a previsão de a pessoa lançar mão da chamada Tomada de Decisão Apoiada, que tem previsão no art. 1.783-A do CC/2002, cuja norma transcrevo:

“Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas,

<sup>1</sup> CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. Salvador-BA. Jus Podivm, 2020. p. 248.

com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

A regra acrescenta, ainda, que a pessoa com deficiência e os apoiadores deverão apresentar termo em que conste os limites do apoio a ser oferecido, o compromisso dos apoiadores e o prazo de vigência. Ademais, a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo o encerramento do acordo.

Na dicção do professor citado:

“[b]usca-se, aqui, que essas pessoas usufruam sua capacidade de exercício como as demais, busca-se uma igualdade real, dentro das possibilidades do caso concreto.

[...]

A filosofia que ilumina a tomada de decisão apoiada é respeitar o querer da pessoa que, por uma condição qualquer, apresenta-se numa situação de vulnerabilidade”.<sup>2</sup>

Por outro lado, a deficiência com curatela tem previsão no Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu art. 84, que prevê:

“Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

Ora, basta uma leitura perfunctória do normativo em questão para se concluir que a curatela deve estar permeada pelo princípio da proporcionalidade, devendo-se observar as circunstâncias do caso concreto e não tendo como pressuposto que ela

---

<sup>2</sup> Op. cit. p. 249.



deva ocorrer *prima facie*, razão pela qual se pode aferir que a norma do Distrito Federal está em confronto com tal princípio, sendo, portanto, nesse ponto, inconstitucional.

Além disso, a norma do Distrito Federal vai de encontro com a dignidade da pessoa humana, na medida em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência prima pela inclusão social da pessoa com deficiência, trazendo a máxima possibilidade de condução de seus atos existenciais. Nessa linha de intelecção são as lições de Flávio Tartuce, para quem:

“[...] não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua total inclusão social, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a dignidade-liberdade, deixa-se de lado a dignidade-vulnerabilidade”.<sup>3</sup>

Por essa razão, o regramento trazido pelo § 7º do art. 18 da Lei Complementar 769/2008 do Distrito Federal não se presta a resguardar os interesses do segurado, tampouco promover o cumprimento de norma constante do estatuto civil, como delineado pelo Tribunal de origem.

O Código Civil/2002, ao tratar da curatela, dispõe:

“Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade.

<sup>3</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro-RJ. Forense, 2016. p. 129.

Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782”.

Do exame dos dispositivos ora transcritos, deflui-se que não basta a constatação da enfermidade ou deficiência mental para efetivar-se a interdição, sendo imprescindível que a pessoa a ser tutelada não tenha o necessário discernimento para os atos da vida civil.

O dispositivo legal do Distrito Federal ao exigir, de plano e de modo abstrato, a figura do curador para viabilizar o pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental, contraria a sistemática estabelecida no Código Civil e no Estatuto da Pessoa com Deficiência que não conduz ao entendimento de sujeição de todo portador de doença mental à interdição e, por conseguinte, à curatela.

Nesse diapasão, eventual reconhecimento de incapacidade apenas para o exercício de cargo público não se estende aos demais atos da vida civil.

Assim, por qualquer dos ângulos que se examine a questão posta nestes autos, chega-se à conclusão de que a norma do Distrito Federal contestada quebra o postulado da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, padecendo, por conseguinte, de patente vício de inconstitucionalidade.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento da Procuradoria-Geral da República, ao assinalar que:

“[a] restrição do pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez somente ao curador do segurado, independente de qualquer análise quanto à sua capacidade concreta para a prática de atos da vida civil, revela um descompasso com o postulado da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade e da proporcionalidade” (pág. 3 do doc. 19).

Em face de todo o exposto, entendo que o dispositivo questionado não está em harmonia com o texto constitucional, razão pela qual conheço e dou provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido na íntegra.

Proponho a seguinte tese: “A enfermidade ou doença mental, ainda que tenha sido estabelecida a curatela, não configura, por si, elemento suficiente para determinar que a pessoa com deficiência não tenha discernimento para os atos da vida civil”.

É como voto.

**17/12/2022**  
**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 918.315 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**RECDO.(A/S): MESA DIRETORA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**

**ADV.(A/S): ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES E OUTRO(A/S)**

**RECDO.(A/S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

### **VOTO-VOGAL**

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** Sem embargo dos judiciosos fundamentos apresentados pelo Ministro Relator, pedirei vênua para divergir por entender que o acórdão recorrido deve ser mantido.

A norma legal impugnada (Lei Complementar n. 769/2008, art. 18, § 7º – lei de iniciativa parlamentar sancionada pelo Governador do Distrito Federal), buscando reorganizar e unificar o Regime Próprio de Previdência Social do Distrito Federal (RPPS/DF), dispõe:

Art. 18. [...]

[...]

*§ 7º O pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental será feito somente ao curador do segurado, condicionado à apresentação do termo de curatela, ainda que provisório.*

Penso que a previsão legal em análise tem como escopo preservar o interesse do próprio curatelado, porquanto se presume que o motivo que ensejou sua aposentação (doença mental) se reveste de natureza sensível, idônea a autorizar a presunção de sua incapacidade para gerir o próprio patrimônio.

Cabe observar que também a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, ao versar sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, previu instituto idêntico no *caput* do art. 110, nestes termos:

Art. 110. *O benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será feito ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta e por período não superior a 6 (seis) meses, o pagamento a herdeiro necessário, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento.*

Note-se que o teor daquele diploma foi ainda mais amplo, pois permitiu que não apenas o *tutor* ou o *curador* recebesse o pagamento do benefício como admitiu que também fossem seus destinatários o cônjuge, o pai ou a mãe do incapaz.

Na redação que lhe conferiu a Lei n. 13.416/2015, o art. 1.767 do Código Civil assim delimitou o rol das pessoas sujeitas a curatela:

Art. 1.767. [...]

*I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;*

*II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e*

*III – os pródigos.*

Como se vê, a regra que prevê a curatela de tais pessoas encontra amplo amparo no senso de proporção. É mesmo de presumir que alguém destituído das faculdades mentais, ainda que em caráter transitório – de acordo com laudo médico que ateste tal condição –, não se apresenta habilitado para administrar as próprias finanças.

Admitir o contrário importaria em vulnerar a proteção daquele que, acometido por certa condição que lhe tenha retirado a capacidade de gerir seus negócios, passaria a ficar à mercê do ataque de terceiros impelidos por desideratos maliciosos.

Além de estabelecer a responsabilização civil imputável aos curadores e tutores (inciso II do art. 932 do Código Civil), a lei substantiva teve o cuidado de prever a obrigatoriedade da prestação de contas de sua administração a cada dois anos (art. 1.757), submetendo ao juiz o balanço respectivo ao fim de cada ano de administração (art. 1.756).

Havendo dúvida quanto à subsistência daquela condição, pode-se postular a revogação; se presente suspeita quanto à idoneidade do laudo médico – algo de que não se cogita nestes autos –, que sejam acionadas, então, as vias cabíveis à decretação de nulidade; e, ainda, o curador poderá ser destituído, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade (CC, art. 1.766).

Portanto, o Código Civil previu mecanismos de proteção do patrimônio do curatelado naquelas hipóteses em que haja a superveniência de alguma causa autorizadora de destituição do curador, como a malversação dos recursos por ele geridos.

Tal o contexto, o que não se afigura proporcional é a invocação do valioso princípio de dignidade da pessoa humana para, legitimando a inversão do escopo do instituto da curatela, causar-lhe verdadeiro esvaziamento.

Finalizando, parece pertinente mencionar acórdão do Plenário do Supremo em que, embora apreciando matéria diversa – algo próprio do amplo espectro de cognição das ações de controle concentrado –, se assentou o entendimento de que a aferição de constitucionalidade da norma não deve ser permeada do juízo de valoração de sua eficácia. Eis o teor da correspondente ementa no trecho a seguir transcrito:

(...)

3. Alegação de excesso desproporcional e desarrazoado.

4. Controle da proporcionalidade e razoabilidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal.

5. Limites funcionais da jurisdição constitucional. *Não cabe ao órgão fiscalizador da inconstitucionalidade valorar se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos.* (ADI 3.826, ministro Eros Grau, DJe de 20 de agosto de 2010 – grifei)

Nesses termos, com as renovadas vênias do Ministro Relator, reputo cabível a integral manutenção do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

Proponho a fixação da seguinte tese:

*Preserva o interesse do próprio curatelado a previsão legal de que o pagamento do benefício previdenciário que ensejou a sua aposentação por doença mental seja realizado diretamente ao curador, mediante a comprovação das exigências e cautelas legais.*

É o voto.

**PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 918.315**

**PROCED.: DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

**RECDO.(A/S): MESA DIRETORA DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL**

**ADV.(A/S): ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES E OUTRO(A/S)**

**RECDO.(A/S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1096 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido na íntegra, e fixou a seguinte tese: “A enfermidade ou doença mental, ainda que tenha sido estabelecida a curatela, não configura, por si, elemento suficiente para determinar que a pessoa com deficiência não tenha discernimento para os atos da vida civil”. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques. Plenário, Sessão Virtual de 9.12.2022 a 16.12.2022.

**Composição:** Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

# **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

## **Nº 7.149 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### **EMENTA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.385/2021, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, QUE INSERIU O INCISO XII NO ART. 19 DA LEI Nº 4.528/2005, PARA GARANTIR A RESERVA DE VAGAS EM ESCOLA PARA IRMÃOS QUE FREQUENTEM A MESMA ETAPA OU CICLO ESCOLAR. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º; 61, § 1º, II, E; E 84, VI, A, DA CF. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

I - O Plenário do Supremo Tribunal Federal já deliberou que “norma de origem parlamentar que não cria, extingue ou altera órgão da Administração Pública não ofende a regra constitucional de iniciativa privativa do Poder Executivo para dispor sobre essa matéria”, assim como “não ofende a separação de poderes, a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição”. (ADI 4.723/AP, Rel. Min. Edson Fachin)

II - Ao garantir a reserva de vaga para irmãos, sem influenciar no funcionamento de órgãos, alterar o regime jurídico de servidores, estabelecer regramento procedimental sobre matrículas ou proibir o gestor de implementar estratégias por ele idealizadas, a norma editada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro não subtraiu do Chefe do Poder Executivo a iniciativa que lhe é reservada pelos artigos 61, § 1º, II, e; e 84, VI, a, ambos do Texto Constitucional, de observância obrigatória pelos Estados-membros.

III - A norma impugnada não representa inovação legislativa, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei

nº 8.069/1990), marco legal dos direitos das crianças e dos adolescentes, já contempla, em seu artigo 53, V, dispositivo com conteúdo semelhante.

IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.



## **ACÓRDÃO**

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado na inicial da presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de setembro de 2022.

**RICARDO LEWANDOWSKI**

RELATOR

26/09/2022

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.149 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relatório): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de cautelar ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra a Lei estadual nº 9.385/2021, que inseriu o inciso XII no art. 19 da Lei nº 4.528/2005, “para incluir, entre as diretrizes de organização da educação básica estadual, a determinação de reserva de vagas em escola para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar”. (pág. 1 da inicial).

O requerente sustenta que, “apesar de buscar facilitar o dia a dia das famílias com filhos em idade escolar, assegurando a matrícula de todos na mesma escola”, a norma impugnada apresenta “vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que que a disciplina sobre a organização e o funcionamento da administração é privativa do Poder Executivo, tratando-se de matéria de Reserva da Administração (art. 61, §1º, II, d c/c art. 84, VI, a da Constituição)” (página 2 da inicial), além de violar o “princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição)”.(pág. 2 da inicial)

Defende que o regramento inerente à matrícula escolar se insere no juízo de “discricionariedade técnica da Administração”, o qual foi desrespeitado pela atuação legislativa quando “transferiu aos pais de alunos o poder de decidir a escola em que seus filhos estudarão, independentemente da manifestação da Administração sobre a possibilidade técnica e financeira de matrícula na escola eleita”. No ponto, prossegue afirmando que, “em recente decisão do Ministro Alexandre de Moraes [RE 1367161/SP, DJE de 21/3/2022], o STF afirmou a inconstitucionalidade de lei municipal de iniciativa parlamentar que, assim como o ato normativo impugnado, fixava critérios de matrícula na rede pública de ensino”. (págs. 3 e 4 da inicial)

Na seqüência, justifica a concessão da cautelar nos seguintes termos:

“A concessão de tutela cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, assim como as medidas cautelares em geral, pressupõe a demonstração de *fumus boni juris* e de *periculum in mora*. Quanto ao primeiro requisito, é fora de dúvida a plausibilidade das alegações de violação ao art. 2º e art. 61, § 1º, II, d c/c art. 84, VI, a, da Constituição, tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afirma a inconstitucionalidade de leis de iniciativa parlamentar que impõem atribuições à Administração e interferem na gestão de serviços públicos. Em especial, como já citado, no RE 1367161/SP, Relator Ministro Alexandre de Moraes, o STF afirmou a inconstitucionalidade de ato normativo em hipótese em tudo idêntica à lei estadual impugnada nesta ação direta.

O *periculum in mora*, por sua vez, é evidenciado, não apenas pela renovação diária de violação ao princípio da separação de poderes decorrente da vigência da Lei impugnada, mas também pelos conflitos gerados em razão das demandas de pais de alunos exigindo a matrícula de seus filhos em unidades escolares. A imposição de reserva de vagas pelo ato normativo inconstitucional tem criado obstáculos à atuação das coordenações e secretarias administrativas das escolas públicas estaduais.” (págs. 6 e 7 da inicial)

Em 22/4/2022, determinei a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999 (documento eletrônico 6).

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro manifestou-se pela improcedência do pedido, informando que o Requerente “sancionou o Projeto de Lei fluminense nº 803/2019 do qual decorre a Lei ora impugnada”. (pág. 1 do documento eletrônico 7).

A Advocacia-Geral da União apresentou parecer no sentido da procedência da ação, assim ementado:

“Administrativo. Lei nº 9.385/2021 do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece a obrigatoriedade de reserva de vagas para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar, no estabelecimento de ensino mais próximo de sua residência. Lei de iniciativa do Poder Legislativo. Vício formal. Princípio da simetria. É assente na jurisprudência dessa Corte Suprema o entendimento de que compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública (artigos 61, § 1º, inciso II, alínea “e”; e 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal). A norma estadual, de origem parlamentar,

que estabelece obrigação para o Poder Executivo estadual, ofende o Texto Constitucional. Precedentes desse Supremo Tribunal Federal. Manifestação pela procedência do pedido formulado pelo requerente.” (pág. 1 do documento eletrônico 13)

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pela improcedência dos pedidos, conforme ementa que se segue:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.385/2021 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ACRÉSCIMO DO INCISO XII NO ART. 19 DA LEI Nº 4.528/2002. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DETERMINA A RESERVA DE VAGAS EM ESCOLA PARA IRMÃOS QUE FREQUENTAM A MESMA ETAPA OU CICLO ESCOLAR. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA RELATIVA À POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AO SISTEMA EDUCACIONAL. TEMA NÃO SUJEITO À RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Lei estadual, de iniciativa parlamentar, que prevê a obrigatoriedade de reserva de vagas na mesma escola para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar disciplina política pública de acesso ao sistema educacional, matéria não sujeita à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. – Parecer pela improcedência do pedido.” (pág. 1 do documento eletrônico 19)

É o relatório.

26/09/2022  
PLENÁRIO

## ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.149 / RIO DE JANEIRO

### VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Voto): Inicialmente, registro que a sanção do projeto de lei pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro não repercute, por si só, no julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Isso porque, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a “sanção executiva não tem força normativa para sanar vício de inconstitucionalidade formal, mesmo que se trate de vício de usurpação de iniciativa de prerrogativa institucional do Chefe do Poder Executivo” (ADI 6.337/DF, Rel. Min. Rosa Weber). Com o mesmo entendimento, cito as ADIs 700/RJ, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, e 2.867/ES, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Essa é também a posição do Ministro Alexandre de Moraes, que, em sede doutrinária, sustenta “[...] não ser possível suprir o vício de iniciativa com a sanção, pois tal vício macula de nulidade toda a formação da lei, não podendo ser convalidado pela futura sanção presidencial”.<sup>1</sup> Na mesma direção, o Professor José Afonso da Silva afirma que “[...] a inconstitucionalidade deve perdurar a despeito da adesão, pela sanção, do Chefe do Poder executivo ao projeto aprovado”.<sup>2</sup> Corrobora também com essa visão, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao enfatizar que decisões desta Corte Suprema rejeitam a tese de que, iniciado o processo legislativo por quem não o podia fazer na matéria específica, o vício estaria sanado, desde que o chefe do Executivo, titular da iniciativa reservada, sancionasse o projeto no devido momento.<sup>3</sup>

Assinalo, ainda, que, desde o julgamento da ADI 890/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, ocorreu a superação da Súmula 5/STF, a qual enunciava que “a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”.

Ultrapassada essa questão, passo ao exame da alegada inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 9.385/2021, decorrente do Projeto de Lei nº 803/2019, de iniciativa parlamentar, que inseriu o inciso XII no art. 19 da Lei nº 4.528/2005, “para incluir, entre as diretrizes de organização da educação básica estadual, a determinação de reserva de vagas em escola para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar”.

Transcrevo o inteiro teor da Lei impugnada para melhor compreensão do debate:

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 709.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 448.

<sup>3</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Processo Legislativo dos Estados e Municípios. In. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul./set. 1983, p. 10.

“LEI Nº 9.385 DE 26 DE AGOSTO DE 2021.

ALTERA A LEI Nº 4.528, DE 28 DE MARÇO DE 2005, PARA DISPOR SOBRE A *RESERVA DE VAGA A IRMÃOS NO MESMO ESTABELECIMENTO ESCOLAR*, NA FORMA QUE MENCIONA.

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 4.528, de 28 de março de 2005, para dispor sobre a *garantia de matrícula a irmãos, na mesma escola, na forma que menciona.*

Art. 2º O Art. 19, da Lei nº 4.528, de 28 de março de 2005, passa a vigorar acrescido do Inciso XII, que terá a seguinte redação:

‘Art. 19. [...]

[...]

XII – o Poder Executivo, *mediante regulamentação própria, deverá garantir*, a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar, *reserva de vagas no estabelecimento de ensino mais próximo de sua residência, desde que a Unidade Escolar onde um dos irmãos já esteja matriculado, possua a etapa ou ciclo escolar do outro irmão, e não tenha como meio de admissão processo seletivo específico, por meio de sorteio público ou prova.*’

Art. 3º As dotações orçamentárias contemplarão as despesas previstas nesta Lei, devendo ser suplementadas, caso necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”  
(documento eletrônico 2; grifei)

Observo que a ementa do referido ato normativo já revela que o seu objeto não subtrai do Chefe do Poder Executivo a iniciativa que lhe é reservada pelos arts. 61, § 1º, II, e; e 84, VI, *a*, ambos do Texto Constitucional, “de observância obrigatória pelos Estados-Membros”,<sup>4</sup> os quais ostentam a seguinte redação:

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35. Op. cit., p. 682.

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;”

Naquilo que aqui interessa, pode-se afirmar que os dispositivos constitucionais supratranscritos revelam a competência privativa para o Chefe do Poder Executivo disciplinar, por lei (art. 61, § 1º, II, e, da CF) ou Decreto (art. 84, VI, a, da CF), sobre a organização e o funcionamento da administração, *no último caso*, desde que não haja aumento de despesas nem criação ou extinção de órgãos.

Ora, a iniciativa, “primeiro ato do processo legislativo [...] deflagra e impulsiona o trâmite legislativo”.<sup>5</sup> Nas hipóteses em que é reservada, “[...] por constituir matéria de direito estrito, *não se presume e nem comporta interpretação ampliativa*, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – *deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca*.” (ADI 724-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello; grifei).

Ademais, o Pleno do STF já assentou que “[...] o desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, que resulte da usurpação de poder sujeito a cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do diploma legislativo eventualmente editado”, já que “a usurpação da prerrogativa de instaurar o processo legislativo, por iniciativa parlamentar,

<sup>5</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 923.

qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da norma que dele resulte.” (ADI 2.364/AL, Rel. Min. Celso de Mello)

Nesse contexto, considerando o teor da norma impugnada, não posso deixar de concluir, tal como fez o Procurador-Geral da República, que “[I]ei estadual que prevê a obrigatoriedade de reserva de vagas no mesmo estabelecimento para irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo escolar *não influencia na atuação e no funcionamento de órgãos da Administração Pública local, não trata do regime jurídico de servidores públicos, nem implica dispêndio de verbas públicas*, motivo pelo qual não se vislumbra vício de inconstitucionalidade formal na norma impugnada.” (página 9 do documento eletrônico 19; grifei)

Digo isso porque a determinação de tão somente garantir, na medida do possível, que irmãos possam frequentar o mesmo estabelecimento de ensino não é matéria que diga respeito à organização ou ao funcionamento da Administração estadual. O dispositivo impugnado também não trata regime jurídico dos respectivos servidores públicos.

Note-se que, além de não promover ingerência no regime aplicável aos profissionais da educação, não houve alteração nas atribuições de órgão público, tampouco do Chefe do Poder Executivo, o qual teve expressamente preservada a autonomia para tratar da situação mediante “regulamentação própria” (art. 2ª da Lei estadual nº 9.385/2021).

O legislador estadual sequer estabeleceu um regramento procedimental a ser seguido pelo gestor local a respeito das matrículas dos irmãos estudantes.

Ao revés, condicionou a matrícula dos irmãos a critérios razoáveis, quais sejam, que a Unidade Escolar onde um dos irmãos já esteja matriculado: (i) “possua a etapa ou ciclo escolar do outro irmão”; e (ii) “não tenha como meio de admissão processo seletivo específico, por meio de sorteio público ou prova”.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que “norma de origem parlamentar que não cria, extingue ou altera órgão da Administração Pública [como no caso em apreço] não ofende a regra constitucional de iniciativa privativa do Poder Executivo para dispor sobre essa matéria”. (ARE 1.304.277-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin; grifei).

Longe de deturpar os princípios constitucionais da Reserva de Administração (art. 61, § 1º, e art. 84, VI, da CF) ou da Separação de Poderes (art. 2º da CF), a política pública garantida pelo legislador Fluminense reafirma e densifica diretrizes já previstas na Constituição Federal, as quais, entre outros, aprimoram o acesso das crianças ao sistema de ensino, diminuem a evasão escolar, facilitam o transporte de alunos e protegem a convivência familiar.

No ponto, vale registrar que o ato normativo questionado não representa propriamente uma inovação legislativa, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990), que disciplina nacionalmente os direitos



das crianças e dos adolescentes, também contempla, em seu art. 53, V, dispositivo com conteúdo semelhante:

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

[...].

*V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica”.* (grifei)

Lembro, ainda, que a Constituição Federal, bem assim o ECA, que lhe sobreveio, incorporaram importantes instrumentos de defesa dos menores, que têm por base a denominada “Doutrina da Proteção Integral”. Trata-se de um conjunto de princípios e iniciativas, discutido no âmbito das Nações Unidas por cerca de uma década, ao longo do processo de elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que veio a ser o pacto de direitos humanos mais ratificado no mundo, tendo apenas um país se recusado a fazê-lo.

Como corolário da adoção dessa Doutrina, o art. 227 da Constituição dispõe que é

*“[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”* (grifei).

A esse respeito, o Ministro Celso de Mello já assinalou que

*“[...] a proteção aos Direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, caput) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num facere [...].*

[...]

[...] o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos

econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello)

[...]

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, *a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação*, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial [...].

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) *não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, caput, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.*

[...]

*O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.”* (RE 482.611/SC, Rel. Min. Celso de Mello)

Crianças e adolescentes são, portanto, sujeitos de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do postulado constitucional da “prioridade absoluta”. A esta Corte, evidentemente, cabe preservar essa diretriz, garantindo a proteção integral dos menores segundo o seu melhor interesse, em especial de sua vida, saúde, alimentação e educação.

A propósito, resalto que o Supremo Tribunal Federal já consignou que

“[o] Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente o *direito à convivência familiar* [artigo 227, *caput*, da Constituição do Brasil]. O objetivo maior da Lei n. 8.069/90 é a *proteção integral à criança e ao adolescente, aí compreendida a participação na vida familiar e comunitária.*” (HC 98.518/RJ, Rel. Min. Eros Grau; grifei).

Em outra oportunidade, o STF assentou que “o Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, *a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário*, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade.” (HC 88.473/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; grifei)

José Afonso da Silva assinala que “[a]sssegurar os direitos da criança e do adolescente é dever da família, da sociedade e do Estado, *com absoluta prioridade*”, cabendo ao Estado “[...] o verdadeiro *dever jurídico de garantir à criança e ao adolescente os direitos referidos no artigo [227 da CF].*”<sup>6</sup>

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos assevera que “[...] à criança e ao adolescente o legislador constituinte concedeu tais prerrogativas visando ao seu pleno desenvolvimento dentro de um contexto apropriado e que, sem dúvida, *os orienta a uma vida melhor e para uma perfeita convivência social.*”<sup>7</sup> Nesse contexto, entendo que o ato normativo questionado - longe de desrespeitar a iniciativa privativa do chefe do poder executivo - reforça e consolida política pública capaz de minimizar ou neutralizar os efeitos da discriminação e do estigma social de famílias carentes, contribuindo para que os estudantes das escolas públicas gozem do maior convívio familiar possível.

Em tempo, o próprio requerente reconhece que o dispositivo impugnado visa “facilitar o dia a dia das famílias com filhos em idade escolar”. (página 3 da inicial).

Outrossim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a alegação de usurpação da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e validado normas que incrementam ou concretizam mandamentos e direitos fundamentais já previstos no Texto Constitucional, como na espécie. Confirmam-se:

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 857; grifei.

<sup>7</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687; grifei.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI nº 1.597/2011, DO ESTADO DO AMAPÁ. CRIAÇÃO DA CASA DE APOIO AOS ESTUDANTES E PROFESSORES PROVENIENTES DO INTERIOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. *Norma de origem parlamentar que não cria, extingue ou altera órgão da Administração Pública não ofende a regra constitucional de iniciativa privativa do Poder Executivo para dispor sobre essa matéria. Precedentes.*
2. *Não ofende a separação de poderes, a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição. Precedentes.*
3. *Ação direta julgada improcedente.” (ADI 4.723/AP, Rel. Min. Edson Fachin; grifei)*

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI FEDERAL Nº 13.060/2014. NORMA QUE DISCIPLINA O USO DOS INSTRUMENTOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO PELOS AGENTES DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA ESTADUAL, À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO OU À RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. *Lei federal que disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública e que visa proteger o direito à vida não ofende a autonomia estadual.*
2. *A proporcionalidade no uso da força por parte dos agentes de segurança decorre diretamente do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos que a República Federal do Brasil aderiu.*
3. *Nenhuma pessoa pode ser arbitrariamente privada de sua vida. A arbitrariedade é aferida de forma objetiva, por meio de padrões mínimos de razoabilidade e proporcionalidade, como os estabelecidos pelos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados em 7 de setembro de 1990, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.*

4. *A Lei nº Federal 13.060/2014 dá respaldo aos Princípios Básicos, adotando critérios mínimos de razoabilidade e objetividade, e, como tal, nada mais faz do que concretizar o direito à vida.*

5. *Ação direta julgada improcedente.” (ADI 5.243/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin; grifei)*

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIAÇÃO DO PROGRAMA CRECHE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. DECISÃO RECORRIDA QUE SE AMOLDA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. *Norma de origem parlamentar que não cria, extingue ou altera órgão da Administração Pública não ofende a regra constitucional de iniciativa privativa do Poder Executivo para dispor sobre essa matéria. Precedentes.*

2. *Não ofende a separação de poderes a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição. Precedentes.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 1.282.228-AgR/RJ, Rel. Min. Edson Fachin; grifei)*

Por fim, merece registro que o precedente citado pelo requerente em abono a sua tese – RE 1.367.161/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática negando seguimento a recurso extraordinário – não se aplica na hipótese.

Há peculiaridades que devem ser consideradas.

No caso em apreço, o projeto de lei de iniciativa parlamentar aprovado somente possibilita que irmãos, quando não houver empecilho de ordem objetiva, venham a frequentar a mesma escola. Por outro lado, no paradigma citado, a norma reputada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, também de procedência parlamentar, tratou da “*obrigatoriedade de a Secretaria Municipal de Educação disponibilizar aos pais a escolha da unidade de ensino*” (grifei), o que não acontece na espécie.

Aqui, a Lei fluminense não confere aos pais o poder de escolha sobre a unidade educacional, impedindo, portanto, que exista embaraço às estratégias previamente traçadas pelo gestor local.

Ademais, conforme observado anteriormente, a norma impugnada na presente ação prevê condicionantes para que os irmãos frequentem a escola em conjunto, de maneira a não criar dificuldades ou até mesmo engessar a atuação do gestor público.

Assim, não vislumbro a alegada inconstitucionalidade formal da lei estadual questionada.

Isso posto, acolhendo a manifestação do Procurador-Geral da República, voto pela *improcedência* do pedido formulado na inicial da presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

## PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.149**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator. Falaram: pelo requerente, o Dr. Marcelo Rocha de Mello Martins, Procurador do Estado do Rio de Janeiro; e, pelo *amicus curiae*, o Dr. Rodrigo Azambuja Martins, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Plenário, Sessão Virtual de 16.9.2022 a 23.9.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 657165 / RIO DE JANEIRO  
(2021/0097651-5)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**MARÍLIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: GERSON BRENO VIANA ROSA**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do *Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do

interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” [CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei nº 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112].

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “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”.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com



base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2022.

**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
Relator

**HABEAS CORPUS Nº 657165 / RJ (2021/0097651-5)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**MARÍLIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: GERSON BRENO VIANA ROSA**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do *Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que

o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “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”.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GERSON BRENO VIANA ROSA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* que denegou a ordem no HC n. 0006724-83.2021.8.19.0000.

Consta dos autos que o réu foi denunciado, em 28/3/2020, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que o Ministério Público deixou de oferecer-lhe acordo de não persecução penal sob o argumento de que o paciente não haveria confessado o delito no inquérito policial.

A defesa aduz que, diante de tal negativa, requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para reanálise da oferta, com base no que dispõe o § 14 do art. 28-A do CPP, mas teve seu pedido indeferido pelo Juízo singular por não haver sido preenchido o requisito legal objetivo da confissão, o que foi mantido pelo Tribunal *a quo* no julgamento do *habeas corpus* lá impetrado.

Afirma, nesse sentido, ser ilegal a conduta do Magistrado, uma vez que o acusado, perante a autoridade policial, ficou em silêncio e não foi informado sobre a possibilidade de celebrar ANPP em caso de confissão.

Sustenta que “O entendimento do membro do *Parquet*, abarcado pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, voltado à exigência de que a confissão deve ser apresentada em sede policial, sob pena de não incidência do ANPP contraria orientações e a própria normativa correlata elaborada no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro” (fl. 7), pois “no ‘FLUXO DO ANPP’, documento elaborado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, consta advertência no sentido de que ‘a negativa de confissão em sede policial não elide a possibilidade de confissão perante o Ministério Público. Havendo confissão perante o MP e, portanto, preenchido o último requisito objetivo, será celebrado o acordo (Enunciado 03 PGJ/MPRJ)’” (fl. 7).

Argumenta, ainda, que “o legislador, ao exigir a confissão formal e circunstanciada, não externou a necessidade de que ela fosse realizada na fase pré-processual. Como já dito, por configurar-se como um acordo, que pressupõe uma união de vontades, é imprescindível que o acusado, antes de confessar a prática delitiva, seja informado dos benefícios e ônus que terá que suportar ao aceitar a negociação, tornando praticamente impossível, que confesse o crime em sede policial, antes mesmo de ter conhecimento do direito ao ANPP” (fl. 12).

Requer, assim, “a concessão da ordem para que a ação penal permaneça suspensa enquanto os autos são remetidos ao Procurador-Geral de Justiça para avaliar o cabimento do ANPP, decretando, ainda, a nulidade dos autos desde a decisão em que deveria ter sido determinada a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça” (fl. 13).

Indeferida a liminar (fls. 128-129), o Ministério Público Federal apresentou parecer *favorável* à concessão da ordem (fls. 135-142).

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, verifco que o feito ainda não foi julgado e aguarda a realização de audiência de instrução designada para 23/5/2023.

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

#### I. Acordo de não persecução penal

Informam os autos que o réu foi denunciado, em 28/3/2020, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que o Ministério Público deixou de oferecer acordo de não persecução penal sob o argumento de que o paciente não haveria confessado o delito no inquérito policial.

O Juiz de direito, ao rejeitar o pedido defensivo, afirmou que “Assiste inteira razão a promoção ministerial retro, posto que ausente um requisito legal objetivo que se exige, a saber, a confissão. Ademais, conforme mencionado pelo *Parquet*, trata-se de uma faculdade do Ministério Público, não se tratando de um direito subjetivo do acusado. Dessa forma, indefiro o pedido de fls.137/153” (fl. 101).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a decisão ao argumento de que “o paciente não confessou a prática do crime em sede policial, não preenchendo um dos requisitos para o oferecimento do benefício em questão, o que torna ineficaz a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, ante a inviabilidade de formulação do acordo” (fl. 122).

A controvérsia reside na correta interpretação a ser dada à nova disposição contida no art. 28-A do CPP e em seu § 14, introduzidos pela Lei n. 13.964/ 2019, com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e *tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos*, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

[...]

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a *transação penal* ou com a *suspensão condicional do processo*, introduziu, no sistema processual, *mais uma forma de justiça penal negociada*.

Há diferenças substanciais, porém, entre tais institutos. A principal delas, a meu sentir, reside no fato de que, enquanto na *transação penal* o acordo é de



*cumprimento de penas* (não privativas de liberdade) e no *sursis* processual já há um *processo instaurado, no acordo de não persecução penal (ANPP) se acerta o cumprimento de condições* (funcionalmente equivalentes a penas). Além disso, ao contrário do que se dá em relação aos dois outros institutos, o *ANPP pressupõe*, como requisito de sua celebração, *prévia confissão* do crime por parte do investigado.

O instituto se revela como *uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere* ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais.

*Não foi feito com o propósito específico de beneficiar o réu* – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, *mas para beneficiar a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados.*

Na verdade, o novel instituto traz *benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado*, visto que ambos renunciam a direitos ou pretensões em troca de alguma vantagem: o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade.

De fato, essa solução *negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais* (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).

No caso, o Ministério Público se recusou a oferecer proposta de ANPP ao acusado sob o fundamento de que ele não confessou a prática do crime quando ouvido perante a autoridade policial.

A defesa sustenta, de outra parte, que o réu se limitou a exercer seu direito constitucional ao silêncio e, em nenhum momento, ele foi cientificado quanto à possibilidade de fazer jus à benesse legal caso confessasse a conduta.

Entendo assistir razão à defesa, pelos fundamentos que passo a expor.

De início, é importante salientar que, ao contrário do afirmado pelo Juiz de direito, o oferecimento de acordo de não persecução penal não consiste em uma “mera faculdade do Ministério Público” (fl. 60).

Realmente, é consolidado neste Superior Tribunal o entendimento de que não há direito subjetivo do réu aos mecanismos de justiça penal consensual, tais como a suspensão condicional do processo, a transação penal e, no que interessa para o caso, o acordo de não persecução penal. Ilustrativamente: “A Proposta de suspensão condicional do processo não se trata de direito subjetivo do réu, mas de poder-dever do titular da ação penal, a quem compete, com exclusividade, sopesar a possibilidade de aplicação do instituto consensual de processo, apresentando fundamentação para tanto” (AgRg no HC n. 654.617/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 11/10/2021).

Todavia, se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também *não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet*. O ANPP é um *poder-dever* do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade *regrada*) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos.

Como *poder-dever*, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e *não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea*, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

Sobre o conceito de *poder-dever*, convém lembrar a lição clássica da doutrina administrativista:

*Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.*

[...]

*Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67-68 e 90, grifei)*

Bandeira de Mello, aliás, prefere a expressão *dever-poder*, em vez de *poder-dever*, justamente por enfatizar que se trata muito mais de uma competência atribuída ao ente exclusivamente para que possa cumprir a finalidade instituída em lei do que uma opção a ser exercida ao bel-prazer de seu titular. Confira-se:

Costuma-se dizer – insatisfatoriamente, aliás – que competências são uma demarcação de poderes, um feixe de poderes ou um círculo de poderes. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências.

*Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.*

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de funções, implicam dever de atuar no interesse alheio – o do corpo social –, compondo, portanto, uma situação de sujeição. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em prol de um terceiro: a coletividade que representam.

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à finalidade em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de dever: o de prover àquele interesse.

*Destarte, ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. Por isto é que é necessário colocar em realce a ideia de dever – e não a de poder –, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o fim a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados “enquanto conjunto”, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.*

Em suma: *nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para autossatisfação*. Estas, no Estado de Direito – onde “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a “cidadania” é um de seus fundamentos (art. 1º, II, da Constituição Federal) –, obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142-143, destaquei).

Destarte, é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do *dever-poder*), e não da mera faculdade, que deve ser analisada a recusa do órgão ministerial.

## II. Ausência de confissão no inquérito policial

Feitas essas considerações preliminares, passo a examinar o fundamento usado pelo Promotor de Justiça em primeiro grau para não ofertar proposta de ANPP ao réu, o qual foi acolhido pelo Juiz de direito para deixar de remeter os autos à instância revisora do Ministério Público: *a ausência de confissão do réu no inquérito policial*.

Não ignoro, naturalmente, que o entendimento desta Corte Superior de que o simples requerimento de remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, “*por si só, não impõe ao Juízo de primeiro grau a remessa automática do processo ao órgão máximo do Ministério Público, considerando-se que o controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público*” (HC n. 668.520/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/8/2021, grifei). Com efeito, se for evidente a ausência de algum dos requisitos *objetivos* para a celebração do acordo, não há necessidade de que sejam remetidos os autos à instância revisora do Ministério Público, o que apenas serviria para atrasar a marcha processual e sobrecarregar aquela instituição. Basta imaginar, por exemplo, a hipótese de crime de latrocínio, cuja pena mínima supera em muito o limite de quatro anos e ainda é cometido com violência. Não seria razoável, nesse caso, pelo mero requerimento da defesa, encaminhar o feito à Procuradoria-Geral de Justiça para reafirmar o nítido descabimento do acordo.

Nessa perspectiva, a ausência de confissão, como requisito objetivo, *ao menos em tese*, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP.

Faço lembrar, contudo, que, *ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito*, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual

estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

Tal entendimento é compartilhado por Sandro Carvalho, membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, para quem:

*O fato de o 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. (CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 78, out./dez. 2020, p. 247-261, grifei)*

É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “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”.

A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento.

Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

A propósito:

A confissão não pode ser exigida de forma prévia ao ANPP, mas sempre de forma posterior, em que o investigado de maneira livre e orientada pelo seu defensor deliberará a respeito da sua manifestação em troca das condições fixadas para celebração do ajuste, a fim de que seja evitado o processo penal e com proveito tanto para acusação quanto para defesa.

*Ou seja, não há lógica em se exigir do investigado confissão prévia à manifestação do Ministério Público sobre o oferecimento do ANPP, tendo em vista que, naquela etapa ainda preliminar, é impossível saber se efetivamente haverá a proposta do benefício. Imagine-se, por exemplo, que o Parquet atribua classificação jurídica aos fatos mais gravosa se comparada com aquela dada pela autoridade policial (requisito objetivo) ou, então, entenda que o ANPP é insuficiente para prevenção e reprovação do crime (requisito subjetivo).*

*Nos dois últimos exemplos, a autoincriminação prévia do investigado em nada interferiria na ponderação acerca da viabilidade do ANPP, servindo apenas como prejuízo à defesa na fase de ação penal e em outras esferas do Direito. Da mesma forma, serviria como instrumento de pressão para que os investigados confessassem práticas criminosas visando a futura proposta de acordo. (DAGUER, Beatriz; SOARES JÚNIOR, Rafael. O momento da confissão e o acordo de não persecução penal, disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-set-05/opinioao-momentoconfissao-acordo-nao-persecucaopenal#:~: text=A%20confiss%C3%A3o%20n%C3%A3o%20pode,%20ser,penal%20acesso%20em%20julho/2022](https://www.conjur.com.br/2021-set-05/opinioao-momentoconfissao-acordo-nao-persecucaopenal#:~:text=A%20confiss%C3%A3o%20n%C3%A3o%20pode,%20ser,penal%20acesso%20em%20julho/2022)).*

Foi nesse sentido, aliás, o parecer do Ministério Público Federal (fls. 135-142, destaquei):

[...]

Ocorre que, ao não determinar a remessa dos autos à instância superior do MP, como determina o § 14, do artigo 28, do CPP, o juiz acabou por, efetivamente, incidir em ilegalidade, que não foi afastada pelo acórdão ora impugnado. Realmente, referido dispositivo legal consagra o sistema acusatório, não cabendo ao juiz decidir se vai ou não o obedecer, em determinada circunstância. Segundo a lei, “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.” É, portanto, ao órgão interno superior do Ministério Público (PGJ, Conselho ou Câmara) que cabe a revisão do ato do Promotor de Justiça, que age, ao não oferecer o ANPP, no exercício de sua precípua função de acusação. Não cabe, assim, ao Judiciário – cuja atuação se dá em outro momento – substituir a instância superior do Ministério Público. É a ela, e não ao juiz, que cabe dizer se a recusa no oferecimento do acordo deve ou não prevalecer. Manifesta, assim, a ilegalidade na não remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado, que merece ser corrigida por meio da concessão da ordem, no ponto. 3.2.

*Outrossim, o simples fato de o paciente não ter confessado a prática delituosa na fase pré-processual, não obsta que essa confissão venha a ser feita, implementando-se, assim, o requisito para o acordo.*

Ademais, embora o tráfico de drogas seja apenado com pena mínima de 5 anos, verifica-se que o caso, a uma primeira vista, trata do denominado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, cuja pena mínima é inferior a 2 anos de reclusão.

No caso, o paciente é primário, com bons antecedentes (fls. 56/59), e não restou comprovada, de forma inequívoca, sua dedicação ao crime ou sua integração com organização criminosa, sendo que foi preso com 45 porções de maconha (77,3 gramas).

Além disso, o fato de já se ter iniciado o processamento do feito criminal não é impeditivo do oferecimento do acordo.

*Desse modo, nos termos do art. 28-A, § 14º, do CPP, a hipótese justifica a remessa do feito ao órgão superior do MPRJ, submetendo a recusa do ANPP à revisão da instância competente. A reforma do acórdão recorrido, portanto, é medida de rigor, uma vez que, de fato, há ilegalidade que merece ser afastada por meio da concessão da ordem de ofício.*

Assim, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

### III. Dispositivo

À vista do exposto, *concedo a ordem*, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

Comunique-se, *com urgência*, o inteiro teor desta decisão ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem, para as providências cabíveis.

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0097651-5

PROCESSO ELETRÔNICO HC 657.165 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067248320218190000 345718620198190014  
67248320218190000

EM MESA

JULGADO: 09/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA



## **AUTUAÇÃO**

**ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
MARÍLIA DE ABREU QUARESMA LEITÃO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: GERSON BRENO VIANA ROSA**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## **SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr. PEDRO CARRIELLO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,  
pela parte PACIENTE: GERSON BRENO VIANA ROSA

## **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, concedeu o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.



# **HABEAS CORPUS Nº 754789 / RIO GRANDE DO SUL (2022/0210041-8)**

**RELATOR: MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PACIENTE: CARLOS ROBERTO MADEIRA RIBEIRO**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

## **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. NULIDADE PROBATÓRIA. INVASÃO DE IMÓVEL SEM MANDADO JUDICIAL. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RECEPÇÃO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CRIMES DE NATUREZA AUTÔNOMA. PENA-BASE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ARMAMENTO APREENDIDO. MAJORAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, a equipe policial recebeu denúncia anônima dando conta de que parte do carregamento subtraído de um roubo (armas e munições) estava nas dependências da borracharia pertencente ao réu, diante do que procederam à diligência ao local. Aguardaram até não mais ter clientes nas dependências do estabelecimento, quando abordaram o acusado e adentraram ao local.

2. Tendo ocorrido a abordagem policial em imóvel no qual funciona estabelecimento comercial, ainda que a diligência tenha ocorrido quando não havia mais clientes, a hipótese é de local aberto ao público, que não recebe a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio.

3. Conforme jurisprudência desta Corte “é inaplicável o princípio da consunção entre os delitos de recepção e porte ilegal de arma de fogo, por serem diversas a natureza jurídica dos tipos penais.” (AgRg no REsp n. 1.633.479/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe de 16/11/2018.)

4. A apreensão de elevada quantidade de munição – no caso concreto 9.550 munições calibre .40; 3.700 munições calibre .380; 41 munições calibre .38, e 10 munições calibre .22 quanto ao crime do Art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03; e 200 munições calibre .12; 1.000 munições calibre 7.62 e 2.000 munições calibre .556 referente ao delito do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03 – extrapola a prática comum delitiva, constituindo justificativa idônea para o aumento da pena-base.

5. *Habeas corpus* denegado.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 06 de dezembro de 2022.

OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª região)  
Relator

**HABEAS CORPUS Nº 754789 / RS (2022/0210041-8)**

**RELATOR: MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PACIENTE: CARLOS ROBERTO MADEIRA RIBEIRO**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. NULIDADE PROBATÓRIA. INVASÃO DE IMÓVEL SEM MANDADO JUDICIAL. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RECEPÇÃO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CRIMES DE NATUREZA AUTÔNOMA. PENA-BASE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ARMAMENTO APREENDIDO. MAJORAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, a equipe policial recebeu denúncia anônima dando conta de que parte do carregamento subtraído de um roubo (armas e munições) estava nas dependências da borracharia pertencente ao réu, diante do que procederam à diligência ao local. Aguardaram até não mais ter clientes nas dependências do estabelecimento, quando abordaram o acusado e adentraram ao local.

2. Tendo ocorrido a abordagem policial em imóvel no qual funciona estabelecimento comercial, ainda que a diligência tenha ocorrido quando não havia mais clientes, a hipótese é de local aberto ao público, que não recebe a proteção constitucional da inviolabilidade do domicílio.

3. Conforme jurisprudência desta Corte “é inaplicável o princípio da consunção entre os delitos de receptação e porte ilegal de arma de fogo, por serem diversas a natureza jurídica dos tipos penais. (AgRg no REsp n. 1.633.479/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe de 16/11/2018.)

4. A apreensão de elevada quantidade de munição – no caso concreto 9.550 munições calibre .40; 3.700 munições calibre .380;

41 munições calibre .38, e 10 munições calibre .22 quanto ao crime do Art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03; e 200 munições calibre .12; 1.000 munições calibre .7.62 e 2.000 munições calibre 5.56 referente ao delito do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03 – extrapola a prática comum delitiva, constituindo justificativa idônea para o aumento da pena-base.

5. *Habeas corpus* denegado.

## RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CARLOS ROBERTO MADEIRA RIBEIRO contra acórdão assim ementado (fls. 21-22):

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 17, C/C ART. 19, AMBOS DA LEI 10.826/03. ART. 180, §1º, DO CP. COMÉRCIO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E RECEPÇÃO QUALIFICADA. INVASÃO DE DOMICÍLIO NÃO CONFIGURADA. MÉRITO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALIDADE. CONFISSÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO (ARTS. 12 E 16, AMBOS DA LEI 10.826/03) E PARA O DELITO DE RECEPÇÃO SIMPLES (ART. 180, *CAPUT*, DO CP). COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAMENTO NÃO DEMONSTRADA. DELITOS AUTÔNOMOS. APENAMENTO REDIMENSIONADO. AJG DEFERIDA.

I - Em que pese a ação policial tenha se originado de denúncia anônima, a entrada dos agentes públicos no estabelecimento comercial do acusado foi por ele franqueada, sem qualquer oposição, pelo que inexistia qualquer dúvida de que o agir dos policiais estava legitimado.

II - Materialidade e autoria delitiva devidamente comprovadas. Alegações das autoridades policiais que restaram ratificadas pelas demais provas dos autos.

III - Considerando que o armamento foi apreendido na posse direta do acusado, a ele incumbia a demonstração dos elementos circunstanciais envolvendo seu recebimento ou a aquisição legal deste, ônus do qual não se desincumbiu.

IV - Não há, nos autos, qualquer prova que indique que o armamento apreendido em poder do acusado se destinava à comercialização, atividade cuja prática não pode ser presumida apenas pela quantidade de armas de fogo/munições encontradas, ou pela profissão de comerciante do réu. Para tipificação do delito previsto no art. 17, da Lei 10.826/03, é necessária comprovação do efetivo exercício de atividade comercial, de forma habitual, envolvendo artefatos bélicos. Precedentes.

V - Hipótese de *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição, providência cabível, consoante dispõem arts. 383 e 617, do CPP. Desclassificação das condutas narradas na denúncia para os delitos de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito



(arts. 12e 16, da Lei 10.826/03) e de receptação simples (art. 180, *caput*, do CP).

VI - Os delitos de posse ilegal de arma de fogo e receptação são autônomos, tutelam bens jurídicos diversos e subsistem, em qualquer contexto fático, um independentemente do outro. Não há que falar, portanto, em dupla imputação.

VII - Apenamento readequado, sem agravamento da situação final do réu. Pena privativa de liberdade reduzida e fixação de regime carcerário mais brando para início do cumprimento da reprimenda.

#### RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O paciente foi condenado como incurso nas sanções dos arts. 17, *caput*, c/c art. 19, *caput*, da Lei 10.826/03, e do art. 180, § 1º, do CP, às penas de 13 (treze) anos e 6(seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento para desclassificar as condutas narradas na denúncia (2º, 3º e 4º fato) para os delitos previstos, respectivamente, nos arts. 12, *caput*, e 16, *caput*, da Lei 10.826/03, e art. 180, *caput*, do CP, redimensionando a pena definitiva para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

A impetrante sustenta que a invasão ao domicílio do ora paciente foi ilegal, fato que invalida as provas obtidas e conduz à absolvição do paciente.

Assinala que “a simples afirmação feita pelos policiais de que a entrada em domicílio foi franqueada pelo agente, parentes ou moradores do local não é fundamento idôneo para relativizar o direito à inviolabilidade de domicílio, sendo necessário que haja mínima certificação e documentação do ocorrido para que seja possível verificar a veracidade das informações.”

Alega, ainda, sucessivamente, que deve ser reconhecido o princípio da consunção entre os crimes de posse de munição de uso restrito, posse de munição de uso permitido e receptação, e que não há de se falar em concurso material entre as condutas, requerendo o reconhecimento de crime único.

Ainda sucessivamente, aduz a inexistência de elementos nos autos aptos a embasar o reconhecimento negativo da vetorial circunstâncias na dosimetria da pena, realizado pelo tribunal.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para absolvição do paciente diante da nulidade da prova, ou, alternativamente, readequação da pena aplicada.

A liminar foi indeferida (fls. 508-509). Prestadas as informações, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul manifesta-se pelo não conhecimento da presente impetração, e, se conhecida, por que seja desprovida. (fls. 558-563)

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, ausente flagrante ilegalidade, pela não concessão da ordem de ofício. (fls. 564- 571)

É o relatório.

### VOTO

Na hipótese, a tese de nulidade da busca e apreensão foi apresentada por ocasião da apelação, tendo assim se manifestado o Tribunal de origem (fls. 26-28):

No mérito, a materialidade e autoria delitiva encontraram amparo nos documentos que integram o inquérito policial (auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudos provisórios de constatação de funcionalidade de arma de fogo, consultas de armas, ocorrência policial de furto/roubo de armamento – AP, ev. 3, PROCJUDIC1; NFe relativas às armas de fogo/munições – AP, ev. 3, PROCJUDIC2), no laudo pericial (AP, ev. 3, PROCJUDIC5, p. 37/39), bem assim na prova oral colhida em juízo, bem sintetizada na sentença condenatória, conforme pude ratificar pela oitiva das mídias disponibilizadas no sistema Eproc, pelo que reproduzo:

Nesse sentido, a testemunha Rafael Lahti Borges, policial civil, referiu que, *na delegacia, chegaram informações relativas ao local em que estaria sendo mantida parte de uma carga de munições, roubada na cidade de Portão, tratando-se de uma borracharia. Em diligência junto ao estabelecimento, foi franqueada a entrada pelo proprietário, a partir de quando as caixas contendo as balas começaram a ser encontradas em grande quantidade, havendo uma pluralidade de calibres. Dentro do veículo do acusado havia um revólver calibre 38. Disse que havia “miguelitos” no local, além de maçaricos e soldadores. Acredita que a denúncia tenha sido anônima. Não se recorda do que foi alegado pelo acusado quando do flagrante. Desconhece o réu e quaisquer outras investigações instauradas em seu desfavor. Por fim, esclareceu que os lotes constantes das caixas condiziam com as informações declinadas pela empresa de cargas.*

Por seu turno, o inspetor de polícia Jerônimo Guimarães do Canto Alves, arrolado pela acusação, narrou que *havia uma investigação em andamento relativa a um roubo de carga, tendo sido veiculada denúncia anônima dando conta de que*

*parte do carregamento subtraído estava nas dependências da borracharia pertencente ao réu, diante do que procederam à diligência local. O estabelecimento estava em pleno funcionamento. Em busca perfunctória, foi localizada uma caixa com cerca de 1.000 munições. Questionado, o acusado referiu ser atirador, em que pese sua licença estivesse vencida. Após, foram localizadas as demais balas, além de outras armas em situação irregular. Aduziu que, embaixo de uma construção, havia uma caixa com dois ou três potes de “miguelitos” e, no interior da mecânica, havia lanças de maçarico e cordas. Desconhece o acusado. Aclarou que o material apreendido alcançava cerca de 1/3 da carga total. Não houve resistência à prisão. Nunca vislumbrou investigações outras voltada contra o requerido. Desconhece o desdobramento da investigação relativa ao roubo, porque de responsabilidade de equipe diversa*

*O policial civil Eduardo Teixeira Raldi disse que, chegando ao local da ocorrência, o requerido foi questionado acerca da existência de munição no interior do estabelecimento, o que prontamente respondeu afirmativamente, não havendo qualquer ato de resistência. Havia uma quantidade expressiva de cartuchos. Esclareceu que o material apreendido, como maçaricos, é destinado a roubo de bancos, comumente. O réu lhe é desconhecido. A investigação afeta à interceptação da carga era conduzida por equipe especializada, de modo que a guarnição procedeu à diligência em função de denúncia anônima, de forma desvinculada.*

*Ainda, a testemunha de acusação Wellington de Franklin B. Machado, policial civil, contou que a equipe recebeu informação de que havia armas e munições em uma borracharia. Em razão de haver investigações em curso, relativa ao roubo de uma carga, diligenciaram no local indicado. Aguardaram até não mais ter clientes nas dependências do estabelecimento, quando abordaram o acusado, que, de pronto, indicou o local em que estocada a res furtiva. Encontraram, também, duas armas. Nunca havia presenciado situação envolvendo tanta munição subtraída e com tamanha variedade de calibres. Nas dependências foram encontrados materiais que normalmente são destinados à prática delitiva, sendo que parte estava escondida em um forro. Os “miguelitos” estavam em um anexo da borracharia. Indagado, o denunciado afirmou que não podia declinar a origem da*

munição. Asseverou que aguardaram que não mais tivesse clientela para preservar eventuais terceiros que pudessem estar presentes em confronto, considerando a gravidade da denúncia.

Andreia de Castro, esposa do acusado, referiu que o marido possui o estabelecimento há cerca de 12 anos. No tocante aos fatos, narrou que Roberto havia lhe informado que guardava consigo o material, porquanto havia dado problema com uns “caras”, que precisavam de local com espaço amplo para depositar as munições. Em um primeiro momento, houve a recusa, mas pessoas do entorno o coagiram a guardá-las. Desconhece de situação similar anterior. Havia carros que circulavam a frente da sua casa, dos quais temia; todavia, nunca fora ameaçada diretamente. Desconhece tais pessoas. Por conseguinte, Alexandra de Castro Dias, cunhada do demandado, disse que ele nunca se envolveu em outros delitos. No tocante às balas, esclareceu que Andreia havia procurado-lhe anteriormente, pedindo conselhos sobre como agir, oportunidade em que contou que estava sendo ameaçada e com medo. A pessoa que ameaçava a irmã detinha informações da família. Cogitaram pedir ajuda à Polícia, mas temeram represália. Desconhece os responsáveis pela coação.

Em seu depoimento pessoal Carlos Roberto Madeira Ribeiro referiu que os materiais, de fato, estavam nas dependências da borracharia que lhe pertence, mas não tem relação alguma com eles, porquanto fora coagido a guardá-los. Asseverou que a pessoa que lhe procurou detinha informações da sua família, inclusive com relação à escola frequentada pela filha e onde sua companheira trabalhava. Disse que, caso revelada a identidade do coator, estará jurado de morte. Não procurou as autoridades porque temia pela vida. Ameaçaram, também, atear fogo em seu estabelecimento. Arguiu que sempre trabalhou honestamente. *Colaborou com a polícia porque se sentiu aliviado. Nunca se envolveu em outros delitos. Sabe que outros moradores são intimidados por motivos diversos.* Por fim, disse que os revólveres apreendidos lhe pertencem.

Essas as provas.

Inicialmente, afasto a tese defensiva de invasão de domicílio.

Como se depreende dos depoimentos colhidos em juízo, em que pese a ação policial tenha se originado de denúncia anônima, a entrada dos agentes públicos no estabelecimento comercial do acusado foi por ele franqueada, sem qualquer oposição. Inclusive, ele mesmo aduz, em seu interrogatório, que “colaborou com a polícia”, pelo que inexistente qualquer dúvida de que o agir dos policiais estava legitimado.

No mérito, não se tem dúvida quanto à imparcialidade dos agentes públicos ouvidos em juízo, inexistindo demonstração de que tivessem interesse de prejudicar o réu. Suas alegações apresentaram-se verossímeis e coerentes entre si, estão em harmonia com o que foi dito em sede policial e de acordo com as demais provas coligidas aos autos, dando conta da apreensão de armamento em poder do acusado, o que foi ratificado por sua confissão.

Nos termos do art. 5.º, inciso XI, da Constituição da República, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Consoante decidido no RE 603.616/RO, pelo Supremo Tribunal Federal, “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”. A propósito: HC 620.515/CE, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 08/02/2021; HC 612.579/BA, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 12/11/2020.

Todavia, como se pode observar da leitura dos trechos colacionados acima, verifica-se que os policiais afirmaram que “havia uma investigação em andamento relativa a um roubo de carga, tendo sido veiculada denúncia anônima dando conta de que parte do carregamento subtraído estava nas dependências da borracharia pertencente ao réu, diante do que procederam à diligência local.”

Narraram, ainda, que “a equipe recebeu informação de que havia armas e munições em uma borracharia. Em razão de haver investigações em curso, relativa ao roubo de uma carga, diligenciaram no local indicado. Aguardaram até não mais ter clientes nas dependências do estabelecimento, quando abordaram o acusado, que, de pronto, indicou o local em que estocada a *res furtiva*.”

Portanto, a abordagem policial foi realizada em um imóvel no qual funcionava estabelecimento comercial, e mesmo que a diligência tenha ocorrido quando não havia mais clientes, no horário em que o proprietário iria fechar a borracharia, a hipótese passa a ser de local aberto ao público.

Desse modo, como se trata de estabelecimento comercial – em funcionamento e aberto ao público – não pode receber a proteção que a Constituição Federal confere à casa. Assim, não há violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a caracterizar a ocorrência de constrangimento ilegal. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE OCORRIDO NO INTERIOR DE UM BAR. EQUIPARAÇÃO A RESIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, policiais militares lograram êxito em apreender com o paciente considerável quantidade de substância entorpecente, em condições de fracionamento típicas da mercancia ilícita, além de apetrechos que indicavam o manuseio e preparação da droga, no interior de um bar – embaixo do balcão –, estabelecimento comercial que estava aberto ao público.
2. Desta forma, verifica-se que o estabelecimento comercial – em funcionamento e aberto ao público – não pode receber a proteção que a Constituição Federal confere à casa. Assim, não há violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, a caracterizar a ocorrência de constrangimento ilegal.
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no HC 704.252/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 04/04/2022.)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. LICITUDE DAS PROVAS. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DO RÉU. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. As instâncias ordinárias concluíram que as drogas foram encontradas pelos policiais militares no bar do Paciente (dentro de uma bolsa próxima ao balcão), ou seja, em local aparentemente aberto ao público, que não se enquadra no conceito de domicílio, ainda que por extensão.
2. Para acolher a alegação da Defesa de que a droga teria sido encontrada na residência do Acusado, e que ‘havia cerca de quinze

homens em sua lanchonete, pois estavam realizando um ‘chá de fralda’, já que sua companheira estava grávida’, seria necessário, inevitavelmente, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que é impróprio na via do *habeas corpus*.

3. ‘O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida’ (AgRg no HC 391.080/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017).

4. Ordem de *habeas corpus* denegada.” (HC 468.968/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019, grifo nosso.)

No que tange ao pedido de aplicação do princípio da consunção entre o delito de receptação e o de posse ilegal de munição, assim dispôs o acórdão recorrido (fl. 33):

Por fim, destaco ser inaplicável o princípio da consunção entre o delito de receptação e o de posse ilegal de arma de fogo. A uma, porque não se trata o primeiro de *ante factum* impunível; a duas, porque tais delitos tutelam bens jurídicos diversos (o primeiro, o patrimônio; o último, a incolumidade pública); e a três, porque o primeiro não se constitui meio necessário para a prática do último, já que os crimes subsistem, em qualquer contexto fático, independentemente do outro. Desse modo, não há que falar em conflito de normas, diante da natureza autônoma de cada qual, inexistindo dupla imputação. Nessa linha: “A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido da inaplicabilidade da consunção, pois ‘a receptação e o porte ilegal de arma de fogo configuram crimes de natureza autônoma, com objetividade jurídica e momento consumativo diversos’ (HC 284.503/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 27/04/2016)” (*Habeas Corpus* nº 396.490 – SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJE: 01/08/2017.)

Verifica-se que o Tribunal Estadual afastou a aplicação do princípio da consunção assentando que o primeiro crime não se constitui meio necessário para a prática do último, entendimento este em harmonia com a jurisprudência desta Corte, a qual é assente que “é inaplicável o princípio da consunção entre os delitos de receptação e porte ilegal de arma de fogo, por serem diversas a natureza jurídica dos tipos penais.” (AgRg no REsp n. 1.633.479/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe de 16/11/2018.) Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECEPÇÃO. POSSE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO OU ESPECIALIDADE. TIPOS PENAS INDEPENDENTES QUE OFENDEM BENS JURÍDICOS DISTINTOS. INCIDÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido da inaplicabilidade da consunção, pois "a recepção e o porte ilegal de arma de fogo configuram crimes de natureza autônoma, com objetividade jurídica e momento consumativo diversos" (HC 284.503/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 27/4/2016) (AgRg no REsp n. 1.623.534/RS, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018).

2. Ademais, a pretensão do recorrente, para fins de aferição do *bis in idem* e da incidência do princípio da especialidade entre os delitos de recepção e de posse ilegal de arma de fogo, implica alterar a premissa fática adotada pelo Tribunal *a quo*, o que é vedado em recurso especial, em razão da incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.927.948/AC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 19/4/2021.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. RECEPÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONDUTAS DISTINTAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Incabível a absorção do crime do art. 180, *caput*, do Código Penal, pelo de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003), mediante aplicação do princípio da consunção, notadamente pela ocorrência de condutas distintas. Precedente.

*Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 434.521/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/4/2018, DJe de 18/4/2018.)



Por fim, quanto à dosimetria da pena, o Tribunal de origem desclassificou as condutas narradas na denúncia para os delitos previstos, respectivamente, nos arts. 12, *caput*, e 16, *caput*, da Lei 10.826/03, e art. 180, *caput*, do CP, redimensionando a reprimenda nos seguintes termos (fls. 32-35):

Feitas as considerações iniciais, passo à readequação do apenamento.

FATOS 2 E 3 - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO (ARTS. 12 e 16, DA LEI Nº 10.826/03):

Ao analisar os vetores do art. 59, do CP, assim se manifestou a Ilustre Magistrada sentenciante:

Ao exame das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que se trata de réu com desenvolvimento mental normal, apto, portanto, a entender o caráter reprovável da conduta que adotou, onde poderia haver perfeitamente mitigado ou evitado. O demandado, à época do fato, não ostentava maus antecedentes, conforme se depreende da certidão da fl. 161. As provas colhidas demonstram que o acusado não possui uma personalidade e conduta social voltadas para a prática delituosa. Os motivos dos crimes são comuns às espécies. As circunstâncias são normais. A vítima é a sociedade. Nada digno de relevância em relação às consequências.

No entanto, entendo que as particularidades fáticas, considerando a nova figura típica, permite a conclusão de que *as circunstâncias do crime desdobram do ordinário previsto no tipo penal, diante da quantidade expressiva de armamento apreendido em poder do acusado.* [...]

Desse modo, negatizando a vetorial das circunstâncias do crime na proporção de 1/6, fixo as penas basilares, respectivamente, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo as penas em 1/6, o que totaliza, respectivamente, 1 (um) ano de detenção e 3 (três) anos de reclusão – as quais torno definitivas, pois ausente outra causa modificadora da reprimenda.

Diante do concurso formal de crimes (art. 70, do CP) 6, a pena do delito mais grave (art. 16, da Lei 10.826/03) deve ser exasperada

– o que faço na fração de 1/67, totalizando 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

#### FATO 4 - RECEPÇÃO SIMPLES (ART. 180, DO CP):

Pelo mesmo fundamento acima elencado, entendo que as circunstâncias do delito são negativas, pelo que exaspero a pena basilar em 1/6, o que totaliza 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão – a qual torno definitiva, pois ausente outra causa modificadora da reprimenda.

#### CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (ART. 69, DO CP):

Reconheço o concurso material entre as condutas (posse ilegal de arma de fogo e recepção), pelo que as penas devem ser somadas, o que totaliza 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Mantenho a pena de multa tal como fixada na sentença (25 dias-multa, à razão unitária mínima), ao efeito de não agravar a situação final do acusado.

Readéquo o regime carcerário para início do cumprimento da reprimenda para o semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.

Como se vê, o Tribunal de origem aumentou a pena-base em 1/6, considerando que as circunstâncias do crime desdobram do ordinário previsto no tipo penal, diante da quantidade expressiva de armamento apreendido em poder do acusado – Art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/03: 9.550 munições calibre .40; 3.700 munições calibre .380; 41 munições calibre .38, e 10 munições calibre .22; e Art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03: 200 munições calibre .12; 1.000 munições calibre 7.62 e 2.000 munições calibre 5.56 – (fl. 24).

Assim, o aumento de pena levado a efeito pela instância ordinária não se apresenta desproporcional ou desarrazoado, pois encontra-se fundamentado em dados concretos. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. BASILAR. MAJORAÇÃO. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte, a apreensão da arma acompanhada de elevada quantidade de munição – no caso concreto 1 pistola calibre .380, 32 munições intactas de mesmo calibre, 1 carregador de pistola e 1 munição intacta de calibre

.380 – extrapola a prática comum delitiva, constituindo justificativa idônea para o aumento da pena-base para além do patamar mínimo previsto na legislação de regência. Precedentes.

2. A existência de circunstância judicial negativa, que inclusive serviu para afastar a pena-base do mínimo legal, constitui fundamentação idônea para o agravamento do regime, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Agravo desprovido. (AgRg no HC n. 689.268/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 12/11/2021.)

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA**

**Número Registro: 2022/0210041-8**

**PROCESSO ELETRÔNICO HC 754.789 / RS**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00121900473877 00775366420198210001 121900473877 2772  
01970044050759240620198210001 775366420198210001**

**EM MESA**

**JULGADO: 06/12/2022**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF  
1ª REGIÃO)**

**Presidente da Sessão**

**Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ**

**Subprocurador-Geral da República**

**Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

**Secretário**

**Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

## AUTUAÇÃO

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PACIENTE: CARLOS ROBERTO MADEIRA RIBEIRO**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra o Patrimônio – Receptação**

## 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, denegou o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

## Jurisprudência Cível

• • •

### **HABEAS CORPUS Nº 742.879 / RIO DE JANEIRO (2022/0148090-2)**

**RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO**

**IMPETRANTE: TATIANA ASSAIFE DE MELLO E OUTROS**

**ADVOGADOS: FERNANDO THOMPSON BANDEIRA - RJ077243**

**MARCOS THOMPSON BANDEIRA - RJ098475**

**TATIANA ASSAIFE DE MELLO - RJ152274**

**MICHELLE CARDOSO DE MORAIS - RJ201055**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DANIEL BENASAYAG BIRMANN**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

#### **EMENTA**

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. *HABEAS CORPUS*. FALÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. APREENSÃO E RETENÇÃO DE PASSAPORTE DO FALIDO. MEDIDA ATÍPICA (CPC/2015, ART. 139, IV). RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A apreensão do passaporte do devedor é medida atípica e restritiva da liberdade de locomoção do indivíduo, podendo caracterizar constrangimento ilegal e arbitrário, susceptível de análise em sede de *habeas corpus*, como via processual adequada.
2. Em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou no ordenamento jurídico o CPC de 2015 ao prever, em seu art. 139, IV, a adoção de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda.
3. *“A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância*

*do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade”* (REsp 1.782.418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 23/04/2019, DJe de 26/04/2019).

4. Sendo a falência um processo de execução coletiva decretado judicialmente, deve o patrimônio do falido estar comprometido exclusivamente com o pagamento da massa falida, de modo que se tem como cabível, de forma subsidiária, a aplicação da referida regra do art. 139, IV, conforme previsto no art. 189 da Lei 11.101/2005.

5. Na hipótese, verifica-se a razoabilidade da medida coercitiva atípica de apreensão de passaportes, pois adotada mediante decisão fundamentada e com observância do contraditório prévio, em sede de processo de falência que perdura por mais de dez anos, após constatados fortes indícios de ocultação de vasto patrimônio em paraísos fiscais e que as luxuosas e frequentes viagens internacionais do paciente são custeadas por sua família, mas com patrimônio indevidamente transferido a familiares pelo próprio falido, tudo como forma de subtrair-se pessoalmente aos efeitos da quebra.

6. Ordem denegada.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentaram oralmente o MPF (como Parte) e o Dr. Fernando Thompson Bandeira (protestará por juntada), pela parte paciente.

Brasília, 13 de setembro de 2022 (Data do Julgamento).

**MINISTRO RAUL ARAÚJO**

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 742.879 / RJ (2022/0148090-2)**

**RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO**

**IMPETRANTE: TATIANA ASSAIFE DE MELLO E OUTROS**

**ADVOGADOS: FERNANDO THOMPSON BANDEIRA - RJ077243**

**MARCOS THOMPSON BANDEIRA - RJ098475**

**TATIANA ASSAIFE DE MELLO - RJ152274**

**MICHELLE CARDOSO DE MORAIS - RJ201055**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DANIEL BENASAYAG BIRMANN**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por FERNANDO THOMPSON BANDEIRA e OUTROS em favor de DANIEL BENASAYAG BIRMANN, *administrador de empresas, apontando como autoridade coatora a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, que negou provimento ao *Agravo de Instrumento nº 0054931-16.2021.8.19.0000*, mantendo a decisão de tutela de urgência para determinar a *apreensão e retenção dos passaportes do paciente*, até o julgamento final do *Incidente de Apreensão de Passaporte e Limitação de Viagens ao Exterior nº 0050896-10.2021.8.19.0001*, *apenso ao processo de falência de Sam Indústrias S/A* que tramita na 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

A parte impetrante narra que, em meados de fevereiro de 2008, foi decretada a falência de Sam Indústrias S/A pelo Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, com extensão dos efeitos da falência para sua controladora, Boulder Participações Ltda., e Daniel Benasayag Birmann, ora paciente.

Afirma que, por meio da instauração do processo incidental originário (*Incidente de Apreensão de Passaporte e Limitação de Viagens ao Exterior nº 0050896-10.2021.8.19.0001*), a massa falida pretendeu a apreensão dos passaportes do paciente, sob a alegação de reiterado descumprimento ao artigo 104, III e VI, da Lei Falimentar, supostas despesas vultosas nas viagens realizadas ao exterior e da função coercitiva da medida ao cumprimento da obrigação de saldar o passivo concursal (art. 139, IV, do CPC).

O Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, em 24/6/2021, deferiu o pedido para determinar a apreensão dos passaportes do paciente.

Diante de tal decisão, o paciente interpôs agravo de instrumento (*Agravo de Instrumento nº 0054931-16.2021.8.19.0000*), cujo pedido de efeito suspensivo foi indeferido pelo Desembargador Relator.



Contra a decisão que indeferiu o efeito suspensivo, o paciente impetrou anterior *habeas corpus* perante esta Corte Superior (HC nº 697.879/RJ), não conhecido por este Relator com fundamento na aplicação da Súmula 691 do STF.

Concluído o julgamento do referido agravo de instrumento pela Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com acórdão prolatado em 10/05/2022, impetrou-se o presente *habeas corpus*.

Sustenta que o acórdão causa ilegal constrangimento à sua liberdade de locomoção, pois está impedido de sair do país.

Argumenta que não há justa causa para tal restrição, pois não existe previsão legal para impedimento de viagens ao exterior, por retenção de passaporte, nem mesmo necessidade de autorização prévia, bastando que esta ocorra por motivo justo e seja comunicada ao juízo.

Assevera que os gastos da família com suas viagens religiosas são irrelevantes e insignificantes diante do montante dos bens que já estão em disputa nos autos da falência e dos seus incidentes e, portanto, não trarão riscos ao crédito ainda não pago.

Pondera que a retenção de passaporte constitui medida punitiva desarrazoada, não se podendo impedir que o falido utilize de seu patrimônio antes de pagar seus credores. Consiste, assim, em ilegal restrição à liberdade de locomoção, na modalidade de sair livremente de seu país, quando quiser.

Postula a concessão da ordem para invalidar a decisão que determinou a apreensão e retenção dos documentos de viagem do paciente.

*O pedido liminar foi indeferido* (e-STJ, fls. 154-156). Contra tal decisão foi apresentado pedido de reconsideração (e-STJ, fls. 176-182).

O eg. TJRJ e o Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro prestaram informações (e-STJ, fls. 161-163 e 167-173).

O *Ministério Público Federal* manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 184-188).

As massas falidas de Sam Indústrias S/A, Boulder Participações Ltda. e Daniel Benasayag Birman requereram habilitação nos autos do *habeas corpus* e, simultaneamente, apresentaram manifestação pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 192/269).

Os pedidos de habilitação foram indeferidos, com o consequente desentranhamento da petição e documentos de fls. 192/269.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 742.879 / RJ (2022/0148090-2)**

**RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO**

**IMPETRANTE: TATIANA ASSAIFE DE MELLO E OUTROS**

**ADVOGADOS: FERNANDO THOMPSON BANDEIRA - RJ077243**

**MARCOS THOMPSON BANDEIRA - RJ098475**

**TATIANA ASSAIFE DE MELLO - RJ152274**

**MICHELLE CARDOSO DE MORAIS - RJ201055**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DANIEL BENASAYAG BIRMANN**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Cumprе ressaltar que, não obstante vedada, em regra, a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal, há vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça admitindo a impetração do *writ* quando identificado o risco direto e imediato de comprometimento da liberdade de ir e vir do paciente.

No caso concreto, a impetração visa desconstituir o acórdão proferido em agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, que, nos autos da ação de falência de Sam Indústrias S/A e Outros, considerando o descumprimento, pelo falido Daniel Benasayag Birmann, das obrigações prescritas no art. 104, III e VI, da Lei 11.101/2005, deferiu, em parte, o pedido de tutela de urgência para determinar a apreensão e retenção de seus passaportes, de qualquer nacionalidade, até o julgamento final do Incidente de Apreensão de Passaporte e Limitação de Viagens ao Exterior nº 0050896-10.2021.8.19.0001.

Diante desse cenário, mostra-se cabível a impetração de *habeas corpus*, tendo em vista a restrição ao direito fundamental de ir e vir causado pela retenção dos passaportes do paciente. Nesse sentido: RHC 97.876/SP, HC 443.348/SP e RHC 99.606/SP.

Considerando que a apreensão dos passaportes do paciente o impede de transitar para além das fronteiras do território nacional, alijando-o do direito de ir e vir para onde bem entender, tem-se hipótese de cabimento do *habeas corpus* para que se analise, no mérito, se o constrangimento imposto ao paciente carece de legalidade.

Por isso, admito o *habeas corpus*.

A providência deferida pelo Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro – confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – tem a natureza de meio coercitivo atípico amparado no Código de Processo Civil de 2015, em seu:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

.....  
IV - *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;*

Como se vê, o novo Código de Processo Civil teve como um dos seus motes a necessidade de dar à jurisdição mecanismos capazes de conferir efetividade às decisões judiciais e garantir a tutela satisfativa.

Muitas vezes o exaurimento dos meios executivos relacionados no Código – “*meios típicos de execução*” – significa que o devedor realmente não dispõe de patrimônio com o qual pague a dívida. Outras vezes, no entanto, a busca persistente de bens do devedor não descortina patrimônio sujeito à execução, mas o comportamento social do executado evidencia incompatibilidade desse dado com a realidade, tais como: sinais de solvência em ambientes e em redes sociais ou públicos, em oposição à indisponibilidade patrimonial alegada e aparentada no processo.

Para tais situações, indicativas, aliás, de uma postura processualmente desleal e não cooperativa, o CPC/2015 previu a regra do transcrito art. 139, IV, sem correspondente no revogado CPC/1973.

Em suma, as medidas executivas atípicas agregaram-se aos meios típicos de execução a fim de permitir que o juiz, à luz das circunstâncias do caso concreto, encontre a técnica mais adequada para proporcionar a efetiva tutela do direito material violado.

Logicamente, existem alguns limites materiais que vêm sendo construídos para orientar a aplicação dos meios atípicos. Um deles, que merece especial atenção, é a necessidade de prévio exaurimento dos meios típicos ou subsidiariedade dos meios atípicos.

Não obstante isso, a imposição de prévio exaurimento da via típica é exigência que pode ser relativizada em alguns casos. É o que deve ocorrer quando o comportamento processual da parte, em qualquer das fases do processo, descortina a sua propensão à deslealdade ou à desordem.

A boa-fé objetiva é princípio cuja inobservância deve implicar não apenas sanções processuais, como a prevista no caso de conduta atentatória à dignidade da justiça (CPC, art. 774). O descumprimento do princípio, para além da sanção punitiva, deve irradiar efeitos jurídicos para repelir as consequências da atuação maliciosa.

Diagnosticando o atuar processualmente desleal, deve o juiz se utilizar de meios capazes de imediatamente fazer cessar ou, ao menos, remediar a nocividade da conduta.

Logo, diante de um comportamento infringente à boa-fé objetiva, passa o juiz a desfrutar da possibilidade de utilizar-se de meios executivos atípicos antes mesmo de exaurida a via típica.

Outros limites apresentados à aplicação dos meios atípicos são a observância do contraditório prévio – salvo quando puder frustrar os efeitos da medida – e a exigência de fundamentação adequada, garantias do devido processo legal.

A hipótese concreta trata de incidente no processo de falência instaurado pela massa falida de Sam Indústrias S/A, requerendo, em sede de tutela de urgência, a apreensão dos passaportes e limitação de viagens ao exterior com relação ao falido Daniel Benasayag Birmann. Alegou o administrador judicial que a medida seria necessária em razão do absoluto desrespeito do falido pelas autoridades nacionais, revelado a partir da *comprovação das inúmeras viagens ao exterior* realizadas em afronta ao art. 104, III, da Lei 11.101/2005, seja pela comunicação ao juízo falimentar *não indicar o real motivo, seja por indicar incorretamente o seu destino*. Afirmou estar comprovado que, em muitas das viagens internacionais, *o falido despense elevadas quantias em moeda estrangeira*, em despesas com hotéis, restaurantes e lojas de luxo, medida absolutamente inaceitável, considerando a proibição legal de dispor de seus bens.

Aduziu que a retenção dos passaportes do falido seria necessária não apenas para evitar que continue enganando o Poder Judiciário, servindo, ainda, como medida coercitiva destinada a compelir o devedor a cumprir com sua obrigação de saldar o passivo concursal, em estrito respeito aos ditames da legislação vigente.

O Juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, com lastro no art. 139, IV, do CPC/2015, deferiu em parte a tutela de urgência pretendida e determinou a apreensão dos passaportes do falido, ora paciente, até o julgamento final do feito.

A decisão foi confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no Agravo de Instrumento nº 0054931-16.2021.8.19.0000.

A propósito, confira-se a fundamentação do acórdão impugnado (e-STJ, fls. 117-120):

*“Como já afirmado na decisão de fls. 27/30, acredito que, neste momento, estão presentes os fundamentos sólidos exigidos por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0017682-02.2019.8.19.0000, especialmente porque a justificativa da retenção do passaporte não está ancorada na alegação de que estaria o falido usando de meios duvidosos para escamotear seu patrimônio – o que, aliás, ele vem fazendo há mais de uma década –, mas sim no fato de estar dilapidando o patrimônio com viagens frívolas e luxuosas em detrimento de seus credores.*

Dito de outra forma, aqui não mais se debate sobre a necessidade de requerimento judicial do falido para se ausentar do país, o que, como é cediço, tornou-se dispensável sob a vigência da Lei 11.101/05, mas sim sobre a *possibilidade de deferimento de medida*

*cautelar que impeça o devedor de dilapidar o patrimônio que deveria servir de garantia do pagamento dos créditos falimentares. E, sob essa perspectiva, entendo estar correta a decisão agravada.*

*Sabe-se que o agravante, em sua defesa, afirma que os custos dessas viagens internacionais são arcados ora por sua Congregação Religiosa, ora por seus familiares, sendo que os valores gastos são perfeitamente condizentes com o alto padrão de vida da sua família. Além disso, afirma que o AJ vem atingindo a esfera de sua vida íntima, especialmente no que toca às suas relações interpessoais e escolhas religiosas, alegando que vem sofrendo uma forte perseguição religiosa.*

*Contudo, em relação a destinos turísticos, como Ilha do Sal, Las Vegas, Bahamas, Flórida, Aruba e Paris, muitos deles, aliás, sem qualquer comunicação ao juízo falimentar (conforme fls. 12/15 dos autos de origem), a alegação de que os custos das viagens foram suportados por sua Congregação Religiosa exige, no mínimo, provas suficientes do interesse em difundir, nesses locais, a fé judaica, aplicando-se aqui, com perfeição, o brocardo jurídico que anuncia que o ordinário se presume, mas o extraordinário se prova. Mas não consta dos autos principais ou deste recurso qualquer prova nesse sentido.*

*E para além da pouquíssima credibilidade da versão que defende o interesse da Congregação em custear constantes viagens para destinos paradisíacos, o AJ ainda aponta que o falido teve gastos que em muito extrapolam aqueles comumente realizados em viagens de trabalho (se é disso que se trata), como o dispêndio de alguns milhares de dólares em jantares em restaurantes de luxo e compras de joias, relógios e roupas em lojas de grife.*

*Mas o que mais chama a atenção deste Relator é que os deslocamentos internacionais realizados pelo falido ocorrem, no mais das vezes, a bordo de aeronave particular, avaliada em aproximadamente 100 milhões de reais, coincidentemente de propriedade da Northumbria Corporation e operada pela Goose Táxi Aéreo Ltda., sociedade integrante do Grupo CBC e gerida por Bernardo Simões Birmann (fl. 676). Ou seja, as viagens internacionais são custeadas por um grupo que, a rigor, pertence à Massa, certo de que mais de 90% das ações da CBC já foram inclusive arrecadadas nos autos da falência. E pertence à Massa porque pertence à Northumbria, que pertence ao falido, sendo dela que se inicia a cadeia de controle acionário que chega à CBC. Permitir que o agravante a utilize equivale a fechar os olhos para a utilização pelo falido de bens que, a rigor, acham-se arrecadados, dilapidando o patrimônio que serve à garantia e satisfação dos credores.*

*Por outro lado, o argumento de que a família custeia as viagens, porque rica, tampouco socorre o agravante, na medida em que não se sabe ao certo qual o patrimônio da família antes e após a transferência a ela, a despeito da quebra, dos ativos localizados no exterior.*

*Especificamente em relação à Brookmont, vale lembrar que o agravante, em 16 de agosto de 2010, doou 100% das ações para o trust familiar 'The Fiduciare de La Famille M&M Benasayag Star Trust', mesmo estando com seu patrimônio totalmente indisponível por força desta falência. Não fosse o bastante, nessa escritura de doação, Daniel afirmou falsamente ao tabelião não estar envolvido em quaisquer processos judiciais ou administrativos que obstaculizassem a realização daquele negócio jurídico, tendo garantido ainda que após a doação daqueles ativos ele permaneceria solvente e capaz de pagar quaisquer dívidas razoavelmente previstas.*

*E Daniel fez o mesmo com a BT Global, outra sociedade integrante do grupo econômico, tendo cedido 100% de suas ações, graciosamente, à sua irmã Miriam Birmann, aquela a quem o falido atribui a generosidade de arcar, de novo coincidentemente, com as despesas de suas luxuosas viagens.*

*Desta feita, penso que as provas até então produzidas são indícios fortes de que o alto padrão de vida do agravante é realmente custeado por sua família, mas com o patrimônio do próprio falido, que foi indevidamente transferido aos seus familiares como forma de evitar que sobre ele incidissem os efeitos da quebra. Assim, a meu sentir, mostra-se plenamente justificável a medida liminar que determinou a retenção dos passaportes do falido, com o fim de evitar que este continue a dissipar seus bens antes do pagamento dos credores.*

E é também esse o sentimento da ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Gladys Mary Licinho Holanda, cujo trecho do parecer pede-se vênia para transcrever:

*De fato, o agravante vem realizando viagens diversas e manobras ilegais com o propósito de ocultar seu patrimônio, mediante a utilização de uma complexa rede de pessoas jurídicas offshore, bem como pela transferência fraudulenta de bens para seus familiares, notadamente para sua mãe e irmã, mencionadas em suas razões recursais como patrocinadoras de suas custosas viagens, tudo com o propósito de esvaziar o patrimônio da massa falida, prejudicando os interesses dos credores, conforme se depreende dos documentos acostados nos autos originários nº 0050896-10.2021.8.19.0001 (e-docs. 42/775).*

*Registre-se que não faz nenhum sentido que tenha sido decretada a falência do agravante, com a consequente indisponibilidade dos seus bens, nos termos do art. 103 da Lei nº 11.101/2005 e este continue dilapidando vasto patrimônio que não lhe pertence mais, em flagrante prejuízo aos credores e manifesta vulneração à dignidade da Justiça.*

Isso posto, voto pelo conhecimento e desprovemento do recurso para manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.” (grifou-se)

Diante desse cenário, não se verifica constrangimento ilegal, encontrando-se adequadamente fundamentada, à luz dos elementos do caso concreto, a decisão que aplicou a medida coercitiva atípica de suspensão dos passaportes do paciente.

Com efeito, consta da decisão de primeiro grau impugnada: “o esgotamento dos meios de execução/mecanismos de localização de patrimônio expropriável do devedor é presumido pela própria decretação da falência, tratando-se, assim, de quadro de inegável frustração da exigência de créditos”; “os documentos acostados aos autos, que demonstram a realização de viagens internacionais e gastos de grande vulto por parte do falido, somados ao trabalho realizado pelo escritório DFA, contratado no incidente nº 0029364-82.2018.8.19.0001, para investigar a existência de ações fraudulentas realizadas pelo falido a fim de ocultar seu patrimônio em paraísos fiscais por meio de empresas ‘offshores’, demonstram haver indícios de que Daniel Birmann possui patrimônio passível de arrecadação neste feito falimentar”; “apesar de oportunizado o contraditório, o falido apenas alega que as viagens luxuosas bem como seus gastos são arcados integralmente por sua congregação religiosa ou por seus familiares, o que definitivamente não se afigura razoável, menos ainda crível”; “note-se, ainda, que deixa o falido de cumprir o dever previsto no inciso VI, do art. 104, da Lei 11.101/05, quando não esclarece os pontos indicados pelo Juízo falimentar, como se vê do item “3”, II da decisão de fls. 9863/9866, proferida no feito principal da falência” (e-STJ, fls. 124-125).

Em face das circunstâncias retratadas, verifica-se justo motivo para aplicação da medida atípica na situação em análise.

Dentre os efeitos da sentença declaratória da falência, destaca-se a designação do administrador judicial, a quem a lei impõe o dever de praticar os atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores, nos termos do art. 99, IX, c/c art. 22, III, “i”, da Lei 11.101/2005.

Com efeito, desde o momento da decretação da falência, o falido perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor, por força do art. 103, *caput*, da Lei 11.101/2005:

*Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.*

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

Segundo MAXIMILIANUS FÜHRER: *“A falência (...) é um processo de execução coletiva, em que todos os bens do falido são arrecadados para uma venda judicial forçada, com a distribuição proporcional do ativo entre os credores”* (FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Roteiro das Falências e Concordatas*. 18ª edição, Revista dos Tribunais).

No mesmo trilhar, JOSÉ DA SILVA PACHECO expõe: *“A falência é o processo através do qual se apreende o patrimônio do executado, para extrair-lhe valor com que atender à execução coletiva universal, a que concorrem todos os credores”* (PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 7ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997).

Assim, considerando que a falência se caracteriza como um processo de execução coletiva decretado judicialmente, devendo o patrimônio do falido estar comprometido exclusivamente com o pagamento da massa falida, tem-se possível a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015, de forma subsidiária, observando o disposto no art. 189 da Lei 11.101/2005:

Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

Na hipótese, as instâncias ordinárias entenderam evidenciado que o paciente adotou ao longo do processo de falência, iniciado há mais de dez anos, conduta evasiva e não cooperativa.

Por oportuno, seguem as esclarecedoras informações da autoridade coatora (e-STJ, fls.161-163):

*“No ano de 2008 foi decretada a falência de Sam Indústria, estendida a sua controladora, Boulder, e Daniel Birmann, paciente em favor de que é impetrado o presente Habeas Corpus. Consoante constatado pela Comissão de Valores Mobiliários, e objeto do processo criminal, Daniel Birmann, controlador de Boulder, esvaziou os cofres de Sam Indústria através de uma série de milionários empréstimos feitos a ele mesmo, a ponto de insolvência e de inadimplemento de debêntures emitidas em favor de seu maior credor, um fundo de previdência.*



*Durante quase dez anos após a decretação da falência, nenhum centavo dos falidos foi localizado para pagamento dos credores - essencialmente o Fisco e o dito fundo de previdência. Até que, substituído o administrador judicial, contratou-se escritório paulista especializado em recuperação de ativos localizados no estrangeiro.*

O que a partir dali foi revelado, ao custo de pesados investimentos do escritório, foi *uma rede internacional de ativos ocultos e shell companies com sede em paraísos fiscais*. Com efeito, no momento da falência, Daniel Birmann dizia-se o único acionista da offshore chamada Northumbria, lançada em sua declaração do Imposto de Renda pelo simbólico valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais). E era nela que se iniciava a *cadeia das sociedades aparentemente desprovidas de atividade econômica e necessárias à ocultação de suas riquezas*. Foi só então que se descobriu ser Daniel, por meio desta sociedade, o principal acionista da Companhia Brasileira de Cartuchos (cujas ações já foram arrecadadas), além de outras sociedades possuidoras de vasto patrimônio imobiliário, cuja real e perfeita dimensão jamais foi plenamente revelada pelo falido.

*Além de descortinar a ocultação de vasto patrimônio, as investigações levadas adiante pela massa trouxeram à luz, com farta prova documental, o cometimento de toda sorte de atos, posteriores à falência, visando a apagar os vestígios de patrimônio e dificultar a sua recuperação.*

Dentre outras ilicitudes, tem-se que Daniel Birmann doou a trust de sua família ações de offshore por ele controladas, declarando falsamente à autoridade estrangeira não possuir impedimento legal à alienação do patrimônio, embora falido fosse. Apreendidas as ações de CBC, Daniel transferiu para Nova Iorque todo o capital possível da referida empresa, rompendo com o padrão histórico de contas da sociedade, que mantinha até então no exterior parcela irrelevante de seu capital de giro.

Pois bem, *foi nesse contexto que o administrador judicial investigou as circunstâncias das viagens internacionais feitas pelo falido. Descobriu-se que os destinos das viagens não eram aqueles objetos de comunicação ao juízo falimentar, na letra do artigo 104 da Lei 11.101. Ao contrário, Daniel Birmann viajava a paraísos turísticos, dentre os quais Las Vegas, chegando ao ponto de se utilizar de avião particular, construído em 2014 para Northumbria pela empresa francesa Dessault e avaliado em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). Portanto, certificada a incapacidade da massa de localizar seus ativos, o paciente, seis anos após a falência, comprou para a empresa por ele controlada*

avião de que se utiliza para voos internacionais de puro deleite, sem qualquer alteração significativa de seu padrão de vida, que permanece opulento e mantido às custas de seus credores.

Foi em semelhante contexto, em que *veementes os sinais da prática dos crimes dos artigos 168, 171 e 173 da Lei 11.101 que o eminente juízo a quo e esta 16ª Câmara Cível determinaram a apreensão dos passaportes do falido, a bem da proteção do patrimônio oculto e com base nos artigos 99, VII, da Lei 11.101 e 139, IV, do CPC. Não se objetiva com a medida coagi-lo ao pagamento da dívida, mas impedir a acintosa dilapidação dos ativos da massa, consumada aos olhos de todos.*" (grifou-se)

O comportamento processual adotado pelo falido evidencia justo motivo para o emprego de medida coercitiva atípica. Além da robusta fundamentação da decisão de primeiro grau, houve respeito ao contraditório, quando lhe foi dada a oportunidade de demonstrar a inadequação da técnica processual postulada – e ao fim aplicada. As justificativas apresentadas, no entanto, não esclareceram pontos importantes, como a ocultação de patrimônio em paraísos fiscais, descumprimento de obrigação legal, realização de viagens luxuosas sem evidência de fins religiosos e doação de patrimônio aos familiares que atualmente arcam com suas despesas de viagens.

Também o acórdão dito coator goza de fundamentação densa e consistente. Houve análise exaustiva e pormenorizada das circunstâncias do caso, seguida da valoração dos direitos em oposição, a fim de confirmar o deferimento parcial da tutela de urgência que determinou a apreensão e retenção dos passaportes do paciente.

Com efeito, a jurisprudência do STJ considera cabível a adoção de meio executivo atípico, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, observada a subsidiariedade da medida, aplicada por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. Nesse sentido:

**"AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DE PASSAPORTE, COMO MEDIDA INDUTIVA AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ADIMPLIR O DÉBITO EXEQUENDO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS TÍPICAS EXECUTIVAS NA ORIGEM. EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RESSONÂNCIA, EM TESE, NA JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.**

1. *A jurisprudência desta Corte Superior reputa, em tese, lícita e possível a adoção de medidas executivas indiretas, inclusive a apreensão de passaporte, desde que, exauridos previamente os meios típicos de satisfação do crédito exequendo, bem como que a medida se afigure adequada, necessária e razoável para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar injustificadamente o processo executivo. Na hipótese, a conclusão do acórdão recorrido, no sentido de denegar a ordem, se coaduna com o referido entendimento.*

2. *Agravo interno desprovido."*

(AgInt no RHC 128.327/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/4/2021, DJe de de 15/4/2021) – grifou-se.

**"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (ALUGUÉIS). MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO PENHORÁVEL NAS VÁRIAS DILIGÊNCIAS REALIZADAS.**

**PRETENSÃO MANIFESTADA PELA DEVEDORA DE FIXAR RESIDÊNCIA FORA DO PAÍS. RISCO DE TORNAR INALCANÇÁVEL O SEU PATRIMÔNIO. RAZOABILIDADE NO CASO CONCRETO DA SUSPENSÃO DA CNH E DA APREENSÃO DO PASSAPORTE DA DEVEDORA.**

1. Controvérsia em torno da legalidade da decisão que determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e a apreensão do passaporte da paciente no curso do processo de execução por título extrajudicial decorrente de contrato de locação comercial celebrado entre pessoas físicas.

2. *'A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.'* (REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019)

3. Possível extrair da pretensão de residência fora do país uma forma de blindagem do patrimônio do devedor, não deixando, pelo verificado no curso da execução, bens suficientes no Brasil para

saldar as obrigações contraídas, pretendendo-se incrementá-lo fora do país, o que dificultaria, sobremaneira, o seu alcance pelo Estado-jurisdição brasileiro.

4. Razoabilidade das medidas coercitivas adotadas, limitadas temporalmente pela Corte de origem até a indicação de bens à penhora ou a realização do ato construtivo, não se configurando, pois, ilegalidade a ser reparada na via do *habeas corpus*.

5. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.”

(HC 597.069/SC, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de de 25/9/2020) – grifou-se.

Portanto, demonstradas a conduta processualmente temerária do paciente, a consistente fundamentação da decisão e a observância do contraditório prévio, conclui-se que não há constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir do paciente.

Ante o exposto, denega-se a ordem de *habeas corpus*, ficando prejudicado o pedido de reconsideração de fls. 176/182.

É como voto.

#### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

**Número Registro: 2022/0148090-2**

**PROCESSO ELETRÔNICO HC 742.879 / RJ**

**Números Origem: 00549311620218190000 549311620218190000**

**PAUTA: 13/09/2022**

**JULGADO: 13/09/2022**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO**

**Subprocurador-Geral da República**

**Exmo. Sr. Dr. MARCELO ANTÔNIO MUSCOGLIATI**

**Secretária**

**Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

### **AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: TATIANA ASSAIFE DE MELLO E OUTROS**

**ADVOGADOS: FERNANDO THOMPSON BANDEIRA - RJ077243**

**MARCOS THOMPSON BANDEIRA - RJ098475**

**TATIANA ASSAIFE DE MELLO - RJ152274**

**MICHELLE CARDOSO DE MORAIS - RJ201055**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DANIEL BENASAYAG BIRMANN**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Empresas – Recuperação judicial e Falência**

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

MPF (como Parte), pela parte: Dr(a). FERNANDO THOMPSON BANDEIRA (Protestará por Juntada), pela parte PACIENTE: DANIEL BENASAYAG BIRMANN.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:


A Quarta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.



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 Sales Pimenta vs. Brasil

SENTENÇA DE 30 DE JUNHO DE 2022  
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “este Tribunal”), integrada pelos seguintes Juízes e Juízas<sup>1</sup>:

Ricardo C. Pérez Manrique, Presidente;  
Humberto Antonio Sierra Porto, Vice-Presidente;  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz;  
Nancy Hernández López, Juíza;  
Verónica Gómez, Juíza, e  
Patricia Pérez Goldberg, Juíza;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Romina I. Sijniensky, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada também “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante denominado também “o Regulamento”), profere a presente Sentença, que se estrutura na seguinte ordem:

## ÍNDICE

- I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA
- II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE
- III. COMPETÊNCIA
- IV. EXCEÇÕES PRELIMINARES

<sup>1</sup> O Juiz Rodrigo Mudrovitsch, de nacionalidade brasileira, não participou da tramitação do presente caso e tampouco da deliberação e assinatura desta Sentença, conforme o disposto nos artigos 19.1 e 19.2 do Regulamento da Corte.

**A. INCOMPETÊNCIA *RATIONE TEMPORIS* QUANTO AOS FATOS ANTERIORES À DATA DE RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DA CORTE**

**A.1. Alegações das partes e da Comissão**

**A.2. Considerações da Corte**

**B. EXCEÇÃO PRELIMINAR DE FALTA DE ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS**

**B.1. Alegações das partes e da Comissão**

**B.2. Considerações da Corte**

**C. INCOMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE (EXCEÇÃO DA QUARTA INSTÂNCIA)**

**C.1. Alegações das partes e da Comissão**

**C.2. Considerações da Corte**

**V. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS**

**VI. PROVA**

**A. ADMISSIBILIDADE DA PROVA DOCUMENTAL**

**B. ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL**

**VII. FATOS**

**A. CONTEXTO DE VIOLÊNCIA E IMPUNIDADE RELACIONADO À LUTA PELA TERRA NO BRASIL**

**B. ANTECEDENTES**

**B.1. SOBRE GABRIEL SALES PIMENTA**

**B.2. O DESPEJO DOS TRABALHADORES RURAIS DE PAU SECO E A AÇÃO PATROCINADA POR GABRIEL SALES PIMENTA**

**B.3. AS AMEAÇAS CONTRA OS TRABALHADORES RURAIS E CONTRA GABRIEL SALES PIMENTA**

**B.4. A MORTE DE GABRIEL SALES PIMENTA E A INVESTIGAÇÃO POLICIAL**

**B.5. O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO PENAL ATÉ 10 DE DEZEMBRO DE 1998**

**C. FATOS AUTÔNOMOS POSTERIORES AO RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA CONTENCIOSA DA CORTE**

**C.1. FATOS AUTÔNOMOS OCORRIDOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL COM POSTERIORIDADE A 10 DE DEZEMBRO DE 1998**

**C.2. MEDIDAS ADICIONAIS INTERPOSTAS PELOS FAMILIARES DE GABRIEL SALES PIMENTA**

## VIII. MÉRITO

### VIII-1. DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL, BEM COMO DIREITO À VERDADE, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA

#### A. Argumentos das partes e da Comissão

#### B. Considerações da Corte

##### B.1. Devida diligência no processo penal

##### B.2. Prazo razoável

##### B.3. Direito à verdade

##### B.4. Conclusão

### VIII-2. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO AO DEVER DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS

#### A. ARGUMENTOS DAS PARTES E DA COMISSÃO

#### B. CONSIDERAÇÕES DA CORTE

## IX. REPARAÇÕES

#### A. PARTE LESADA

#### B. OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAR OS FATOS E IDENTIFICAR, JULGAR E, SE FOR O CASO, PUNIR OS RESPONSÁVEIS

#### C. MEDIDA DE REABILITAÇÃO

#### D. MEDIDAS DE SATISFAÇÃO

#### E. GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO

#### F. INDENIZAÇÕES COMPENSATÓRIAS

#### G. CUSTAS E GASTOS

#### H. MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DOS PAGAMENTOS ORDENADOS

## X. PONTOS RESOLUTIVOS

### I.

#### INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. O *caso submetido à Corte* – Em 4 de dezembro de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada também “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte o caso “Gabriel Sales Pimenta” contra a República Federativa do Brasil (doravante denominada “o Estado” ou “Brasil”). Segundo a Comissão, a controvérsia se refere à alegada responsabilidade internacional do Brasil pela suposta situação de impunidade em que se encontrariam os fatos relacionados à morte de Gabriel Sales Pimenta, advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá. Devido ao seu trabalho, a suposta vítima teria recebido várias ameaças de morte e teria solicitado proteção estatal em várias ocasiões junto

à Secretaria de Segurança Pública em Belém, no Estado do Pará. Finalmente, teria sido morto em 18 de julho de 1982. De acordo com a Comissão, essa morte teria ocorrido em um contexto de violência relacionada às demandas por terra e reforma agrária no Brasil. A Comissão concluiu que a investigação dos fatos relacionados à morte de Gabriel Sales Pimenta, concluída em 2006 com uma decisão que declarou a prescrição, esteve marcada por omissões do Estado. A Comissão estabeleceu que as autoridades não atuaram com a devida diligência ou dentro de um prazo razoável. Também concluiu que o Brasil violou o direito à integridade pessoal dos familiares de Gabriel Sales Pimenta. Em consequência, a Comissão asseverou que o Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação às obrigações previstas em seu artigo 1.1, em detrimento dos familiares de Gabriel Sales Pimenta identificados no Relatório de Mérito nº 144/19 (doravante denominado “Relatório de Mérito” ou “Relatório nº 144/19”).

2. *Trâmite perante a Comissão* – O trâmite perante a Comissão foi o seguinte:

a) *Petição Inicial* – Em 9 de novembro de 2006, a Comissão Pastoral da Terra e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional apresentaram a petição inicial à Comissão.

b) *Relatório de Admissibilidade* – Em 17 de outubro de 2008, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 73/08, que foi notificado às partes em 15 de dezembro de 2008.

c) *Relatório de Mérito* – Em 28 de setembro de 2019, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito, em que chegou a uma série de conclusões e formulou diversas recomendações ao Estado.

d) *Notificação ao Estado* – O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado mediante comunicação de 4 de dezembro de 2019, com um prazo de dois meses para que informasse sobre o cumprimento das recomendações formuladas. A Comissão concedeu três extensões de prazo ao Estado. Em 20 de novembro de 2020, o Brasil solicitou uma quarta prorrogação de prazo. Ao avaliar esse pedido, a Comissão afirmou que, apesar do transcurso de quase um ano desde a notificação do Relatório de Mérito, o Estado tinha afirmado que a reabertura da investigação criminal seria inviável e que ainda não havia apresentado uma proposta de indenização concreta, de modo que a Comissão não vislumbrava o cumprimento das recomendações e tampouco avanços substantivos nesse sentido.

3. *Submissão à Corte* – Em 4 de dezembro de 2020, a Comissão submeteu à Corte “os fatos que começaram ou continuaram ocorrendo posteriormente” à data de ratificação da Convenção Americana por parte do Brasil, conforme assinalou, “levando em consideração a necessidade de obtenção de justiça e reparação para as [supostas] vítimas”.<sup>2</sup> Este Tribunal nota com preocupação que, entre a apresentação da petição inicial à Comissão e a submissão do caso à Corte, transcorreram mais de 14 anos.

<sup>2</sup> A Comissão designou como delegado perante a Corte o então Presidente da Comissão, o Comissário Joel Hernández, e designou como assessores jurídicos a então Secretária-Executiva Adjunta, Marisol Blanchard Vera, e o atual Secretário-Executivo Adjunto, Jorge Meza Flores.

4. *Solicitações da Comissão* – Com base no que foi previamente exposto, a Comissão solicitou à Corte que declare a responsabilidade internacional do Estado do Brasil pelas violações indicadas no Relatório de Mérito que são posteriores ao 10 de dezembro de 1998 (§ 1, *supra*). Adicionalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado determinadas medidas de reparação (Capítulo IX, *infra*).

## II.

### PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. *Notificação ao Estado e aos representantes* – A submissão do caso foi notificada ao Estado<sup>3</sup> e à representação das supostas vítimas<sup>4</sup> (doravante denominados “os representantes”), mediante comunicações de 9 de fevereiro de 2021.

6. *Escrito de petições, argumentos e provas* – Em 12 de abril de 2021, os representantes apresentaram o escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”). Concordaram com as considerações expostas pela Comissão em seu Relatório de Mérito e alegaram que aprofundariam aspectos relacionados às determinações de fato, a fim de “esclarecer ou explicar” as afirmações contidas no Relatório de Mérito. Adicionalmente, solicitaram que seja declarada a responsabilidade internacional do Estado pela violação ao direito à verdade, em detrimento da família de Gabriel Sales Pimenta e da “sociedade brasileira como um todo”, de acordo com os artigos 8, 11, 13 e 25 da Convenção Americana. Além disso, as supostas vítimas solicitaram, através de sua representação, fazer uso do Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas da Corte Interamericana (doravante denominado “Fundo de Assistência da Corte” ou “Fundo”).

7. *Escrito de exceções preliminares e de contestação* – Em 4 de agosto de 2021, o Estado apresentou seu escrito de contestação ao Relatório de Mérito, e ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação”). Nesse escrito, o Brasil interpôs três exceções preliminares e se opôs às violações alegadas. Além disso, se opôs às medidas de reparação propostas pelos representantes e pela Comissão.

<sup>3</sup> Mediante comunicação de 11 de março de 2021, o Estado designou como agentes as senhoras e os senhores Antônio Francisco Da Costa e Silva Neto, Embaixador do Brasil em San José; Ministro João Lucas Quental Novaes de Almeida, Diretor do Departamento de Direitos Humanos e Cidadania do Ministério de Relações Exteriores (doravante denominado “MRE”); Ministro Marcelo Ramos Araújo, Chefe da Divisão de Direitos Humanos do MRE; Ricardo Edgard Rolf Lima Bernhard, Subchefe da Divisão de Direitos Humanos do MRE; Secretário Daniel Leão Sousa, Assessor da Divisão de Direitos Humanos do MRE; Secretária Débora Antônia Lobato Cândido, Assessora da Divisão de Direitos Humanos do MRE; Secretário Lucas dos Santos Furquim Ribeiro, Chefe do Setor de Direitos Humanos da Embaixada do Brasil em San José; Homero Andretta Junior, Tonny Teixeira de Lima, Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega, Dickson Argenta de Souza, Taiz Marrão Batista da Costa, Advogados/as da União; Milton Nunes Toledo Junior, Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (doravante denominado “MMFDH”); Bruna Nowak, Coordenadora de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH, e João Pedro Ribeiro Sampaio de Arruda Câmara, Diretor da Câmara de Conciliação Agrária do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (IN CRA).

<sup>4</sup> Os representantes das supostas vítimas são a Comissão Pastoral da Terra e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional.

8. Observações às exceções preliminares – Mediante escritos de 25 de outubro de 2021, a Comissão e os representantes, respectivamente, apresentaram suas observações às exceções preliminares opostas pelo Estado.

9. *Audiência Pública* – Mediante Resolução de 17 de fevereiro de 2022, a Presidência da Corte convocou às partes e à Comissão a uma audiência pública sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas.<sup>5</sup> A audiência pública foi celebrada em 22 e 23 de março de 2022, de forma virtual, durante o 147º Período Ordinário de Sessões da Corte.<sup>6</sup>

10. *Amici Curiae* – O Tribunal recebeu oito memoriais de *amicus curiae*, apresentados por: 1) Clínica Interamericana de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Clínica de Direitos Fundamentais e Transparência da Universidade Federal de Juiz de Fora;<sup>7</sup> 2) Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará e Defensoria Pública do Estado do Pará;<sup>8</sup> 3) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Centro de Estudos em Sistemas de

<sup>5</sup> Cf. *Caso Sales Pimenta Vs. Brasil. Convocação de audiência pública*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de fevereiro de 2022. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/sales\\_pimenta\\_17\\_02\\_22\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/sales_pimenta_17_02_22_por.pdf).

<sup>6</sup> Compareceram à audiência: a) pela Comissão: Julissa Mantilla Falcón, Presidenta; Marisol Blanchard, então Secretária-Executiva Adjunta; Jorge Meza Flores, atual Secretário-Executivo Adjunto, e Analía Banfi Vique, assessora; b) pelos representantes: Andréia Aparecida Silvério dos Santos e José Batista Gonçalves Afonso, da Comissão Pastoral da Terra, e Viviana Kristicevic, Gisela de León, Helena Rocha e Lucas Arnaud, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, e c) pelo Estado: Antônio Francisco Da Costa e Silva Neto, Embaixador do Brasil na Costa Rica e Chefe da delegação; João Lucas Quental Novaes de Almeida, Diretor do Departamento de Direitos Humanos e Cidadania do MRE; José Armando Zema de Resende, Ministro da Embaixada do Brasil em San José; Bruna Vieira de Paula, Chefe da Divisão de Direitos Humanos do MRE; Débora Antônia Lobato Cândido, Assessora da Divisão de Direitos Humanos do MRE; Lucas dos Santos Furquim Ribeiro, Secretário da Embaixada do Brasil em San José; Viviane Ruffell Teixeira Pereira, Procuradora do Estado do Pará; Tonny Teixeira de Lima e Taiz Marrão Batista da Costa, Advogadas da União; Milton Nunes Toledo Junior, Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH); Tatiana Leite Lopes Romani, Assessora da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH; Bruna Nowak, Coordenadora de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais de MMFDH; Aline Albuquerque Sant' Anna de Oliveira, Coordenadora de Assuntos Internacionais da Consultoria Jurídica do MMFDH, e João Pedro Ribeiro Sampaio de Arruda, Diretor da Câmara de Conciliação Agrária do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCR).

<sup>7</sup> O memorial foi assinado por Siddharta Legale, Thainá Mamede, Bruno Stigert, Carolina Cyrillo, Danilo Sardinha, Giovanna Barbastefano, Isadora Merli, Vanessa Guimarães dos Santos, Thiago Castro, Júlia Oliveira Pessôa, Maria Eduarda Gualberto Vieira, Leticia Gabriella Costa Corrêa, Gabriel Angelo Costa Corrêa, Gabrielley Custódia Alves Mascarenhas, Iris Campos Nogueira, Rebecca Ferreira Arbex, Nina Morena Teixeira Pacheco, e Yuri Ernandes Rodrigues de Carvalho. O memorial descreve pressupostos teóricos sobre a Convenção Americana como uma “Constituição Interamericana”, a Corte Interamericana como um “Tribunal Constitucional Transnacional”, e sobre a “liberdade sindical interamericana”. Além disso, descreve alegadas aplicações práticas sobre o acesso à justiça, o Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos, a “função social da propriedade e a necessidade de que a Corte amplie o debate a respeito do artigo 21 da Convenção”, e o alegado dever de reparação das supostas vítimas.

<sup>8</sup> O memorial foi assinado por Andreia Macedo Barreto, Anna Izabel e Silva Santos, Bia Albuquerque Tiradentes, Carlos Eduardo Barros da Silva, Edgar Moreira Alamar, Guilherme Israel Kochi Silva, Juliana Andrea Oliveira, Kassandra Campos Pinto Lopes Gomes, Vladimir Augusto de Carvalho Lobo e Avelino Koenig, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro, Amanda Pereira Reis, Daniela Bastos da Silva, e Sarah Morhy Pereira. O memorial descreve os alegados conflitos de terra no Estado do Pará e as ações que teriam um impacto negativo nesse Estado, bem como a alegada vulnerabilidade das pessoas defensoras de direitos humanos, e a “possibilidade” de que a Corte Interamericana teria de “avançar” na proteção dos direitos dos territórios indígenas.



Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná;<sup>9</sup> 4) Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais;<sup>10</sup> 5) Sindicato dos Advogados do Estado de Minas Gerais (SINAD MG);<sup>11</sup> 6) Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas;<sup>12</sup> 7) Associação Brasileira de Advogados do Povo “Gabriel Pimenta”,<sup>13</sup> e 8) Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia.<sup>14</sup>

11. *Alegações e observações finais escritas* – Nos dias 20 e 22 de abril de 2022, o Estado, os representantes e a Comissão remeteram suas alegações finais escritas e suas observações finais escritas, respectivamente.

12. *Observações aos anexos às alegações finais* – Em 23 de maio de 2022, o Estado se pronunciou sobre os anexos apresentados pelos representantes. Em 25 de maio de 2022, a Comissão afirmou não ter observações sobre os anexos às alegações finais escritas das partes, e os representantes apresentaram observações sobre os anexos às alegações finais escritas do Estado.

13. *Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas* – Em 22 de abril de 2022, juntamente com suas alegações finais escritas, os representantes informaram à Corte que não apresentariam documentos sobre os gastos das declarações que seriam custeadas com o Fundo de Assistência da Corte, uma vez que esses gastos não haviam sido substantivos. Desse modo, o Tribunal considera que os representantes desistiram de fazer uso do referido Fundo e arquiva o expediente de gastos correspondente.

14. A Corte deliberou a presente Sentença durante os dias 25, 27 e 30 de junho de 2022.

<sup>9</sup> O memorial foi assinado por José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral, Sílvia Virgínia Silva de Souza, Melina Girardi Fachin, Cristina Paiva, José Maria Vieira, Álvaro Quintão, Anderson Ferreira, e Caupolican Padilha Junior. O memorial descreve a alegada situação jurídica das pessoas defensoras de direitos humanos e as alegadas obrigações estatais e direitos relativos à matéria, de acordo com determinados padrões, bem como medidas provisórias e de reparação.

<sup>10</sup> O memorial foi assinado por Sérgio Rodrigues Leonardo, William dos Santos, e Cristina Paiva Matos Fontes. O memorial descreve, principalmente, as medidas de reparação que consideram ser necessárias adotar neste caso.

<sup>11</sup> O memorial foi assinado por Roberto Williams Moysés Auad e Julia Pereira Reis. O memorial apresenta determinadas considerações de fato e de direito dirigidas a “contribuir” com a adoção de medidas que, conforme indicam, “permitam o avanço da democracia no Brasil”.

<sup>12</sup> O memorial foi assinado por Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Jamilly Izabela de Brito Silva, Lucas Schneider Veríssimo de Aquino, João Lucas Bastos de Lima Sousa, Yasmin de Almeida Bayma, Izabelly Sabriny Oliveira Nascimento, Gabriel Henrique Pinheiro Andion, Claudevan Barros Bentes Filho, Valena Jacob Chaves Mesquita, Girolamo D. Treccani, Luana Nunes Bandeira Soares, Danielle Anne Pamplona, Júlia Coimbra Braga, e Eduardo Pitrez de Aguiar Correa. O memorial apresenta, principalmente, uma análise de contexto do caso e considerações jurídicas a respeito da alegada imprescritibilidade do alegado “delito” cometido contra Gabriel Sales Pimenta. Ademais, expõe as medidas de reparação que consideram pertinentes.

<sup>13</sup> O memorial foi assinado por Henrique Júdice Magalhães. O memorial apresenta considerações a respeito da competência *ratione temporis* da Corte Interamericana e o contexto do caso, assim como de medidas de reparação sugeridas.

<sup>14</sup> O memorial foi assinado por Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos, Tatiana Emília Dias Gomes, Emmanuelle Diana Santos Neves, Carlos Eduardo Soares de Freitas, Caio César Pereira dos Reis, Christian Lopes Oliveira Alves, Cristiane de Almeida Santa Rosa, Rebeca Ananias Pinto, Rebeca das Neves dos Santos, e Udma Uldiery Oliveira Silva. O memorial descreve o contexto do caso, as mortes de pessoas defensoras de direitos humanos no Brasil e o alegado caráter sistemático, o Programa Brasileiro de Proteção de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos, e sugere garantias de não repetição.

### III. COMPETÊNCIA

15. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana, em virtude de que o Brasil é Estado Parte deste instrumento desde 25 de setembro de 1992 e reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal em 10 de dezembro de 1998.

### IV. EXCEÇÕES PRELIMINARES

16. No caso *sub judice*, o Estado interpôs três exceções preliminares, que são detalhadas a seguir.

#### **A. Incompetência *ratione temporis* quanto aos fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte**

##### **A.1. Alegações das partes e da Comissão**

17. O Estado solicitou que a Corte declare sua incompetência *ratione temporis* em relação a supostas violações de direitos humanos que ocorreram ou tiveram início antes de 10 de dezembro de 1998. Afirmou que a Comissão submeteu à Corte fatos ocorridos entre 25 de setembro de 1992<sup>15</sup> e 10 de dezembro de 1998, os quais se encontrariam fora da competência do Tribunal. De igual maneira, aduziu que a Corte possui competência apenas para analisar as possíveis violações, nos termos submetidos pela Comissão, resultantes de fatos comprovadamente iniciados ou que deveriam ter iniciado após 10 de dezembro de 1998, e que constituam violações específicas e autônomas de denegação de justiça. Finalmente, indicou que a Comissão e os representantes não identificaram os fatos específicos e autônomos ocorridos após dezembro de 1998 que constituiriam uma violação da Convenção, razão pela qual argumentou que o caso deveria ser rejeitado.

18. A Comissão destacou que a submissão do caso se refere exclusivamente aos fatos que começaram a ocorrer ou continuaram ocorrendo com posterioridade a 10 de dezembro de 1998, que se referem, principalmente, à alegada falta de devida diligência na investigação, e os fatores que supostamente resultaram em denegação de justiça. Ademais, recordou que a Corte já estabeleceu que “pode conhecer os atos ou fatos que aconteceram após a data desse reconhecimento e que geraram violações de direitos humanos de execução instantânea e continuada ou permanente.”

19. Os representantes rejeitaram a posição do Estado de que o Tribunal apenas poderia conhecer sobre possíveis violações aos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana iniciadas ou que deveriam ter iniciado após 10 de dezembro de 1998, já que,

<sup>15</sup> O Brasil é Estado Parte da Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992.

segundo indicaram: i) a Corte é competente para conhecer sobre fatos cujo início de execução seja anterior à referida data, e ii) tanto a Comissão como os representantes identificaram violações específicas e autônomas aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana posteriores à data de reconhecimento da competência da Corte por parte do Brasil.

## A.2. Considerações da Corte

20. A Corte reiterou que, em virtude do princípio de irretroatividade, não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção Americana em relação a fatos ocorridos anteriormente ao reconhecimento de sua competência por parte do Estado.<sup>16</sup> Não obstante, este Tribunal determinou que pode exercê-la quanto a violações de direitos humanos de caráter contínuo ou permanente que tiveram início antes da data do reconhecimento de sua competência contenciosa por parte de um Estado e que continuam após este reconhecimento.<sup>17</sup> Também estabeleceu que é competente para conhecer sobre violações ocorridas no âmbito de um processo ou investigação judicial, ainda que este tenha iniciado antes do referido reconhecimento, quando as violações têm origem em fatos independentes ocorridos com posterioridade à data de reconhecimento da competência do Tribunal.<sup>18</sup>

21. Sobre este ponto em particular, em sua jurisprudência constante, a Corte estabeleceu que pode examinar e pronunciar-se sobre alegadas violações relacionadas a atos ou decisões que ocorreram posteriormente à data de reconhecimento da competência contenciosa da Corte, ainda que o processo judicial tenha se iniciado em uma data anterior a este reconhecimento.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Cf. *Caso Tibi vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, §§ 61 a 62; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, §§ 23 a 24; *Caso Garibaldi, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C Nº 203, § 20; *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, § 16; *Caso Montesinos Méjia vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2020. Série C Nº 398, § 18, e *Caso do Massacre da Aldeia Los Josefinos vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de novembro de 2021. Série C Nº 442, § 16.

<sup>17</sup> A esse respeito, a Corte argumentou que, mesmo que o primeiro ato de execução tenha ocorrido antes da data de reconhecimento da competência contenciosa da Corte, se estas violações persistem com posterioridade ao reconhecimento, posto que continuam sendo cometidas, a Corte tem competência para conhecer sobre essas violações. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C Nº 118, § 65; *Caso Argüelles e outros vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 288, § 25; *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C Nº 328, § 20, e *Caso do Massacre da Aldeia Los Josefinos vs. Guatemala, supra*, § 16.

<sup>18</sup> Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador, supra*, § 84; *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C Nº 333, §§ 49 a 50; *Caso Herzog e outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de março de 2018. Série C Nº 353, § 28, e *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2021. Série C Nº 435, § 21.

<sup>19</sup> Cf. *Caso García Prieto e outro vs. El Salvador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C Nº 168, §§. 44 e 45, e *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil, supra*, § 21.

22. Considerando o acima exposto e, em virtude da análise dos autos do caso, o Tribunal constata que tanto no Relatório de Mérito como no escrito de petições e argumentos foram identificados vários fatos autônomos supostamente ocorridos no âmbito dos processos penal e cível, após 10 de dezembro de 1998, data do reconhecimento da competência contenciosa da Corte. Desse modo, por ter competência temporal para pronunciar-se sobre os referidos fatos, o Tribunal rejeita a presente exceção preliminar.

## **B. Exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos**

### **B.1. Alegações das partes e da Comissão**

23. O *Estado* argumentou que há prova “irrefutável” de que os representantes apresentaram seu caso perante o Sistema Interamericano sem terem cumprido o prévio esgotamento dos recursos internos. Nesse sentido, afirmou que, em novembro de 2006, o presente caso foi apresentado à Comissão; em 2007, as supostas vítimas fizeram uso das ações internas para buscar a responsabilidade administrativa e cível do Estado perante o Conselho Nacional de Justiça e, em 2008, a mãe de Gabriel Sales Pimenta solicitou uma indenização por danos morais. Por outro lado, manifestou que os recursos destinados a determinar a responsabilidade estatal em relação à sua obrigação de investigar e punir os responsáveis pela morte do senhor Sales Pimenta foram acionados e tramitados sem que o Estado houvesse impedido o acesso a esses recursos ou sem que houvesse uma demora injustificada.

24. A *Comissão* recordou que a Convenção Americana lhe atribui diretamente as decisões em matéria de admissibilidade e que, de acordo com as regras estabelecidas nesse instrumento e no Regulamento da Comissão, o estudo de admissibilidade realizado pela Comissão não deveria ser objeto de novo exame. Argumentou que considerou cumprido o requisito de esgotamento dos recursos internos pelo fato de a ação penal ter sido extinta por meio de uma sentença definitiva. Por outro lado, recordou que, em casos de supostas violações do direito à vida, os recursos internos que devem ser tomados em consideração para efeitos de admissibilidade são os relacionados à investigação penal e a eventual sanção dos responsáveis. Finalmente, afirmou que o Estado não interpôs a exceção de falta de esgotamento de recursos internos no momento processual oportuno.

25. Os *representantes* afirmaram que o Estado, em suas primeiras manifestações perante a Comissão, não fez nenhuma menção à falta de esgotamento dos recursos internos, o que teria significado uma renúncia tácita a apresentar essa exceção preliminar. Indicaram também que os recursos internos indicados pelo Estado não eram adequados para reparar as alegadas violações, e que já estão esgotados no presente momento. Acrescentaram que o Estado não demonstrou porque o recurso administrativo perante o Conselho Nacional de Justiça e a ação indenizatória eram recursos adequados.

## B.2. Considerações da Corte

26. A Corte recorda que o artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, de acordo com os artigos 44 e 45 da Convenção, “será necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”.

27. Em diversas oportunidades, o Tribunal especificou que o momento processual oportuno para que o Estado apresente uma eventual objeção relativa à falta de esgotamento de recursos internos é o procedimento de admissibilidade perante a Comissão Interamericana.<sup>20</sup> Caso não seja apresentada no devido momento, o Estado perde a possibilidade de fazer uso desse meio de defesa perante este Tribunal.<sup>21</sup>

28. A partir da análise dos autos perante a Comissão Interamericana, o Tribunal verifica que, em 31 de janeiro de 2007, a Comissão notificou ao Estado a denúncia apresentada pelos peticionários, e o Brasil se pronunciou em três ocasiões diferentes, todas anteriores ao Relatório de Admissibilidade de 17 de outubro de 2008: em 4 de junho de 2007, em sua contestação; em 29 de agosto de 2007, através de um escrito de observações sobre informações adicionais apresentadas pelos peticionários, e, em 3 de janeiro de 2008, em um escrito de observações adicionais sobre a admissibilidade. A Corte adverte que, em nenhuma das referidas comunicações, há constância de qualquer alegação estatal dirigida a questionar o esgotamento dos recursos internos, de modo que se conclui que o Estado não argumentou a falta de esgotamento de recursos internos no momento processual oportuno, isto é, durante a etapa de admissibilidade do caso perante a Comissão. Por essa razão, e conforme a jurisprudência constante do Tribunal, a Corte decide rejeitar a exceção preliminar em estudo.

## C. Incompetência *ratione materiae* pela violação ao princípio de subsidiariedade (exceção da quarta instância)

### C.1. Alegações das partes e da Comissão

29. O *Estado* argumentou que o exame, por parte da Corte, dos fatos e conclusões resultantes da ação penal nº 028.1986.2.00004-9 e da ação indenizatória nº 007348.91.2007.814.0028 seria contrário ao princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano. Isto, ao considerar que o Estado, por meio das autoridades domésticas competentes e de recursos de investigação adequados e efetivos, teria aplicado a lei processual penal e as garantias constitucionais e legais.

<sup>20</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, § 88, e *Caso Federação Nacional de Trabalhadores Marítimos e Portuários (FEMAPOR) vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 1º de fevereiro de 2022. Série C Nº 448, § 26.

<sup>21</sup> Cf. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C Nº 197, § 21.

30. A *Comissão* destacou que o Relatório de Mérito se concentrou em determinar se, no âmbito dos processos internos, foram violados os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das supostas vítimas, e não em revisar as decisões das autoridades nacionais.

31. Os *representantes* manifestaram que os argumentos apresentados pelo Estado são questionamentos às alegações dos representantes, de maneira que constituem um aspecto de mérito e assim deveriam ser analisados.

## C.2. Considerações da Corte

32. Esta Corte já indicou que a determinação sobre se as atuações de órgãos judiciais constituem uma violação das obrigações internacionais do Estado pode conduzir a que tenha de examinar os respectivos processos internos, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana.<sup>22</sup> Consequentemente, este Tribunal não é uma quarta instância de revisão judicial, na medida em que examina a conformidade das decisões judiciais internas com a Convenção Americana, e não de acordo com o Direito interno.<sup>23</sup>

33. No presente caso, a Corte constata que tanto a Comissão quanto os representantes apresentaram alegações de violações a direitos consagrados na Convenção Americana, supostamente perpetradas pelo Estado, relacionadas especificamente aos processos internos. Em virtude do anterior, o Tribunal considera improcedente a presente exceção preliminar.

## V.

### CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

34. Em seu escrito de contestação, o *Estado* argumentou a impossibilidade de que a Corte possa conhecer sobre a alegada violação do direito à verdade em prejuízo da família de Gabriel Sales Pimenta e da sociedade brasileira como um todo, devido a que se encontra fora do objeto de análise determinado pela Comissão em seu Relatório de Mérito.

35. A *Corte* reitera que as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de direitos distintos àqueles incluídos no Relatório de Mérito, sempre que se mantenham dentro do marco fático definido pela Comissão, na medida em que as supostas vítimas são as titulares de todos os direitos estabelecidos na Convenção

<sup>22</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, § 222, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2021. Série C Nº 447, § 38.

<sup>23</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala, supra*, § 222, § 32, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México, supra*, § 38.

Americana. Nesses casos, corresponde à Corte decidir sobre a procedência de alegações relativas ao marco fático, em atenção ao equilíbrio processual das partes.<sup>24</sup>

36. No presente caso, o Tribunal nota que, apesar de a Comissão não ter concluído que houve uma violação específica ao direito à verdade em seu Relatório de Mérito, os argumentos dos representantes a respeito dessa violação não se baseiam em fatos novos, mas sim em fatos que fazem parte do marco fático estabelecido em tal relatório. Desse modo, a Corte está facultada a analisar a alegada violação e, portanto, rejeita a objeção do Estado.

## VI. PROVA

### A. Admissibilidade da prova documental

37. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova por parte da Comissão, dos representantes e do Estado, na forma de anexos aos seus escritos principais (§§ 3, 6 e 7, *supra*). Como em outros casos, a Corte admite os documentos apresentados oportunamente (artigo 57.2 do Regulamento)<sup>25</sup> pelas partes e pela Comissão, cuja admissibilidade não foi controvertida nem objetada, e cuja autenticidade não foi posta em dúvida.<sup>26</sup>

38. A Corte nota que, juntamente com um escrito de 21 de março de 2022, os representantes remeteram três anexos.<sup>27</sup> Nem o Estado nem a Comissão se opuseram à apresentação desses documentos. Além disso, o Tribunal adverte que eles constituem informação relativa a fatos posteriores à apresentação do escrito de petições e argumentos, razão pela qual, de acordo com o estipulado no artigo 57.2 do Regulamento da Corte Interamericana, são admissíveis.

<sup>24</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C Nº 272, § 22, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México, supra*, § 33.

<sup>25</sup> A prova documental pode ser apresentada, em geral e de acordo com o artigo 57.2 do Regulamento, juntamente com os escritos de submissão do caso, de petições e argumentos ou de contestação, conforme corresponda. Não é admissível a prova remetida fora dessas oportunidades processuais, salvo as exceções estabelecidas no referido artigo 57.2 do Regulamento (força maior ou impedimento grave) ou em caso de fato superveniente, isto é, ocorrido com posterioridade aos citados momentos processuais. Cf. *Caso Família Barrios vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 237, §§ 17 e 18, e *Caso Federação Nacional de Trabalhadores Marítimos e Portuários (FEMAPOR) vs. Peru, supra*, nota de rodapé 33.

<sup>26</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, § 140, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de fevereiro de 2022. Série C Nº 449, § 14.

<sup>27</sup> Estes documentos são os seguintes: “Frontline Defenders, Análise Global 2021”, de 23 de fevereiro de 2022 (Anexo 1); Repórteres sem Fronteiras. “Sob risco: Como superar as falhas dos programas de proteção a jornalistas na América Latina”, de fevereiro de 2022 (Anexo 2), e Justiça Global e Terra de Direitos. “Começo do fim? O pior momento do Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas”, de dezembro de 2021 (Anexo 3).

39. Por outro lado, a Corte também recebeu documentos anexos às alegações finais escritas apresentadas pelo Estado<sup>28</sup> e pelos representantes.<sup>29</sup> A esse respeito, a Comissão afirmou não ter observações aos documentos apresentados como anexos às alegações finais escritas das partes.

40. Por sua vez, quanto aos anexos às alegações finais escritas dos representantes, o Estado apresentou várias observações. No entanto, estas considerações se referem ao valor probatório dos documentos, e não à sua admissibilidade. Em consequência, a Corte admite os referidos documentos na medida em que os anexos 1 a 3 se referem a fatos posteriores ao escrito de petições e argumentos e se relacionam ao alegado contexto de violência associada aos conflitos de terra no Brasil; os anexos 4 e 5 tratam sobre fatos relativos ao processo civil indenizatório ocorridos com posterioridade ao referido escrito, e os anexos 6 e 7 são documentos apresentados como prova dos gastos incorridos pelos representantes no litígio do presente caso. As considerações realizadas pelo Brasil serão levadas em consideração no momento de avaliar a prova.

41. Os representantes, por sua vez, objetaram o anexo 4 das alegações finais do Estado, alegando que o documento foi apresentado de forma extemporânea, pois foi publicado em 2019, e não responde à pergunta formulada por um juiz durante a audiência pública celebrada no presente caso. O Tribunal nota, com efeito, que o referido anexo se refere a uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público de 2019, cujo objeto é permitir a participação das vítimas de delitos ou seus familiares na investigação levada a cabo pelo Ministério Público, o que significa que não tem relação com o presente caso, e não responde a nenhuma pergunta dirigida ao Estado por Juízas ou Juizes durante a audiência. Ao levar o anterior em consideração e, por ser um documento datado com anterioridade à apresentação da contestação por parte do Estado, não é admissível por ser extemporâneo, nos termos do artigo 57.2 do Regulamento da Corte.

<sup>28</sup> Estes documentos são os seguintes: Decisão da Primeira Câmara do Superior Tribunal de Justiça nos embargos de declaração relacionados ao Recurso Especial nº 1303755 (Anexo 1); Trâmite processual do Agravo em Recurso Especial nº 1303755 (Anexo 2); Decreto nº 10.815/2021 (Anexo 3); Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019, do Conselho Nacional do Ministério Público (Anexo 4); Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 (Anexo 5); Resolução nº 251/2018 do Conselho Nacional de Justiça (Anexo 6), e Resolução nº 417/2021 do Conselho Nacional de Justiça (Anexo 7).

<sup>29</sup> Estes documentos são os seguintes: Comissão Pastoral da Terra. “Reforma Agrária no Brasil”, de 2022 (Anexo 1); Comissão Pastoral da Terra. “Conflitos no Campo Brasil 2021”, de abril de 2022 (Anexo 2); Comissão Pastoral da Terra. “Comunicado: Violência contra a pessoa: aumento de 75% nos assassinatos, mais de 1.000% das mortes em consequência de conflitos e dois massacres marcam 2021”, de abril de 2022 (Anexo 3); Superior Tribunal de Justiça. Decisão denegatória do recurso do AREsp 1.303.755/PA, de 17 de agosto de 2021 (Anexo 4); Certidão de coisa julgada da ação indenizatória por danos morais nº 0007348-91.2007.8.14.0028, de 13 de setembro de 2021 (Anexo 5); comprovantes de gastos da Comissão Pastoral da Terra (Anexo 6), e comprovantes de gastos do CEJIL (Anexo 7).



## B. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial

42. Este Tribunal considera pertinente admitir as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública<sup>30</sup> e em audiência pública,<sup>31</sup> na medida em que se ajustem ao objeto definido pela Presidência na Resolução que ordenou recebê-los e ao objeto do presente caso.<sup>32</sup>

## VII. FATOS

43. Neste capítulo a Corte estabelecerá os fatos considerados provados no presente caso, de acordo com o acervo probatório que foi admitido e segundo o marco fático estabelecido no Relatório de Mérito. Ademais, serão incluídos os fatos expostos pelas partes que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar esse marco fático. Desse modo, o presente capítulo está dividido em três partes. A primeira se refere ao contexto de violência e impunidade relacionado à luta pela terra no Brasil. Na segunda parte, estarão expostos os fatos anteriores ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte por parte do Estado, de modo que o Tribunal unicamente os considerará como antecedentes do caso e não fará nenhuma determinação jurídica com base neles. A terceira parte contém os fatos ocorridos a partir da data do referido reconhecimento de competência (§ 15, *supra*).

### A. Contexto de violência e impunidade relacionado à luta pela terra no Brasil

44. O Brasil possui um extenso território com grande capacidade produtiva e de assentamento social, que desde o período colonial vivenciou uma distribuição desequilibrada da propriedade.<sup>33</sup> A esse respeito, no ano de 1980, os estabelecimentos rurais com uma extensão maior a 1.000 hectares, considerados como grandes estabelecimentos, representavam 0,93% do total dos estabelecimentos rurais, e

<sup>30</sup> Foram recebidas as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) de Sérgio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, André Sales Pimenta, Daniel Sales Pimenta, Darci Frigo, José Batista Gonçalves Afonso, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Cristina Mair Barros Mauer, Fernando Michelotti, Carlos Eduardo Gaio, Laurel Emilie Fletcher, Maria Adelina Guglioti Braglia, propostas pelos representantes, e a declaração de Guilherme Brenner Lucchesi, proposta pelo Estado.

<sup>31</sup> Foram recebidas as declarações de Rafael Sales Pimenta e Rui Carlo Dissenha, propostas pelos representantes; a declaração de Douglas Sampaio Franco, proposta pelo Estado, e a declaração de Renan Bernardi Kalil, proposta pela Comissão.

<sup>32</sup> Os objetos das declarações se encontram estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 17 de fevereiro de 2022. Disponível aqui: [https://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/sales\\_pimenta\\_17\\_02\\_22\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/sales_pimenta_17_02_22_por.pdf).

<sup>33</sup> Cf. ONU, Relatório do Relator Especial sobre habitação adequada, como parte do direito a um nível de vida adequado, Sr. Miloon Kothari. *Adendo. Missão ao Brasil*. Doc. E/CN.4/2005/48/Add.3, 18 de fevereiro de 2004, § 37; OEA, CIDH. Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, *Capítulo VII: A propriedade da terra rural e os direitos humanos dos trabalhadores rurais*, OEA/Ser.L/V/II.97, 29 setembro 1997, § 1, e Oxfam, Brasil. *Terrenos da Desigualdade: Terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural*, 2016, p.3. Disponível em: [https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/115321/1596831720relatorio-terrenos\\_desigualdade-brasil\\_0-2.pdf](https://rdstation-static.s3.amazonaws.com/cms/files/115321/1596831720relatorio-terrenos_desigualdade-brasil_0-2.pdf). Ver, também, Perícia de Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira de 9 de março de 2022 (expediente de prova, folhas 7183 a 7184).

concentravam 45,10% da área rural total do Brasil.<sup>34</sup> Por sua vez, os estabelecimentos com uma área inferior a 10 hectares representavam 50,35% do total de estabelecimentos rurais com uma ocupação de 2,47% da área rural total do Brasil.<sup>35</sup> A concentração de terras no Brasil se manteve estável desde 1980.<sup>36</sup> Os conflitos agrários existentes nas diferentes regiões do Brasil<sup>37</sup> são o resultado, ao menos, dessa grande concentração de terras nas mãos de poucos proprietários.<sup>38</sup>

45. Como resposta à concentração de terras, bem como à prática de apropriação irregular de terras (“grilagem”)<sup>39</sup> e o processo de modernização e liberalização da agricultura,<sup>40</sup> vários movimentos sociais emergiram no Brasil ao longo do século XIX e XX, em particular entre os anos de 1964 e 1985, durante a ditadura militar.<sup>41</sup>

46. Durante os anos do regime militar, as organizações camponesas, sindicatos e outras formas de associação que lutavam por reforma agrária foram objeto de repressão política e social que buscava a sua desarticulação, e foram apelidados de “comunistas” ou “subversivos”.<sup>42</sup> Entre 1979 e 1985, o movimento de repressão se intensificou no campo, sendo esse um dos períodos com maior número de mortes e desaparecimentos de trabalhadores rurais e de defensores de seus direitos.<sup>43</sup>

47. Em concreto, no Brasil, sabe-se que, de 1961 a 1988, foram mortos 75 sindicalistas, 14 advogadas/os, 7 pessoas religiosas, 463 líderes de lutas coletivas, entre

<sup>34</sup> Cf. Sistema de Recuperação Automática (SIDRA) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo agropecuário, tabela 263: número de estabelecimentos e áreas rurais por grupos de área total. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/263>.

<sup>35</sup> Cf. Sistema de Recuperação Automática (SIDRA) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo agropecuário, tabela 263: número de estabelecimentos e áreas rurais por grupos de área total. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/263#resultado>.

<sup>36</sup> Cf. Oxfam, Brasil. *Terrenos da Desigualdade: Terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural*, supra, p. 6.

<sup>37</sup> O perito Michelotti afirmou a ausência de dados oficiais e sistematizados sobre a magnitude da violência no campo no Brasil. Cf. Perícia de Fernando Michelotti de 7 de março de 2022 (expediente de prova, folha 7215). A esse respeito, o perito Gaio sublinhou que os próprios órgãos governamentais utilizam os dados compilados pela Comissão Pastoral da Terra em algumas ocasiões. Cf. Perícia de Carlos Eduardo Gaio de 11 de março de 2022 (expediente de prova, folhas 7287 a 7288).

<sup>38</sup> Cf. Human Rights Watch. *A luta pela terra no Brasil: a violência rural continua*, 1992, p. 6. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/braz926full.pdf>.

<sup>39</sup> O termo “grilagem” pode ser entendido como a ação ilegal dirigida à transferência de terras públicas a favor de terceiros. Cf. Oxfam, Brasil. *Terrenos da Desigualdade: Terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural*. 2016, supra, p. 3.

<sup>40</sup> Durante o processo de modernização da agricultura no Brasil, os grandes estabelecimentos receberam incentivos fiscais e tiveram acesso a créditos, pesquisas e assistência técnica governamental com o objetivo de produzir para a exportação e atender a agroindústria. Além disso, o processo de modernização “provocou o deslocamento de milhões de famílias, principalmente do Nordeste e do Sul do país, em direção às cidades e regiões do Centro-Oeste e Norte”. Cf. Oxfam, Brasil. *Terrenos da Desigualdade: Terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural*. 2016, supra, p. 4 a 5.

<sup>41</sup> Cf. ONU, Relatório do Relator Especial sobre habitação adequada, como parte do direito a um nível de vida adequado, Sr. Miloon Kothari. *Adendo. Missão ao Brasil*, supra, §§ 37, 39 e 40.

<sup>42</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasil. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, 1ª Edição: Brasília, DF, 2013, p. 6. Disponível em: [http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/sdh\\_direito-a-memoria-e-averdade-camponeses-mortos-e-desaparecidos\\_2013.pdf](http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/sdh_direito-a-memoria-e-averdade-camponeses-mortos-e-desaparecidos_2013.pdf), e Ministério de Desenvolvimento Agrário, Brasil. *O retrato da repressão política no campo-Brasil 1962-1985: Camponeses torturados, mortos e desaparecidos*, 2ª Edição: Brasília, DF, 2011, p. 17, 2426. Disponível em: <https://repositorio.ica.int/handle/11324/20158>.

<sup>43</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasil. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, supra, p. 20.

outros.<sup>44</sup> De acordo com um relatório estatal de 2013, “[s]er advogado de camponeses nos tempos da ditadura militar era uma profissão de alto risco [. . .], [r]isco de morte”.<sup>45</sup> O Estado do Pará, durante o período de 1961 a 1988, foi o líder no *ranking* de mortes e desaparecimentos,<sup>46</sup> com 528 homicídios entre 1980 a 1993, e 772 entre 1971 e 2004, dos quais, respectivamente, 239 e 574 ocorreram no Sul daquele estado.<sup>47</sup> O Pará foi destacado por alguns organismos e organizações internacionais pelos conflitos constantes e violentos relacionados à luta por terra, que resultaram na morte de centenas de trabalhadores rurais, líderes sindicais, advogados, defensores de direitos humanos, entre outros.<sup>48</sup>

48. Um estudo realizado por uma agência estatal concluiu que, no período do regime militar, dentro do qual se encontram os fatos que deram origem ao presente caso:

[a] violência privada era exercida sob a cobertura e o estímulo oficial, baseada em compromissos de classe que aliavam grandes proprietários e empresários rurais ao governo militar. A lei da violência que caracterizava as práticas privadas vinha ao encontro dos interesses defendidos pelo regime a fim de barrar a organização crescente dos trabalhadores do campo.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasil. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, *supra*, p. 28, e Ministério de Desenvolvimento Agrário, Brasil. *O retrato da repressão política no campo-Brasil 1962-1985: Camponeses torturados, mortos e desaparecidos*, 1ª Edição: Brasília, DF, 2010, p. 326-330. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/memoria-e-verdade/retrato-da-repressao-politica-no-campo-2013-brasil-1962-1985-camponeses-torturados-mortos-e-desaparecidos/view>.

<sup>45</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasil. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, *supra*, p. 82. Em sentido similar, Darci Frigo afirmou que “a defesa dos direitos humanos é algo perigoso”. Cf. Declaração de Darci Frigo em 8 de março de 2022 (expediente de prova, folha 6723).

<sup>46</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasil. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, *supra*, p. 25.

<sup>47</sup> Cf. Airton dos Reis Pereira. *Conflitos de Terra e Violência no Sul do Pará (1975-1990)*, apresentado no X Encontro Nacional de História Oral. Testemunhos: História e Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 26 a 30 de abril de 2010, p. 11. Disponível em: [https://www.encontro2010.historiaoral.org.br/resources/anais/2/1268332455\\_ARQUIVO\\_ConflitosdeterraeViolencianoSuldoPara\\_1975-1990\\_.pdf](https://www.encontro2010.historiaoral.org.br/resources/anais/2/1268332455_ARQUIVO_ConflitosdeterraeViolencianoSuldoPara_1975-1990_.pdf), e Comissão Pastoral da Terra *et al.*, *Violação dos Direitos Humanos na Amazônia: Conflito e Violência na fronteira paraense*, 2005, p. 33. Disponível em: <https://www.fdcl.org/wp-content/uploads/2005/11/relatorioparaportugues.pdf>.

<sup>48</sup> Cf. ONU, Relatório sobre a Missão ao Brasil da Representante Especial do Secretário Geral sobre a situação dos defensores dos direitos humanos, Hina Jilani, Adição. Doc. A/HRC/4/37/Add.2, 19 de dezembro de 2006, §§ 16, 17, 19, 20; ONU, Relatório sobre a Missão ao Brasil, Relator Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, Philip Alston. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009, § 40; Human Rights Watch. *Violência rural no Brasil*, 1991, p. 21 a 23 e 57 a 66. Disponível em: <https://www.hrw.org/reports//pdfs/b/brazil/brazil.912/braz912full.pdf>; Human Rights Watch. *A luta pela terra no Brasil: a violência rural continua*, *supra*, p. 6 a 10, e *Anistia Internacional, Corumbiara e Eldorado De Carajás: Violência rural, brutalidade policial e impunidade*, 1998, p. 4 a 6. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/amr19/001/1998/es/>.

<sup>49</sup> Cf. Ministério de Desenvolvimento Agrário, Brasil. *O retrato da repressão política no campo-Brasil 1962-1985: Camponeses torturados, mortos e desaparecidos*, 2ª Edição, *supra*, p. 26.

49. No mesmo sentido, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República reconheceu a colusão de agentes estatais no que tange a perseguições e homicídios de pessoas trabalhadoras rurais e defensoras de seus direitos.<sup>50</sup> Em sentido similar se pronunciaram a Relatoria Especial das Nações Unidas sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias e a Representante Especial do Secretário Geral sobre a situação dos defensores de direitos humanos.<sup>51</sup>

50. Especificamente quanto à situação de violência contra defensores e defensoras de direitos humanos no contexto de conflitos rurais, vários relatórios dão conta de uma alta incidência de ameaças e homicídios.<sup>52</sup> A organização Global Witness publicou um estudo sobre vários países do mundo, realizado com dados de 2002 a 2013, e afirmou que o Brasil é o país mais perigoso para a defesa dos direitos sobre a terra e o meio ambiente, com 448 casos entre 908 em nível mundial.<sup>53</sup> Além disso, no ano de 1982, 30 defensores de trabalhadores/as rurais foram mortos, além de Gabriel Sales Pimenta. A maioria desses crimes ocorreu no Estado do Pará. Nesse sentido, nos últimos 20 anos, 35% dos homicídios de trabalhadores/as rurais e defensores/as desses trabalhadores no Brasil ocorreram no Estado do Pará.<sup>54</sup>

51. Diante desse quadro, evidencia-se os dados relativos à resposta judicial em casos de pessoas trabalhadoras rurais mortas entre os períodos de 1964 a 2013 no Estado do Pará. A esse respeito, entre 1964 e 1998,<sup>55</sup> dos 703 casos de trabalhadores

<sup>50</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasil. *Camponeses mortos e desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, supra, p. 23.

<sup>51</sup> Cf. ONU, Relatório Especial sobre a Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Asma Jahangir. Doc. E/CN.4/2004/7/Add.3, p. 18, e ONU, Relatório sobre a Missão ao Brasil da Representante Especial do Secretário Geral sobre a situação dos defensores de direitos humanos, Hina Jilani, supra, § 18.

<sup>52</sup> Cf. Justiça Global e Frontline Defenders. *Linha de Frente: Defensores de Direitos Humanos no Brasil, Resumo Executivo*. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/jglobal/jglobal\\_frontend/01\\_resumoeexecutivo.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/jglobal/jglobal_frontend/01_resumoeexecutivo.htm); Federação Internacional das Ligas de Direitos Humanos. *Brasil: Graves violações de direitos humanos na zona rural*, 2000, p. 14. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/nacionais/r\\_fidh\\_brasil.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/nacionais/r_fidh_brasil.pdf); Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em Luta: Criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil*, 2017, p. 70 a 73. Disponível em: [https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/CBDDDH---DOSSIE-2017\\_011118\\_web.pdf](https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/CBDDDH---DOSSIE-2017_011118_web.pdf); Frontline Defenders. *Análise Global 2020*, p. 4 a 5. Disponível em: [https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/fl\\_d\\_global\\_analysis\\_2020.pdf](https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/fl_d_global_analysis_2020.pdf), e Global Witness. *Defendendo o Amanhã: a crise climática e ameaças contra defensores da terra e do meio ambiente*, 2020, p. 10. Disponível em: [https://www.globalwitness.org/documents/19941/Defending\\_Tomorrow\\_ES\\_low\\_res\\_-\\_July\\_2020.pdf](https://www.globalwitness.org/documents/19941/Defending_Tomorrow_ES_low_res_-_July_2020.pdf). Segundo o perito Michelotti, “[o]s assassinatos decorrentes de conflitos agrários, especialmente dos defensores de direitos humanos que atuam como lideranças de movimentos sociais, sindicais ou assessoria a organizações de trabalhadores, são, também uma tentativa de silenciamento da luta por direitos”. Perícia de Fernando Michelotti de 7 de março de 2022 (expediente de prova, folha 7245).

<sup>53</sup> Cf. Memorial de *amicus curiae* apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais (expediente de prova, folha 7725).

<sup>54</sup> Cf. Perícia de Carlos Eduardo Gaio, supra (expediente de prova, folha 7293).

<sup>55</sup> No massacre de Eldorado dos Carajás, em 1996, dois oficiais responsáveis pela operação, acusados pela execução de 19 trabalhadores rurais sem terra “que se manifestavam pacificamente para reivindicar seus direitos sobre a terra foram condenados a 228 e 158 anos, respectivamente”. No entanto, nunca foram presos, pois apelaram suas sentenças enquanto estavam em liberdade. O terceiro oficial comandante acusado no caso foi absolvido. Além disso, “o tribunal absolveu a nove sargentos da polícia e a outros 126 agentes da polícia militar, estabelecendo que apenas ‘dispararam suas armas para o ar’ e não contra os trabalhadores rurais”. Por último, os funcionários do governo com suposta responsabilidade pelo massacre, a saber, o Governador do Pará e o Comandante-Geral da Polícia Militar da época, não teriam

rurais vítimas de homicídio, 5,26% foram julgados, e apenas em 183 casos foi iniciada uma investigação, dentro dos quais 113 deram origem a um processo penal.<sup>56</sup> Entre 1985 e março de 2001, dos 1.207 casos reportados, 85 pessoas acusadas obtiveram uma sentença definitiva, resultando em uma média de 95% “sem resposta judicial”. Por sua vez, no Sul e Sudeste do Estado do Pará, dos 340 trabalhadores rurais mortos no mesmo período entre 1985 e março de 2001, duas pessoas foram julgadas de forma definitiva, resultando numa média de 99,4% do total dos homicídios “sem nenhum tipo de resposta judicial, seja de condenação ou absolvição no âmbito criminal”.<sup>57</sup> Por outro lado, entre 1985 e 2013, ocorreram 428 casos, com um total de 644 homicídios relacionados aos conflitos no campo. Destes, 21 casos foram levados a julgamento, resultando na condenação de 12 autores intelectuais e 17 autores materiais.<sup>58</sup> Quanto ao município de Marabá, no Estado do Pará, onde ocorreu a morte de Gabriel Sales Pimenta (§ 56, *infra*), a taxa de impunidade foi de 100% entre 1975 e 2005.<sup>59</sup>

## B. Antecedentes

### B.1. Sobre Gabriel Sales Pimenta

52. Gabriel Sales Pimenta era um jovem de 27 anos ao momento de sua morte. Era oriundo do município de Juiz de Fora, no estado de Minas Gerais, e formou-se em Direito pela Universidade Federal desse município. Em 1980 se incorporou como advogado do Sindicato de Trabalhadores Rurais de Marabá (doravante denominado “STR”), no Estado do Pará. O senhor Sales Pimenta foi um dos primeiros advogados a residir em Marabá. Além disso, foi representante da Comissão Pastoral da Terra, por meio da qual ofereceu assessoria jurídica a trabalhadores rurais, foi fundador da Associação Nacional de Advogados dos Trabalhadores na Agricultura e participou ativamente de movimentos sociais na região e em outras esferas. Em seu exercício como advogado da STR atuou na defesa dos direitos dos trabalhadores rurais na região de Pau Seco (§ 53, *infra*).<sup>60</sup>

sido processados. Cf. ONU, Relatório Especial sobre a Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Asma Jahangir, *supra*, p. 18.

<sup>56</sup> Cf. Relatório da Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SSDH), 2005. Belém, 2005, p. 5 (expediente de prova, folha 844).

<sup>57</sup> Cf. ONU, Relatório do Relator Especial sobre a independência de juízes e advogados, Leandro Despouy. Doc. E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de fevereiro de 2005, § 35.

<sup>58</sup> Cf. Comissão Pastoral da Terra. *Conflito no Campo: Brasil 2013*, p. 116. Disponível em: <https://cptnacional.org.br/downloads/?task=download.send&id=344&catid=41&m=0>.

<sup>59</sup> Cf. Comissão Pastoral da Terra *et al.* Violação dos Direitos Humanos na Amazônia: Conflito e Violência na fronteira paraense, *supra*, p. 45.

<sup>60</sup> Cf. Ofício nº ANATAG/15/82 emitido pela Associação Nacional de Advogados de Trabalhadores na Agricultura, de 21 de julho de 1982 (expediente de prova, folhas 2202 a 2203); Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos *et al.* “Relatório apresentado a Hina Jilani, Relatora Especial da ONU sobre Defensores de Direitos Humanos”, de 7 de dezembro de 2005 (expediente de prova, folhas 544 a 545); Declaração de Emmanuel Wambergue, feita constar na declaração de audiência de instrução e julgamento de 24 de março de 2011 (expediente de prova, folha 1338), e Ofício nº 1595/2018-GP emitido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (expediente de prova, folha 1509).

## B.2. O despejo dos trabalhadores rurais de Pau Seco e a ação patrocinada por Gabriel Sales Pimenta

53. Desde pelo menos 1973, partes de Pau Seco<sup>61</sup> que haviam sido incorporadas ao patrimônio da União,<sup>62</sup> eram habitadas e cultivadas por trabalhadores rurais “posseiros” e suas famílias.<sup>63</sup> Em 1980, M.C.N.<sup>64</sup> e J.P.N. alegaram ter adquirido o domínio útil de Pau Seco, onde começaram a explorar a madeira existente na região, o que gerou um conflito com os referidos trabalhadores rurais.<sup>65</sup> Posteriormente, em outubro de 1981, em vista da ação de reintegração da posse iniciada por M.C.N. e J.P.N., foi expedida uma liminar de reintegração de posse, de modo que a polícia militar procedeu com o despejo dos trabalhadores rurais.<sup>66</sup> Diante dessa ação, em 20 de novembro de 1981 Gabriel Sales Pimenta, como advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá, interpôs um mandado de segurança<sup>67</sup> perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará e solicitou a revogação da liminar de reintegração de posse que havia

<sup>61</sup> A zona rural conhecida como “Pau Seco” se encontra localizada a quatro quilômetros da rodovia PA-70, dentro do município de Marabá, no Sul do Estado do Pará, a região Norte do Brasil. Cf. Relatório estatal de maio de 2020, apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do caso nº 12.675 (expediente de prova, folha 1862); Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Agenda provisória para a missão ao Pará de dezembro de 2020 (expediente de prova folha 1935); Ação civil ressarcitória por danos morais interposta por Maria da Gloria Sales Pimenta, recebida em 22 de novembro de 2007 (expediente de prova, folhas 2712 a 2716); Volume 5 dos autos da ação civil ressarcitória por danos morais (expediente de prova, folha 4248), e Solicitação de prisão preventiva assinado pelo Delegado da Divisão de Delitos contra a Pessoa em 22 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2215).

<sup>62</sup> Cf. Ação civil ressarcitória por danos morais interposta por Maria da Gloria Sales Pimenta, *supra* (expediente de prova, folhas 2712 a 2713).

<sup>63</sup> Cf. Antonio Francisco da Silva, então Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, afirmou que vivia em Pau Seco desde 1974 e que quando chegou àquela região, Pau Seco já se encontrava habitada por outras famílias. Cf. Declaração prestada por Antonio Francisco da Silva em 17 de setembro de 2008 (expediente de prova, folha 4494), e Alegações finais assinadas pelos defensores públicos de M.C.N. em 28 de junho de 1997, dentro do processo penal nº 077/89 (expediente de prova, folha 281). Além disso, Onésia Tome de Souza, agricultora, e Francisco Veloso, colono, afirmaram viver em Pau Seco desde 1973. Cf. Artigo de jornal intitulado “O povo de Pau Seco não se esquece de Gabriel Pimenta”, incorporado aos autos da ação civil ressarcitória por danos morais de 2007 (expediente de prova, folha 4936).

<sup>64</sup> M.C.N. era irmão do ex-governador do Estado de Minas Gerais, o senhor Newton Cardoso. Cf. Artigo do jornal A Nova Democracia, intitulado como “Justiça premia assassino”, de 30 de abril de 2006 (expediente de prova, folha 459).

<sup>65</sup> Cf. Declaração prestada por Antonio Francisco da Silva em 19 de setembro de 1988 (expediente de prova, folha 196); Sentença proferida pela Terceira Vara Cível de Marabá em 5 de outubro de 2011, dentro do processo nº 0007348-91.2007.814.0028 (expediente de prova, folha 1367); Denúncia interposta por Rafael Sales Pimenta perante o Conselho Nacional de Justiça em 18 de junho de 2007 (expediente de prova, folha 5298); Ação civil ressarcitória por danos morais interposta por Maria Da Gloria Sales Pimenta, *supra* (expediente de prova, folhas 2712 a 2714), e Declaração prestada por José Ribamar Nonato de Souza em 24 de outubro de 1981 (expediente de prova, folhas 3730).

<sup>66</sup> Cf. Decisão liminar proferida pela Juíza Ruth Nazare Couto Gurjão de 9 de outubro de 1981 (expediente de prova, folha 2189); mandado de segurança interposto por Gabriel Sales Pimenta em 20 de novembro de 1981 (expediente de prova, folhas 2191 a 2193), e Declaração prestada por Antonio Francisco da Silva, *supra* (expediente de prova, folha 196).

<sup>67</sup> Consiste em uma ação prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (doravante denominada “Constituição brasileira”), cujo objetivo é proteger um direito certo que foi violado por um ato ilegal ou abusivo de uma autoridade pública ou de um agente de uma pessoa jurídica em exercício de atribuições do Poder Público. Cf. Artigo 5, LXIX, da Constituição brasileira. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

gerado o despejo dos referidos trabalhadores rurais.<sup>68</sup> Esse mandado de segurança foi concedido, de modo que, em 21 de dezembro de 1981, ordenou-se ao oficial de justiça que se dirigisse à região do conflito “para garantir a permanência” dos trabalhadores rurais ocupantes.<sup>69</sup>

### **B.3. As ameaças contra os trabalhadores rurais e contra Gabriel Sales Pimenta**

54. Segundo declarações, em 1982, Gabriel Sales Pimenta teria denunciado à Secretaria de Segurança Pública em Belém, na capital do Estado do Pará, ameaças e homicídios de trabalhadores rurais em Pau Seco em três ocasiões. A última denúncia foi realizada em junho de 1982.<sup>70</sup>

55. Por outro lado, as ameaças<sup>71</sup> contra Gabriel Sales Pimenta tiveram início pelo menos em dezembro de 1981, após o êxito em reverter o despejo dos trabalhadores rurais da região de Pau Seco.<sup>72</sup>

### **B.4. A morte de Gabriel Sales Pimenta e a investigação policial**

56. Em 18 de julho de 1982 Gabriel Sales Pimenta dirigiu-se ao bar conhecido como “Bacaba”, na cidade de Marabá, na companhia de alguns conhecidos. Aproximadamente às 22:30 horas, Gabriel Sales Pimenta, Edson Rodrigues Guimarães<sup>73</sup> e Neuzila Cerqueira Guimarães saíram juntos do bar. Quando os três haviam percorrido entre 30 a 35 metros em direção ao veículo de sua amiga Rosa Almeida, que o havia emprestado a fim de deixar a senhora Cerqueira em sua residência, passaram ao lado de um automóvel marca Volkswagen, tipo Fusca, de cor bege, quase branco, que se

<sup>68</sup> Cf. Mandado de segurança interposto por Gabriel Sales Pimenta, *supra* (expediente de prova, folhas 2191 a 2193), e Artigo de jornal intitulado “A causa do assassinato” (expediente de prova, folha 3699).

<sup>69</sup> Cf. Decisão proferida pela Juíza de Direito da Comarca de Marabá em 21 de dezembro de 1981 (expediente de prova, folha 4956).

<sup>70</sup> Cf. Declaração de Risomar Daniel Castro, feita constar na declaração de audiência de instrução e julgamento de 24 de março de 2011 (expediente de prova, folha 2011).

<sup>71</sup> Sobre esse aspecto, M.C.N. e J.P.N. afirmaram que matariam Gabriel Sales Pimenta antes de 4 de agosto de 1982, data programada para a celebração da audiência relacionada à ação de reintegração de posse supramencionada. Para tanto, vários declarantes afirmaram terem visto: i) que pistoleiros passaram em frente à casa de Gabriel Sales no dia de sua morte e disseram que, “a casa do homem é essa” e, logo depois se dirigiram à casa de M.C.N., onde entraram; (ii) os dois suspeitos pistoleiros de M.C.N. conversando em um bar, e que um comentava ao outro que tinha de “cumprir o contrato” de M.C.N., e (iii) alguns indivíduos na casa de M.C.N. que pareciam ser pistoleiros. Além disso, Antonio Francisco da Silva afirmou que Gabriel Sales Pimenta lhe informou que estava sendo ameaçado de morte por M.C.N. e J.P.N. Cf. Declaração prestada por Risomar Daniel Castro em 21 de julho de 1982 (expediente de prova, folhas 2230 e 2231); Declaração prestada por João Martins dos Santos em 19 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2238); Declaração prestada por Etelvina Honorato de Paulo em 21 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2282), e Declaração prestada por Antonio Francisco da Silva, *supra* (expediente de prova, folha 196).

<sup>72</sup> Cf. Ofício nº ANATAG/15/82, *supra* (expediente de prova, folhas 2202 a 2203), e Declaração de Rafael Sales Pimenta durante a audiência pública do presente caso.

<sup>73</sup> Então candidato a vereador pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Cf. Artigo do jornal A Província do Pará, intitulado “Suspeitos já estão no xadrez”, de 21 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2292).

encontrava estacionado. Um homem saiu do veículo<sup>74</sup> e disparou três vezes contra o senhor Sales Pimenta, que morreu de maneira instantânea.<sup>75</sup> O homem posteriormente teria fugido no mesmo veículo. Segundo a declaração de Edson Rodrigues, dois outros homens se encontravam no veículo.<sup>76</sup>

57. A investigação policial teve início no dia seguinte.<sup>77</sup> Em 22 de julho de 1982 o Delegado da Divisão de Delitos contra a Pessoa,<sup>78</sup> que era responsável pela investigação policial, identificou a M.C.N. e J.P.N. como os supostos autores do homicídio de Gabriel Sales Pimenta.<sup>79</sup> Posteriormente, em relatório de 8 de setembro de 1982, acrescentou C.O.S. à lista de acusados.<sup>80</sup>

### B.5. O desenvolvimento do processo penal até 10 de dezembro de 1998

58. Em 19 de agosto de 1983 o Ministério Público apresentou denúncia penal contra M.C.N., J.P.N. e C.O.S., como autores do delito de homicídio qualificado,<sup>81</sup> perante a Juíza de Direito da Comarca de Marabá. A denúncia foi recebida em 23 de agosto de 1983.<sup>82</sup> A audiência programada para 27 de dezembro de 1983 não foi realizada por não haver sido possível citar a M.C.N. ou C.O.S.<sup>83</sup> Desse modo, foi reagendada e realizada em

<sup>74</sup> Uma testemunha ocular, Luzia Batista da Silva, observou como o mesmo automóvel Fusca reapareceu no lugar dos fatos estacionando nas proximidades. Segundo declarou, desse veículo saíram duas pessoas perguntando o que havia ocorrido, uma das quais Luzia reconheceu como a mesma pessoa que estava momentos antes conduzindo o mesmo veículo Fusca, a quem, com posterioridade, em 2 de agosto de 1982, identificou como J.P.N. Cf. Declaração prestada por Luzia Batista da Silva em 31 de julho de 1982 (expediente de prova, folhas 2226 a 2227); Anexo ao pedido de prisão preventiva assinado pelo Delegado Luiz Carlos de Carvalho em 6 de agosto de 1982 (expediente de prova, folha 2244), e Ata de reconhecimento realizada por Luzia Batista da Silva em 2 de agosto de 1982 (expediente de prova, folhas 2273 a 2274).

<sup>75</sup> Cf. Pedido de prisão preventiva assinado pelo Delegado da Divisão de Delitos contra a Pessoa, *supra* (expediente de prova, folha 2210); Declaração prestada por Edson Rodrigues Guimarães em 21 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2220); Declaração prestada por Risomar Daniel Castro em 17 de abril de 1991 (expediente de prova, folhas 241 a 242); Decisão proferida pelo juiz em exercício no processo penal nº 86200004-0 em 31 de agosto de 2000 (expediente de prova, folha 291); Relatório elaborado pelo Delegado de Polícia em 8 de setembro de 1982 (expediente de prova, folha 2265), e Declaração de Risomar Daniel Castro, *supra* (expediente de prova, folhas 2230 a 2231).

<sup>76</sup> Cf. Declaração prestada por Edson Rodrigues Guimarães, *supra* (expediente de prova, folha 2220).

<sup>77</sup> Cf. Sentença proferida pela Terceira Vara Cível de Marabá, *supra* (expediente de prova, folha 1367).

<sup>78</sup> Segundo notícias da época, o Delegado responsável pelas investigações observou reticência nas testemunhas, o que o levou a crer que haviam sido ameaçados e os haviam pressionado a não dizer toda a verdade. Também se sabe que Edson Rodrigues Guimarães e Neuzila Cerqueira Guimarães, que acompanhavam Gabriel Sales Pimenta no momento de sua morte, se mantiveram escondidos por medo de serem mortos. Quanto à testemunha ocular do caso, Luzia Batista da Silva disse que, depois dos fatos, tinha medo de contar o que havia visto. Cf. Artigo do jornal A Província do Pará, intitulado "Pistoleiro esteve na casa do campesino no domingo pela manhã" (s.f.) (expediente de prova, folha 2290); Cf. Artigo do jornal A Província do Pará, intitulado "Suspeitos já estão no xadrez", *supra* (expediente de prova, folha 2292), e Cf. Auto de novo interrogatório de Luzia Batista da Silva de 13 de junho de 1983 (expediente de prova, folha 2278).

<sup>79</sup> Cf. Pedido de prisão preventiva assinado pelo Delegado da Divisão de Delitos contra a Pessoa em 22 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2214).

<sup>80</sup> Cf. Relatório elaborado pelo Delegado de Polícia, *supra* (expediente de prova, folha 2267).

<sup>81</sup> Previsto no artigo 121, §2º, IV, do Código Penal brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

<sup>82</sup> Cf. Denúncia do Ministério Público de 19 de agosto de 1983 (expediente de prova, folhas 2328 a 2329).

<sup>83</sup> Cf. Certidão do oficial de justiça de 22 de dezembro de 1983 (expediente de prova, folha 2331).



27 de abril de 1984.<sup>84</sup> Dos três acusados, apenas J.P.N. compareceu à diligência.<sup>85</sup> Em 20 de junho de 1984, foi decretada a prisão preventiva de M.C.N. e C.O.S.<sup>86</sup> em função da investigação policial, que concluiu a suposta autoria como autores intelectual e material, respectivamente, bem como por sua falta de localização.<sup>87</sup>

59. Posteriormente, uma audiência foi programada para 24 de agosto de 1984 para interrogar a M.C.N., entretanto, ele não compareceu. Assim, foram reagendadas pelo menos outras quatro audiências com o mesmo resultado<sup>88</sup> de não comparecimento.<sup>89</sup>

60. Em 23 de novembro de 1987, a pedido do advogado de M.C.N.,<sup>90</sup> a Juíza da Quarta Vara Criminal revogou a ordem de prisão preventiva contra ele, considerando que os motivos que a originaram já não existiam, porque o senhor M.C.N. se havia colocado à disposição da Justiça, informou seu endereço, tinha bons antecedentes e não era reincidente.<sup>91</sup> Em 29 de abril de 1988 foi realizado o interrogatório do acusado M.C.N., que negou a autoria do crime e declarou que não havia comparecido antes por “falta de condições financeiras”.<sup>92</sup>

<sup>84</sup> Cf. Despacho assinado pela Juíza de Direito da Comarca de Marabá em 27 de abril de 1984 (expediente de prova, folha 2334), e Citação por edital de M.C.N. e C.O.S. para a audiência de 27 de abril de 1984 (expediente de prova, folha 2340).

<sup>85</sup> Cf. Termo de qualificação e interrogatório de J.P.N. de 27 de abril de 1984 (expediente de prova, folhas 2337 a 2338).

<sup>86</sup> Em 4 de julho de 1984, C.O.S. compareceu à audiência e foi interrogado. Nela, negou sua participação no homicídio, explicou que não havia comparecido por falta de notificação e afirmou sua disponibilidade e intenção de não fugir e confirmou seu endereço. Diante disso, em 18 de julho de 1984, o Juiz de Direito da Comarca de Marabá revogou a ordem de prisão preventiva ao considerar que sua finalidade já não mais existia. Cf. Termo de qualificação e interrogatório de C.O.S. de 4 de julho de 1984 (expediente de prova, folhas 2342 a 2343), e Decisão proferida pelo juiz de Direito da Comarca de Marabá em 18 de julho de 1984 (expediente de prova, folha 2345). O Juiz de Direito da Comarca de Marabá fez constar que C.O.S. “informou todos os detalhes de seu paradeiro e endereço, e colocou-se à disposição deste Juízo quando, para tanto, houver necessidade de sua presença”. Decisão proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Marabá em 18 de julho de 1984 (expediente de prova, folha 2345).

<sup>87</sup> Cf. Ordem de prisão preventiva contra M.C.N. e C.O.S. de 20 de junho de 1984. (expediente de prova, folhas 2318 a 2319).

<sup>88</sup> Durante esse período, pelo menos dois escrivães foram excluídos do processo por recusa: um porque sua filha havia se casado com J.P.N., e outro porque era tio da esposa de J.P.N. Ademais, a advogada do senhor J.P.N. solicitou a recusa dos notários do registro: um porque era tio da esposa de J.P.N. e outra porque era prima dela. Cf. Manifestação do escrivão de 13 de março de 1986. (expediente de prova, folha 2372); Documento do escrivão de 17 de março de 1986 (expediente de prova, folha 2374), e Carta assinada pela advogada de J.P.N. de 21 de fevereiro de 1987 (expediente de prova, folha 2376).

<sup>89</sup> Em 24 de agosto de 1984, o juiz programou o interrogatório para 26 de setembro de 1984; em 22 de novembro de 1984, o mesmo juiz ordenou publicar edital com a citação de M.C.N. a comparecer na audiência de 23 de janeiro de 1985; em 2 de agosto de 1985, o juiz designou o dia 11 de setembro de 1985 como outra data para o interrogatório; por último, em 19 de março de 1986, a Juíza Marta Ines Autunes Lima ordenou publicar um edital para citar o réu a comparecer à audiência de 2 de maio de 1986. Cf. Decisões proferidas em 24 de agosto e 22 de novembro de 1984 (expediente de prova, folhas 2348 a 2351), e Editais de 5 de agosto de 1985 e 19 de março de 1986 (expediente de prova, folhas 2352 a 2353).

<sup>90</sup> Cf. Pedido de revogação da ordem de prisão preventiva de M.C.N. de 19 de novembro de 1987 (expediente de prova, folhas 2355 a 2357).

<sup>91</sup> Cf. Decisão assinada pela Juíza de Direito da Quarta Vara Criminal em 23 de novembro de 1987 (expediente de prova, folhas 2365 a 2366).

<sup>92</sup> Cf. Termo de qualificação e interrogatório de M.C.N. de 29 de abril de 1988 (expediente de prova, folhas 2360 a 2361).

61. Em 8 de junho de 1992, o Ministério Público apresentou suas alegações finais, por meio das quais solicitou, por uma parte, o arquivamento do processo em relação a C.O.S. e, por outra, a condenação de M.C.N. e J.P.N.<sup>93</sup> Em 3 de dezembro de 1992, a defesa de J.P.N. apresentou as alegações finais e, em 26 de fevereiro de 1993, o advogado de M.C.N. protocolizou pedido de renúncia de sua representação legal<sup>94</sup> sem apresentar as alegações finais do acusado.<sup>95</sup> Em 28 de junho de 1997, a Defensoria Pública apresentou as alegações finais do senhor M.C.N.<sup>96</sup> Em 29 de julho de 1997, o Ministério Público solicitou a admissão de Rafael Sales Pimenta na qualidade de assistente de acusação.<sup>97</sup> Em 27 de abril de 1998 o acusado C.O.S. apresentou suas alegações finais.<sup>98</sup>

### C. Fatos autônomos posteriores ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte

#### C.1. Fatos autônomos ocorridos no âmbito do processo penal com posterioridade a 10 de dezembro de 1998

62. Em 23 de novembro de 1999, o Ministério Público solicitou a extinção da responsabilidade penal do acusado J.P.N. devido a sua morte,<sup>99</sup> o que foi decretado pelo Juiz em exercício, em 31 de agosto de 2000, juntamente com a improcedência da denúncia contra C.O.S., por falta de provas. Assim, declarou o senhor M.C.N. como o único acusado.<sup>100</sup> Entre janeiro e maio de 2001, M.C.N. foi intimado três vezes para

<sup>93</sup> Cf. Alegações finais do Ministério Público de 8 de junho de 1992 (expediente de prova, folhas 2437 a 2440).

<sup>94</sup> Em 28 de setembro de 1995, foi designado um defensor público para que atuasse na defesa do senhor M.C.N. e apresentasse suas alegações finais. Em 26 de abril de 1996, a Defensoria Pública declinou a designação de defensora ao acusado pois este, em sua condição de fazendeiro e proprietário de terras, contava com as “condições necessárias” para contratar sua defesa. Em 3 de junho de 1996, mediante carta precatória dirigida à Comarca de Vitória da Conquista, foi concedido um prazo de 48 horas ao senhor M.C.N. para que contratasse um/a advogado/a e apresentasse suas alegações finais. Em 16 de julho de 1996 o senhor M.C.N. se apresentou à Vara de Vitória da Conquista e informou que não tinha recursos para contratar sua defesa. Em 12 de maio de 1997, o irmão da suposta vítima, Rafael Sales Pimenta, habilitou um advogado para atuar como assistente de acusação no processo, e, em 28 de maio de 1997, solicitou que fosse concedida defesa pública ao senhor M.C.N. Cf. Auto assinado pela Juíza de Direito da Quarta Vara Criminal em 28 de setembro de 1995 (expediente de prova, folha 2465); Petição de declinação assinado pela Defensoria Pública em 26 de abril de 1996 (expediente de prova, folhas 2467 a 2468); Carta precatória assinado pela Juíza da Quarta Vara Criminal de Marabá em 3 de junho de 1996 (expediente de prova, folhas 2470 a 2471); Certidão emitida pelo escrivão de Vitória da Conquista em 16 de julho de 1996 (expediente de prova, folha 2473); Procuração assinada por Rafael Sales Pimenta em 12 de maio de 1997 (expediente de prova, folha 2475), e Pedido assinado pelo advogado de Rafael Sales Pimenta em 28 de maio de 1997 (expediente de prova, folhas 2478 a 2480).

<sup>95</sup> Cf. Alegações finais de J.P.N. de 3 de dezembro de 1992 (expediente de prova, folhas 2453 a 2461), e Pedido de renúncia assinado pelo advogado de M.C.N. Em 26 de fevereiro de 1993 (expediente de prova, folha 2463).

<sup>96</sup> Cf. Alegações finais de M.C.N. de 28 de junho de 1997 (expediente de prova, folhas 2482 a 2485).

<sup>97</sup> Cf. Pedido assinado pelo Ministério Público em 29 de julho de 1997 (expediente de prova, folha 2487).

<sup>98</sup> Cf. Alegações finais de C.O.S. de 27 de abril de 1998 (expediente de prova, folhas 2489 a 2490).

<sup>99</sup> Cf. Certidão de óbito de J.P.N. de 13 de setembro de 1999 (expediente de prova, folha 2498).

<sup>100</sup> Cf. Solicitação do Ministério Público de 23 de novembro de 1999 (expediente de prova, folha 2061); Extinção da responsabilidade penal com respeito a J.P.N. de 31 de agosto de 2000 (expediente de prova,

que tomasse conhecimento da sentença de pronúncia,<sup>101</sup> a qual transitou em julgado em 7 de janeiro de 2002.<sup>102</sup>

63. Posteriormente, programou-se o julgamento perante o Tribunal do Júri para 23 de maio de 2002.<sup>103</sup> Em 7 de maio de 2002, ordenou-se convocar a julgamento as testemunhas de acusação: Edson Rodrigues Guimarães, Neuzila Cerqueira Guimarães, Antonio Francisco da Silva, Risomar Daniel Castro e Luzia Batista.<sup>104</sup> Duas testemunhas não foram localizadas, entre elas, a testemunha ocular Luzia Batista quem, segundo manifestou seu vizinho, teria falecido.<sup>105</sup> O julgamento programado não foi realizado pois o acusado M.C.N. não foi localizado. A esse respeito, sua ex-esposa informou que o senhor M.C.N. vivia em São Paulo.<sup>106</sup> Esse mesmo dia foi expedida uma ordem de prisão preventiva, entretanto, não foi remetida às autoridades de São Paulo.<sup>107</sup>

64. Em 1º de junho de 2002, Rafael Sales Pimenta habilitou os advogados da Comissão Pastoral da Terra para que intervissem como assistentes de acusação.<sup>108</sup> Em 20 de fevereiro de 2004 o caso foi remetido à Vara Agrária, uma vez que a Vara Criminal determinou que não tinha competência porque o delito teria uma motivação de natureza agrária.<sup>109</sup>

65. Enquanto o processo permaneceu na Vara Agrária, a única atuação judicial realizada foi a busca do domicílio do acusado.<sup>110</sup> A esse respeito, em 4 de agosto de 2004, a Secretaria da Receita Federal informou que M.C.N. estaria domiciliado na cidade de Brumado, no estado da Bahia.<sup>111</sup>

---

folha 2497), e Sentença de pronúncia proferida pelo Juiz em exercício em 31 de agosto de 2000 (expediente de prova, folhas 2494 a 2495).

<sup>101</sup> A sentença de pronúncia consiste na decisão de um juiz no curso do processo penal por meio da qual determina se um acusado deve ou não ser submetido ao Tribunal do Júri, em virtude da existência ou não de indícios suficientes para determinar a autoria de um crime doloso contra a vida.

<sup>102</sup> Cf. Carta Precatória nº 01/2001 de 30 de janeiro de 2001 (expediente de prova, folha 2500); Certidão de intimação de M.C.N. para os dias 15 de fevereiro de 2001 e 3 de maio de 2001 (expediente de prova, folhas 2503 a 2504), e Certificação de coisa julgada da sentença de pronúncia de M.C.N. de 7 de janeiro de 2002 (expediente de prova, folha 2508).

<sup>103</sup> Cf. Auto assinado pelo Juiz de Direito designado em 26 de março de 2002 (expediente de prova, folha 2515).

<sup>104</sup> Cf. Ordem de notificação nº 247/2002 de 7 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2533).

<sup>105</sup> Cf. Certidão do Oficial de Justiça de 21 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2534).

<sup>106</sup> Cf. Carta Precatória de 2 de março de 2002 (expediente de prova, folha 2516); e Certidão de impossibilidade de intimação de M.C.N. de 11 de abril de 2002 (expediente de prova, folha 2518); Carta Precatória de 30 de abril de 2002 (expediente de prova, folha 2520), e Certidão de impossibilidade de intimação de M.C.N. de 20 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2521).

<sup>107</sup> Cf. Ordem de prisão preventiva nº 0272/2002 de 23 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2541), e Decisão proferida pelo Juiz de Direito designado em 23 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2536 a 2538).

<sup>108</sup> Cf. Procuração a favor de José Batista Gonçalves Afonso de 1º de junho de 2002 (expediente de prova, folhas 2528 a 2529). Em 22 de abril de 2002, um mês antes do tribunal do júri, o advogado que atuava como parte assistente apresentou sua recusa do processo porque havia sido nomeado Procurador-Geral do Município de Marabá. Cf. Nomeação do então advogado de Rafael Sales Pimenta de 6 de fevereiro de 2002 (expediente de prova, folha 2526), e Petição do então advogado de Rafael Sales Pimenta de 22 de abril de 2002 (expediente de prova, folha 2525).

<sup>109</sup> Cf. Decisão de incompetência proferida pela Juíza de Direito substituta da Quarta Vara em 20 de fevereiro de 2004 (expediente de prova, folha 2543).

<sup>110</sup> Cf. Carta nº 200/04-VA de 7 de julho de 2004 (expediente de prova, folha 2548).

<sup>111</sup> Cf. Ofício nº 367/200/04-VA assinado pelo Delegado da Secretaria da Receita Federal em 4 de agosto de 2004 (expediente de prova, folha 2549).

66. Em fevereiro de 2005 o Tribunal de Justiça do Pará determinou que a Vara Agrária não tinha competência no âmbito criminal. Em 28 de julho de 2005 os autos foram devolvidos à Vara Criminal.<sup>112</sup> Quando o processo retornou à Vara Criminal, foi agendada nova sessão de julgamento, entretanto, não pode ser realizada porque o acusado não compareceu. O juiz então ordenou a suspensão da sessão até que fosse localizado e ordenou a emissão de ordens de prisão dirigidas a todos os estados do Brasil. Em 18 de novembro de 2005 foi fixada uma nova sessão de julgamento para 15 de fevereiro de 2006, e foi emitida outra ordem de prisão.<sup>113</sup> Em 21 de novembro de 2005, foi enviada carta precatória para solicitar a intimação do senhor M.C.N. ao domicílio obtido pela Secretaria da Receita Federal (em Brumado, na Bahia). Entretanto, não foi localizado.<sup>114</sup> No dia do julgamento, 15 de fevereiro de 2006, o acusado não compareceu.<sup>115</sup> Nessa mesma data foram enviadas cartas aos estados para saber do cumprimento das ordens de prisão. A esse respeito, ao menos nove estados indicaram não as ter recebido, ou que as cartas precatórias recebidas não cumpriam os requisitos mínimos.<sup>116</sup> Em 24 de fevereiro de 2006, foi formada uma equipe de três agentes da Polícia Federal para localizar o acusado nos estados da Bahia e Minas Gerais, bem como “em outros necessários”.<sup>117</sup>

67. Em 6 de março de 2006, M.C.N. comunicou seu domicílio em Brumado, Bahia.<sup>118</sup> Em 3 de abril de 2006 a Polícia Federal conseguiu cumprir a ordem de prisão preventiva ao encontrar o réu em outro lugar: na cidade de Pitangui, em Minas Gerais.<sup>119</sup> Assim, foi fixado o dia 27 de abril de 2006 como data para o julgamento.<sup>120</sup> Em 10 de abril de 2006, os advogados do acusado interpuseram um recurso de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Pará, a fim de solicitar a decretação de prisão domiciliar ou a extinção da responsabilidade penal com base na prescrição.<sup>121</sup> O

<sup>112</sup> Cf. Decisão proferida pelo Juiz de Direito Substituto da Vara Agrária de Marabá em 28 de julho de 2005 (expediente de prova, folhas 2545 a 2546).

<sup>113</sup> Cf. Decisão proferida pelo Juiz de Direito Substituto da Quarta Vara Criminal da Comarca de Marabá em 18 de novembro de 2005 (expediente de prova, folha 2552), e ordem de prisão preventiva de 21 de novembro de 2005 (expediente de prova, folha 2554).

<sup>114</sup> Cf. Carta Precatória assinada pelo Juiz de Direito Substituto em exercício da Quarta Vara Criminal da Comarca de Marabá em 21 de novembro de 2005 (expediente de prova, folha 2556).

<sup>115</sup> Cf. Ata da sessão do Tribunal do Júri de 15 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, folha 2587).

<sup>116</sup> Cf. Ata da sessão do Tribunal do Júri de 15 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, folha 2589), e Cartas de resposta de 13, 15, 16, 17, 20, 21, 23 e 31 de março de 2006 (expediente de prova, folhas 2597 a 2611).

<sup>117</sup> Cf. Carta nº 45/2006-GAB/DPF.B/MBA/PA assinada pelo Chefe da Delegacia da Polícia Federal em Marabá em 24 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, folha 2613).

<sup>118</sup> Cf. Carta assinada pela advogada de M.C.N. em 6 de março de 2006, por meio da qual remeteu a procuração outorgada por M.C.N., fazendo constar por sua vez o seu domicílio (expediente de prova, folhas 2615 a 2616).

<sup>119</sup> Cf. Carta nº 085/2006-NO/DREX/SR/DPF/PA de 3 de abril de 2006 (expediente de prova, folha 2618).

<sup>120</sup> Cf. Auto assinado pelo Juiz de Direito Substituto da Quarta Vara Criminal da Comarca de Marabá em 5 de abril de 2006 (expediente de prova, folha 2625).

<sup>121</sup> Os advogados alegaram a prescrição com base nos artigos 109 e 115 do Código Penal. Indicaram que havia sido cumprido o prazo de prescrição porque o réu tinha mais de 80 anos e haviam transcorrido mais de dez anos desde o último ato processual. Expuseram que de acordo com o artigo 109, inciso I, o prazo máximo de prescrição da pretensão punitiva com respeito ao crime de homicídio é de 20 anos e, o artigo 115 do Código Penal reduz à metade os prazos prescricionais nos casos em que o condenado tenha mais de 70 anos de idade na data da sentença. Cf. *Habeas corpus* interposto a favor de M.C.N. em 10 de abril de 2006 (expediente de prova, folhas 2628 a 2640).

Ministério Público também se manifestou a favor da decretação da prescrição.<sup>122</sup> Por sua vez, os advogados que atuavam como assistentes de acusação rejeitaram a tese de que o crime teria prescrito.<sup>123</sup>

68. Em 2 de maio de 2006, o pedido de extinção da responsabilidade penal foi denegado pelo Juiz de primeira instância da Vara Criminal de Marabá.<sup>124</sup> Em 8 de maio de 2006 as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Pará proferiram uma decisão contrária e declararam extinta a punibilidade do crime.<sup>125</sup>

## C.2. Medidas adicionais interpostas pelos familiares de Gabriel Sales Pimenta

69. Em junho de 2007, Rafael Sales Pimenta apresentou uma reclamação por excesso de prazo perante o Conselho Nacional de Justiça, alegando a morosidade na tramitação do processo penal sobre o homicídio de seu irmão. Em 12 de setembro de 2008, a reclamação foi arquivada por considerar-se que havia perdido o seu objeto, já que o processo penal havia sido extinto por prescrição.<sup>126</sup>

70. De outra parte, em 22 de novembro de 2007, a mãe de Gabriel Sales Pimenta, Maria da Glória Sales Pimenta, ajuizou uma demanda de indenização contra o Estado do Pará por danos morais resultantes do atraso na tramitação do processo penal e a conseguinte impunidade do homicídio de seu filho.<sup>127</sup> Em 23 de setembro de 2010 e 24 de março de 2011, foram fixadas duas audiências preliminares de conciliação.<sup>128</sup> Diante de uma conciliação infrutífera, foi realizada audiência em 24 março de 2011, a fim de ouvir as testemunhas, e, em 16 e 17 de agosto de 2011, foram apresentadas as alegações finais.<sup>129</sup> Em 5 de outubro de 2011, a Terceira Vara Cível da Comarca de Marabá considerou que a demanda era procedente e condenou o Estado do Pará a pagar uma indenização de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) a favor de Maria

<sup>122</sup> Cf. Solicitação do Ministério Público de 12 de abril de 2006 para que se decrete a prescrição (expediente de prova, folhas 2643 a 2644).

<sup>123</sup> Cf. Petição da Comissão Pastoral da Terra no qual se refere ao pedido de prescrição, recebido em 20 de abril de 2006 (expediente de prova, folhas 2646 a 2650).

<sup>124</sup> Cf. Decisão proferida pela Quarta Vara Criminal da Comarca de Marabá em 2 de maio de 2006 (expediente de prova, folhas 2652 a 2665).

<sup>125</sup> Cf. Ofício emitido pela Presidenta das Câmaras Criminais Reunidas em 8 de maio de 2006 mediante o qual comunica a decisão proferida (expediente de prova, folha 2667); ordem de liberdade nº 028/2006 assinada pela Presidenta das Câmaras Criminais Reunidas em 8 de maio de 2006 (expediente de prova, folha 2668). Publicação da decisão de 8 de maio de 2005 no Diário Oficial do Estado do Pará em 18 de maio de 2006 (expediente de prova, folha 2674).

<sup>126</sup> Cf. Decisão assinada pelo Corregedor Nacional de Justiça em 12 de setembro de 2008 (expediente de prova, folha 6265), e página de acompanhamento do processo nº 200710000004997 perante o Conselho Nacional de Justiça (expediente de prova folhas 2037 a 2038).

<sup>127</sup> Cf. Ação civil ressarcitória por danos morais interposta por Maria Da Gloria Sales Pimenta, *supra* (expediente de prova, folhas 2711 a 2770).

<sup>128</sup> Cf. Sentença proferida pela Terceira Vara Cível da Comarca de Marabá em 5 de outubro de 2011 (expediente de prova, folha 2015).

<sup>129</sup> Cf. Ata de audiência de instrução e julgamento de 24 de março de 2011 (expediente de prova, folhas 2008 a 2012); Alegações finais apresentadas pelos advogados de Maria da Glória Sales Pimenta em 19 de agosto de 2011 (expediente de prova, folhas 5426 a 5434), e Alegações finais apresentados pelos advogados de Maria da Glória Sales Pimenta em 16 de agosto de 2011 (expediente de prova, folhas 5435 a 5439)

da Glória Sales Pimenta.<sup>130</sup> Em 3 de novembro de 2011, o Estado do Pará apelou da sentença. O Tribunal de Justiça admitiu o recurso e determinou, em 2 de junho de 2016, a exclusão da responsabilidade estatal e denegou o pagamento da indenização.<sup>131</sup> Após diversos recursos infrutíferos interpostos pelos familiares de Gabriel Sales Pimenta, em 8 de junho de 2021, a Primeira Câmara do Superior Tribunal de Justiça negou o último recurso.<sup>132</sup> Em 13 de setembro de 2021, a decisão transitou em julgado.<sup>133</sup>

## VIII. MÉRITO

71. O caso *sub judice* se relaciona às alegadas falências nos processos judiciais iniciados em função da morte violenta de Gabriel Sales Pimenta, advogado e defensor de trabalhadores rurais no Pará. Sobre este aspecto, a Corte adverte que a condição de defensor de direitos humanos do senhor Sales Pimenta<sup>134</sup> constitui um fato não controvertido.<sup>135</sup> Nessa perspectiva e levando em consideração as alegações das partes e da Comissão, e a competência temporal do Tribunal, as violações alegadas, ocorridas posteriormente ao 10 de dezembro de 1998, serão analisadas à luz das obrigações reforçadas de investigar e punir os responsáveis por atos de violência contra pessoas defensoras de direitos humanos, considerando, ademais, o contexto provado de violência e impunidade (§§ 44 a 51, *supra*). Assim, a Corte procederá com a análise de mérito na seguinte ordem: (a) as alegadas violações dos direitos às

<sup>130</sup> Cf. Sentença proferida pela Terceira Vara Cível da Comarca de Marabá, *supra* (expediente de prova, folha 2023).

<sup>131</sup> Cf. Decisão proferida pela Quinta Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em 2 de junho de 2016 (expediente de prova, folhas 2170 e 2181 a 2182).

<sup>132</sup> Cf. Decisão proferida pela Quinta Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em 30 de julho de 2012 (expediente de prova, folha 2184); Decisão da Quinta Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em 15 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 6300 a 6305); Decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em 26 de junho e 3 de outubro de 2017 (expediente de prova, folhas 6307 a 6318); Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 29 de julho de 2018 (expediente de prova, folhas 6327 a 6328), e Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 8 de junho de 2021 (expediente de prova, folhas 6333 a 6334).

<sup>133</sup> Cf. Certificação de coisa julgada emitida dentro do processo de ação de indenização por danos morais 0007348-91.2007.8.14.0028, em 13 de setembro de 2021 (expediente de prova, folha 8547).

<sup>134</sup> Esta Corte considerou que a condição de defensor de direitos humanos tem raiz no trabalho que realizam, com independência de que a pessoa que o faça seja um particular ou um funcionário público. A esse respeito, a Corte se referiu às atividades de vigilância, denúncia e educação realizadas por defensoras e defensores de direitos humanos, ressaltando que a defesa dos direitos não apenas se refere aos direitos civis e políticos, mas necessariamente inclui os direitos econômicos, sociais e culturais, de acordo com os princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência. (Cf. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C N° 283, § 129). Ademais, tal como considerou o perito Renan Kalil, “lideranças de trabalhadores, na medida em que defendem os direitos e interesses de trabalhadores e trabalhadoras, realizam funções de defensores de direitos humanos [...] [o que] implica a existência de riscos e ameaças provenientes de agentes não estatais, o que pode ser agravado por normas sociais e estereótipos”. Versão escrita da perícia de Renan Kalil de 20 de abril de 2022 (expediente de prova, folhas 8697).

<sup>135</sup> A esse respeito, as autoridades estatais tinham conhecimento da condição de defensor de direitos humanos de Gabriel Sales Pimenta. Cf. Ofício n° ANATAG/15/82, *supra* (expediente de provas, folhas 2202 a 2206); Relatório do Delegado de Polícia Luiz Carlos de Carvalho de 8 de setembro de 1982 (expediente de prova, folhas 2265 a 2267), e Ata de audiência emitida no caso n° 0007348-91.2007.814.0028, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, de 24 de março de 2011 (expediente de prova, folhas 2009 a 2010).

garantias judiciais e à proteção judicial, e do direito à verdade, e (b) a alegada violação do direito à integridade pessoal dos familiares de Gabriel Sales Pimenta.

**VIII-1.**  
**DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS<sup>136</sup> E À PROTEÇÃO**  
**JUDICIAL,<sup>137</sup> BEM COMO DIREITO À VERDADE,<sup>138</sup> EM RELAÇÃO**  
**ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA<sup>139</sup>**

**A. Argumentos das partes e da Comissão**

72. No que tange a devida diligência, a *Comissão* considerou o fato de que o homicídio de Gabriel Sales Pimenta teria ocorrido devido ao seu trabalho de defesa dos trabalhadores rurais e isso não foi levado em consideração pelas autoridades. De igual modo, concluiu que o presente caso se caracterizou por omissões estatais em relação à obrigação de investigar e sancionar os responsáveis pelo homicídio. A esse respeito, afirmou que “[C.O.S.] não foi pronunciado” por falta de provas, sendo que as próprias autoridades responsáveis pela investigação não o teriam submetido ao reconhecimento das testemunhas oculares do crime. Por outro lado, a Comissão assinalou que as autoridades não atuaram com a devida diligência para assegurar a presença dos acusados M.C.N. e J.P.N. ou impedir sua fuga, nem para executar as ordens de prisão expedidas contra eles. Acrescentou que, em vista de que o Estado não teria “elucidado devidamente nem contraditado” os indícios de que as pessoas envolvidas na investigação teriam sofrido ameaças, considerou que “também ha[via] responsabilidade por violação do dever de investigar com a devida diligência, o que inclui necessariamente a garantia da segurança e proteção das testemunhas antes, durante e depois dos procedimentos investigatórios”.

73. Quanto ao prazo razoável, a Comissão expôs que, desde o homicídio do senhor Sales Pimenta, em 18 de julho de 1982, até a declaração de prescrição, passaram-se mais de 20 anos, o que, em si mesmo, é irrazoável. Considerou que “os elementos de complexidade, atuação das autoridades e atuação dos familiares não conseguem explicar nem justificar esse prazo excessivo”. Por outro lado, assinalou que houve demora em diferentes etapas, até o proferimento da sentença de pronúncia, em agosto de 2000, e entre o pedido do Ministério Público de extinção da responsabilidade penal do réu J.P.N., em novembro de 1999, e a decisão que a decretou, em agosto de 2000.

74. Os *representantes* coincidiram com os argumentos da Comissão quanto às alegadas violações cometidas no âmbito do processo penal, e aduziram que o Estado: (i) não adotou as medidas necessárias para investigar as ameaças e o homicídio de Gabriel Sales Pimenta, tomando em consideração aspectos como sua condição de

<sup>136</sup> Artigo 8 da Convenção Americana.

<sup>137</sup> Artigo 25 da Convenção Americana.

<sup>138</sup> Artigos 8, 13 e 25 da Convenção Americana.

<sup>139</sup> Artigo 1.1 da Convenção Americana.

defensor de direitos humanos, a análise do contexto no qual estava inserido este crime ou a investigação a respeito da morte, durante a tramitação do processo de três dos quatro supostos envolvidos no homicídio; (ii) não adotou medidas para identificar, processar e sancionar os responsáveis pelo homicídio do senhor Sales Pimenta; (iii) não atuou com a devida diligência na execução das ordens de prisão exaradas durante o processo, a fim de impedir a fuga dos acusados; (iv) incorreu em atraso injustificado na tramitação do processo penal, pois ao tratar-se do homicídio de um defensor de direitos humanos, em atenção ao prazo razoável, afirmaram que esse “atraso injustificado” seria acentuado devido à necessidade de combater os efeitos negativos da impunidade. No entanto, cada fase do processo penal teria estado marcada por “atrasos alarmantes” e por longos períodos sem atos processuais; (v) violou o princípio de juiz natural ao remeter o processo para continuar sua tramitação perante a Vara Agrária, o que também teria culminado com a paralisação “irrazoável e infundada” do processo durante 18 meses, e (vi) violou o direito de acesso à justiça ao aplicar a prescrição, a qual teria ocorrido unicamente em virtude da “atuação negligente” e “obstrutiva” das autoridades investigatórias e judiciais.

75. No que se refere às alegadas violações ocorridas no âmbito da ação de indenização contra o Estado do Pará, iniciada pelos familiares de Gabriel Sales Pimenta, os representantes afirmaram que, transcorridos mais de 14 anos desde sua interposição, não havia uma decisão definitiva. Afirmaram que o alegado “atraso injustificado” se baseia, exclusivamente, na conduta negligente das autoridades.

76. De outra parte, os representantes indicaram que o Estado ocultou informação relevante sobre o caso e não estabeleceu processos ou mecanismos necessários para esclarecer a verdade sobre o ocorrido. Sendo assim, indicaram que o Estado é responsável pela violação do direito à verdade, ao ter impedido que os familiares de Gabriel Sales Pimenta e a sociedade brasileira conhecessem as circunstâncias da morte do senhor Sales Pimenta, a identificação dos responsáveis e a eventual sanção.

77. No que diz respeito à alegada violação do artigo 8 da Convenção Americana, o Estado argumentou que a responsabilidade pela suposta falta de investigação e perseguição penal contra os envolvidos na morte de Gabriel Sales Pimenta “está absolutamente fora da *ratio essendi*” do referido artigo 8, pois nem ele, nem seus familiares foram processados perante um tribunal interno, e as supostas omissões ou defeitos não se relacionam a nenhum processo judicial penal ou cível no qual tenham ostentado essa qualidade. Quanto à suposta violação do artigo 25 do mesmo instrumento, manifestou que o Estado dispunha de recursos internos adequados e eficazes, os quais foram utilizados pelas supostas vítimas, e outros que ainda estão em curso no presente caso. Acrescentou que todas as diligências adotadas no curso do processo penal foram realizadas de modo rigoroso a fim de identificar os autores e eventualmente sancioná-los. Argumentou que os representantes não apresentaram nenhuma prova de que nos processos penal e civil tenha havido influência alguma de atores privados sobre agentes públicos para garantir sua impunidade ou vice-versa.



Afirmou ainda que a suposta impunidade em relação ao homicídio não pode se relacionar aos atos de investigação, os quais, inclusive, culminaram com a identificação de pessoas particulares como responsáveis.

78. Finalmente, no que concerne a alegada responsabilidade pela demora injustificada e a aplicação da prescrição, o Estado alegou que o argumento é improcedente, devido a que as autoridades judiciais deram cumprimento às leis penal e processual penal, atuando de acordo com as garantias processuais dos acusados.<sup>140</sup>

79. Quanto à remissão dos autos entre as varas criminal e agrária, afirmou que é justificável que, havendo sido criada uma Vara Agrária na região, foi tomada a decisão de remeter o caso a esta última, dado que competia aos Juízes/Juízas agrários processar e julgar os delitos cuja motivação fora predominantemente agrária. No que tange às ordens de prisão e prisão preventiva, expôs que, apesar dos obstáculos enfrentados, a busca do réu revel M.C.N. continuou e, em 18 de novembro de 2005, a decretação de prisão preventiva contra ele foi reiterada.

80. Em relação à ação indenizatória, pontuou que o prazo de aproximadamente três anos e meio transcorridos entre a interposição da demanda e a sentença é razoável, inclusive de acordo com os parâmetros da jurisprudência interamericana. Quanto à etapa recursiva, assinalou que não houve irregularidades, atos ou omissões que, injustificadamente, tenham atrasado o processo.

81. Sobre a alegada violação do direito à verdade, o Estado argumentou que em nenhum momento obstaculizou a investigação penal dos fatos ou obstruiu a iniciativa dos familiares de buscar reparação. Afirmou que, em nenhum momento ao longo do processo perante a Comissão ou em seu escrito de contestação, apresentou uma narrativa alternativa ou fantasiosa dos fatos em busca de ocultar alguma coisa, e que não houve nenhuma intenção de ocultar a verdade histórica ou calar as vozes das supostas vítimas. Por último, afirmou que os resultados dos processos judiciais internos foram legítimos mesmo que não tenham alcançado as expectativas das supostas vítimas.

## **B. Considerações da Corte**

82. A Corte reitera que, de acordo com a Convenção Americana, os Estados Partes estão obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (artigo 25), recursos que devem ser substanciados de acordo com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso dentro da obrigação geral,

<sup>140</sup> O Estado afirmou que, “tendo o réu 74 anos quando de sua pronúncia e tendo-se passado 17 anos entre o primeiro marco interruptivo da prescrição (o recebimento da denúncia pelo Juízo) e o segundo marco interruptivo da prescrição (a decisão de pronúncia), o Tribunal de Justiça do Pará, adequadamente, declarou a ocorrência da prescrição e a consequente extinção da punibilidade pelo decurso de prazo superior a 10 anos (prazo prescricional aplicável após a regular redução pela metade em razão da idade do réu) entre os dois marcos interruptivos da prescrição.”

dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1).<sup>141</sup>

83. O Tribunal indicou que existe acesso à justiça quando o Estado garante, em um tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares de que se adotem todas as medidas necessárias para conhecer a verdade sobre o ocorrido e, caso seja pertinente, punir os eventuais responsáveis.<sup>142</sup> Nesse sentido, a Corte recorda que os artigos 8 e 25 da Convenção também preveem o direito de obter resposta às demandas e solicitações apresentadas às autoridades judiciais, já que a eficácia do recurso implica uma obrigação positiva de proporcionar uma resposta em um prazo razoável.<sup>143</sup>

84. Por outro lado, o Tribunal argumenta em sua jurisprudência reiterada que, em casos de privação da vida, é fundamental que os Estados identifiquem, investiguem efetivamente e, eventualmente, sancionem os responsáveis, pois do contrário se estariam criando as condições para que esse tipo de fatos se repita dentro de um ambiente de impunidade.<sup>144</sup>

85. Além disso, a Corte indicou de maneira consistente que o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultados, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como um simples formalismo condenado de antemão a ser infrutífero.<sup>145</sup> Ademais, a investigação deve ser séria, objetiva e efetiva, e estar orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura, e eventual julgamento e sanção dos autores dos fatos.<sup>146</sup>

86. Particularmente, em casos de atentados contra defensores e defensoras de direitos humanos, a Corte indicou que os Estados têm o dever de investigar as violações cometidas contra essas pessoas de maneira séria e efetiva, combater a impunidade<sup>147</sup> e assegurar uma justiça imparcial, oportuna e de ofício, que implique na busca exaustiva de qualquer informação para elaborar e levar a cabo uma investigação que conduza à devida análise das hipóteses de autoria, por ação ou por omissão, em diferentes níveis, explorando todas as linhas investigativas pertinentes para identificar os autores.<sup>148</sup> Em consequência, diante de indícios ou alegações de que determinado

<sup>141</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Exceções Preliminares*, supra, § 91, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 98.

<sup>142</sup> Cf. *Caso Bulacio vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, § 114, e *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de julho de 2020. Série C Nº 407, § 217.

<sup>143</sup> Cf. *Caso Cantos vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 97, §. 57, e *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*, supra, § 218.

<sup>144</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, supra, § 177, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 99.

<sup>145</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*, supra, § 177, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 15 de novembro de 2021. Série C Nº 444, § 139.

<sup>146</sup> Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, § 127, e *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, supra, § 128.

<sup>147</sup> Cf. *Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil. Exceções Preliminares e Mérito*. Sentença de 28 de novembro de 2006. Série C Nº 161, § 77, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, §. 100.

<sup>148</sup> Cf. *Caso Escaleras Mejía e outros vs. Honduras*. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C Nº 361, § 47, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 100.

fato contra uma pessoa defensora de direitos humanos pode ter como motivação justamente o seu trabalho de defesa e promoção dos direitos humanos, as autoridades investigadoras devem tomar em consideração o contexto dos fatos e suas atividades para identificar os interesses que poderiam ter sido afetados no exercício das mesmas, para estabelecer e esgotar as linhas de investigação que levem em consideração o seu trabalho, determinar a hipótese do delito e identificar os autores.<sup>149</sup>

87. Em razão do papel fundamental que desempenham à luz do exercício cotidiano de suas atividades na promoção e proteção de direitos humanos, a Corte reconheceu o dever reforçado de devida diligência quanto à investigação sobre a morte de defensores e defensoras de direitos humanos.<sup>150</sup> Esse dever consiste em levar a cabo ações tais como documentar a atividade da pessoa defensora, o seu papel na comunidade e em seu entorno, a agenda que desenvolvia, e a região onde realizava o seu trabalho, utilizando ferramentas metodológicas de associação de casos para identificar padrões de sistematicidade.<sup>151</sup>

88. Esta Corte reitera que o cumprimento do dever estatal de criar as condições necessárias para o gozo e desfrute efetivo dos direitos estabelecidos na Convenção está intrinsecamente vinculado à proteção e ao reconhecimento da importância do papel que cumprem as e os defensores de direitos humanos,<sup>152</sup> cujo trabalho é fundamental para o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. O Tribunal recorda, ademais, que as atividades de vigilância, denúncia e educação que realizam contribuem de maneira essencial à observância dos direitos humanos, pois atuam como garantes contra a impunidade. Desta maneira complementam o papel não apenas dos Estados, mas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em seu conjunto.<sup>153</sup> Nesse sentido, a Corte enfatizou a necessidade de erradicar a impunidade relacionada a atos de violência cometidos contra defensoras de direitos humanos, pois resulta um elemento fundamental para garantir que possam realizar livremente o seu trabalho em um ambiente seguro.<sup>154</sup>

89. A Corte sublinha que a violência contra pessoas defensoras de direitos humanos tem um efeito amedrontador<sup>155</sup> (*chilling effect*), especialmente quando os delitos permanecem impunes. A esse respeito, o Tribunal reitera que as ameaças e os atentados à integridade e à vida dos defensores de direitos humanos e a impunidade dos responsáveis por estes fatos são particularmente graves porque têm um efeito não apenas individual, mas também coletivo, na medida em que a sociedade se vê

<sup>149</sup> Cf. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*, supra, §§ 131, 216, 219, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 100.

<sup>150</sup> Cf. *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 104.

<sup>151</sup> Cf. *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 104.

<sup>152</sup> Cf. *Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil*, supra, § 74, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 100.

<sup>153</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 192, § 88 e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 100.

<sup>154</sup> Cf. *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, supra, § 135.

<sup>155</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, supra, § 96, e *Caso Escaleras Mejía e outros vs. Honduras*, supra, § 69.

impedida de conhecer a verdade sobre a situação de respeito ou de violação dos direitos das pessoas sob a jurisdição de um determinado Estado.<sup>156</sup>

90. Ao levar em consideração as alegações das partes e da Comissão, e restringindo esse exame aos fatos ocorridos com posterioridade à data de reconhecimento da competência da Corte, o Tribunal analisará a seguir as alegadas violações na seguinte ordem: 1) a devida diligência no processo penal; 2) o prazo razoável; 3) o direito à verdade, e 4) conclusão.

### **B.1. Devida diligência no processo penal**

91. A Corte recorda que, no presente caso, o Brasil tinha uma obrigação reforçada de levar a cabo a investigação sobre a morte do senhor Sales Pimenta com devida diligência, devido à sua condição de defensor de direitos humanos.

92. Preliminarmente, a Corte considera pertinente sublinhar que, apesar de que se depreendem dos autos do processo uma série de ações e omissões estatais realizadas durante o curso das investigações com anterioridade à data de reconhecimento da competência do Tribunal, em 10 de dezembro de 1998 se observa que essas ações e omissões tiveram consequências ao longo de todo o processo penal.

93. Em particular, a Corte considera que os principais fatos ocorridos com posterioridade ao 10 de dezembro de 1998 que refletem a falta de devida diligência do Brasil em processar e sancionar a todos os responsáveis pelos homicídio de Gabriel Sales Pimenta são: (i) a ausência de identificação e de análise do contexto no qual o defensor realizava seu trabalho de defesa de direitos humanos de trabalhadores rurais; (ii) a falta de adoção de medidas de proteção a testemunhas oculares, máxime diante da existência de um contexto de violência e impunidade em relação à luta pela terra no Brasil; (iii) a ausência de investigação sobre as mortes do acusado J.P.N. e da testemunha ocular Luzia Batista da Silva durante a etapa da decisão de pronúncia e do exame do caso pelo Tribunal do Júri, respectivamente; (iv) a exclusão de C.O.S. como acusado na sentença de pronúncia por falta de provas, devido à omissão de alguns atos investigativos essenciais; (v) a falta de medidas suficientes para assegurar o comparecimento de M.C.N. aos atos processuais que requeriam sua presença e de diligências adequadas para sua apreensão quando havia ordens de prisão decretadas contra ele, e (vi) o envio do processo penal para a Vara Agrária quando a competência era claramente do Tribunal do Júri. A seguir, a Corte se referirá a cada um desses fatos.

94. Conforme decorre do acervo probatório do presente caso e à luz do afirmado pelo perito Kalil em audiência,<sup>157</sup> a Corte constata que, em nenhum momento do

<sup>156</sup> Cf. *Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil*, *supra*, § 76, e *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, *supra*, § 96.

<sup>157</sup> O perito Kalil enfatizou que, “todas as alegações de atos de violência contra pessoas que defendem os direitos e interesses dos trabalhadores devem ser investigadas de forma minuciosa, e se deve ter em consideração uma possível relação, seja direta ou indireta, entre a prática de um ato violento cometido com a atividade de defesa dos direitos dos trabalhadores. [...] [o] órgão que investiga uma violação de direitos humanos deve examinar a complexidade dos fatos, o contexto em que ocorreram os fatos, e os

transcurso do processo penal relativo à morte de Gabriel Sales Pimenta, inclusive com posterioridade a 10 de dezembro de 1998, o contexto no qual o citado defensor realizava o seu trabalho foi levado em consideração. Caso houvesse sido considerado, eventualmente teria sido factível identificar os interesses econômicos e políticos que poderiam ter sido afetados pelo exercício do trabalho do senhor Sales Pimenta, em particular no âmbito da decisão judicial que reverteu a expulsão de 150 pessoas das terras reivindicadas por fazendeiros, decisão que tinha sido proferida em virtude de um recurso apresentado pela suposta vítima pouco tempo antes de sua morte (§ 53, *supra*). Não consta nos autos que, em algum momento do processo, o Ministério Público ou as autoridades judiciais tenham solicitado a realização de diligências a fim de determinar se o resultado da mencionada ação, a qual teve grande repercussão pública, poderia ter estado vinculada à motivação da morte. Essa determinação, por sua vez, poderia ter permitido a identificação de outros suspeitos e reforçado a necessidade de proteger testemunhas,<sup>158</sup> como Luzia Batista da Silva, adolescente à época e testemunha ocular dos fatos, e Neuzila Jardim Cerqueira, que acompanhava Gabriel no momento de sua morte, entre outros.

95. A análise do contexto adquire particular relevância frente à situação de violência e impunidade relacionada com a luta pela terra existente no momento da morte de Gabriel Sales Pimenta, e a possível existência de vínculos e padrões entre os distintos casos.

96. Soma-se ao anterior que, se durante as investigações ou a tramitação do processo penal, os promotores, as autoridades judiciais ou policiais tivessem identificado que Gabriel Sales Pimenta era um defensor de direitos humanos de trabalhadores rurais, poderiam ter elaborado o perfil da vítima. O anterior com o objetivo de compreender em que consistia o seu trabalho de defesa de direitos humanos, em que ambiente se desenvolviam suas atividades, e quais eram os fatores de risco associados ao seu trabalho. De igual modo, poderiam ter realizado entrevistas com a organização da qual formava parte, bem como com outras pessoas que acompanhavam o seu trabalho, e nessa condição poderiam ter contado com mais informação sobre o ocorrido.<sup>159</sup>

97. Adicionalmente, considera-se que o Estado, conhecedor do contexto de violência no campo e de impunidade, especialmente no Estado do Pará, como

---

padrões que explicam os motivos pelos quais estes eventos ocorreram [...] para assegurar que não haja uma omissão na reunião de provas ou no desenvolvimento de linhas lógicas de investigação. Nesse sentido, é fundamental a adoção de todas as medidas necessárias para avaliar os padrões sistemáticos que permitiram a ocorrência de violações de direitos humanos, bem como os mecanismos e estruturas por meio das quais a impunidade possa prevalecer. Perícia de Renan Kalil durante a audiência pública do presente caso.”

<sup>158</sup> A esse respeito, a Corte coincide com o Relator Especial sobre a situação dos defensores dos direitos humanos no sentido de que “a proteção de vítimas, testemunhas e todas as partes no processo deve ser um eixo transversal em todo o processo”. Cf. ONU, Relatório do Relator Especial sobre a situação dos defensores dos direitos humanos, Michel Forst. Doc. A/74/159, 15 de julho de 2019, § 90.

<sup>159</sup> Cf. Perícia de Renan Kalil durante a audiência pública do presente caso.

restou provado (§§ 47 a 51, *supra*) e corroborado pelos peritos Kalil,<sup>160</sup> Michelotti<sup>161</sup> e Gaio,<sup>162</sup> e pelas testemunhas Frigo<sup>163</sup> e Batista,<sup>164</sup> deveria ter identificado a situação de vulnerabilidade em que se encontravam as testemunhas da morte violenta de Gabriel Sales Pimenta. Desse modo, o Brasil deveria ter adotado medidas para proteger as testemunhas, não apenas para evitar qualquer ameaça ou dano à sua integridade pessoal, mas também para preservar provas de grande importância para elucidar o ocorrido. Nesse sentido, desde agosto de 1982, o próprio Delegado responsável pela investigação havia indicado à Juíza competente a necessidade de proteger as testemunhas;<sup>165</sup> o declarante Antonio Francisco da Silva, Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais (STR) na data da morte do senhor Sales Pimenta, relatou ameaças que tinha recebido de alguns dos suspeitos dos fatos em questão;<sup>166</sup> Luzia Batista da Silva havia indicado em suas primeiras declarações que tinha medo de contar os fatos dos quais havia sido testemunha (nota de rodapé 79, *supra*). No entanto, não se tem notícia de medidas de proteção adotadas a favor deles durante todo o transcurso do processo judicial. A esse respeito, apesar de ter sido intimado para a primeira sessão do Tribunal do Júri programada para maio de 2002, Antônio Francisco da Silva não compareceu e não justificou sua ausência. Ademais, Luzia Batista da Silva, também convocada a declarar durante a mesma sessão, não foi encontrada em sua residência e consta dos autos que um vizinho informou que ela teria falecido.

98. A esse respeito, o Tribunal nota que, além de ter tomado conhecimento sobre a morte da testemunha ocular Luzia Batista da Silva durante a etapa do exame do caso pelo Tribunal do Júri, em 2002,<sup>167</sup> e do falecimento do acusado J.P.N.,<sup>168</sup> durante a etapa da decisão sobre a pronúncia, não consta nos autos que as autoridades estatais tenham investigado as circunstâncias dessas mortes e sua possível relação com o processo penal. Essa grave omissão do Estado aprofunda a sensação de impunidade e afeta a confiança dos cidadãos no Poder Judiciário.

99. Em relação ao dever de esgotar todas as linhas de investigação e realizar todos os atos investigativos necessários para identificar os responsáveis, a Corte adverte que, na sentença de pronúncia, em agosto de 2000, o Juiz decidiu que era imprudente a apresentação do caso ao Tribunal do Júri em relação a C.O.S. devido

<sup>160</sup> Cf. versão escrita da perícia de Renan Kalil de 20 de abril de 2022 (expediente de prova, folha 8694 a 8712).

<sup>161</sup> Cf. Perícia de Fernando Michelotti, *supra* (expediente de prova, folhas 7253 a 7263).

<sup>162</sup> Cf. Perícia de Carlos Eduardo Gaio, *supra* (expediente de prova, folhas 7286 a 7300).

<sup>163</sup> Cf. Declaração de Darci Frigo, *supra* (expediente de prova, folhas 6722 a 6727).

<sup>164</sup> Cf. Declaração de José Batista Gonçalves Afonso de 10 de março de 2022 (expediente de prova, folhas 7175 a 7177).

<sup>165</sup> Cf. Adendo ao pedido de prisão preventiva assinado pelo Delegado de Polícia, de 6 de agosto de 1982 (expediente de prova, folhas 2244 a 2247). Ver, também, nota de rodapé 78 *supra*.

<sup>166</sup> Cf. Declaração prestada por Antonio Francisco da Silva, *supra* (expediente de prova, folha 196), e Declaração prestada por Antonio Francisco da Silva em 19 de julho de 1982 (expediente de prova, folha 2234).

<sup>167</sup> Cf. Certidão assinada pelo Oficial de Justiça, de 21 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2534).

<sup>168</sup> Luzia Batista identificou a J.P.N. como motorista do carro utilizado no homicídio de Gabriel Sales Pimenta. Cf. Declaração prestada por Luzia Batista da Silva, *supra* (expediente de prova, folhas 2226 a 2228); Ata de reconhecimento de J.P.N. por Luzia Batista da Silva, de 2 de agosto de 1982 (expediente de prova, folhas 2273 a 2274), e Termo de novo interrogatório da informante Luzia Batista da Silva, de 13 de julho de 1983 (expediente de prova, folhas 2276 a 2279).

à ausência de provas, apesar do fato de que no relatório final da investigação policial foram consignados indícios suficientes de sua participação no crime; o Promotor do caso notou que o senhor Oliveira de Sousa não havia sido submetido ao exame de reconhecimento por parte da testemunha ocular, Luzia Batista da Silva, nem por Neuzila Jardim Cerqueira, que acompanhava Gabriel Sales Pimenta na ocasião de sua morte, e que C.O.S. era conhecido como pistoleiro de J.P.N. na região,<sup>169</sup> sendo possivelmente o autor dos disparos. Assim, a Corte nota que a identidade do indivíduo que disparou contra Gabriel Sales Pimenta nunca foi esclarecida.

100. Por outro lado, a Corte observa a ausência, em distintos momentos processuais, de medidas suficientes para assegurar o desenvolvimento do processo e o comparecimento de M.C.N. Nesse sentido, se verifica que o Estado não atuou com a devida diligência na execução das ordens de prisão proferidas durante o processo, de modo que não conseguiu evitar a fuga dos acusados em relação aos quais havia sido ordenada a prisão preventiva. A Corte constata a ausência de medidas por parte do Estado quando o paradeiro do acusado M.C.N. era amplamente conhecido.<sup>170</sup> A título de exemplo, após algumas ausências de M.C.N. a atos processuais que requeriam sua presença,<sup>171</sup> o Ministério Público solicitou sua prisão preventiva em 23 de abril de 2002 (20 anos depois da morte de Gabriel Sales Pimenta). Entretanto, o juiz competente decretou a ordem solicitada apenas em razão do não comparecimento do acusado à primeira sessão do Tribunal do Júri convocada para 23 de maio de 2002.<sup>172</sup> Não obstante, constata-se a inexistência de qualquer medida dirigida a prender M.C.N. nos três anos seguintes. Verifica-se que, somente quatro anos depois, em fevereiro de 2006,<sup>173</sup> por ordem do Juiz, foi formada uma equipe da Polícia Federal para localizar o acusado.<sup>174</sup>

101. Por outro lado, a Corte considera que o traslado do processo penal sobre a morte de Gabriel Sales Pimenta para a então recém-criada Vara Agrária, em fevereiro de 2004, onde permaneceu durante um ano e cinco meses, apesar de a competência para julgar os delitos dolosos contra a vida ser evidentemente do Tribunal do Júri

<sup>169</sup> Cf. Relatório elaborado pelo Delegado de Polícia, *supra* (expediente de prova, folhas 2264 a 2267).

<sup>170</sup> A título de exemplo, durante a audiência pública celebrada em 22 de março de 2002, tanto o senhor Rafael Sales Pimenta como o perito Dissenha fizeram referência a uma reportagem amplamente difundida na revista Isto É, de 12 de novembro de 1986, em que constava uma fotografia do acusado ao lado de seu irmão, o então Governador de Minas Gerais, e do então Presidente da República.

<sup>171</sup> Desde a primeira audiência programada para 27 de dezembro de 1983, M.C.N não se apresentou. De igual maneira ocorreu em outras seis audiências. Cf. Citação por edital de M.C.N. e C.O.S para a audiência de 27 de abril de 1984 (expediente de prova, folha 2340), Certidão do oficial de justiça de 22 de dezembro de 1983 (expediente de prova, folha 2331), Decisões de 24 de agosto e 22 de novembro de 1984 (expediente de prova, folhas 2348 a 2351), e Editais de 5 de agosto de 1985 e 19 de março de 1986 (expediente de prova, folhas 2352 a 2353).

<sup>172</sup> Cf. Ordem de prisão preventiva nº 0272/2002 de 23 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2541); Decisão proferida pelo Juiz de Direito designado em 23 de maio de 2002 (expediente de prova, folha 2536 a 2538).

<sup>173</sup> Cf. Carta nº 45/2006-GAB/DPF.B/MBA/PA assinada pelo Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Marabá em 24 de fevereiro de 2006 (expediente de prova, folha 2613).

<sup>174</sup> O próprio advogado do acusado M.C.N. destacou a negligência das autoridades estatais para localizá-lo rapidamente. Cf. *Habeas Corpus* interposto a favor de M.C.N. perante a Câmara Criminal Conjunta do Tribunal de Justiça do Pará, em 18 de abril de 2006 (expediente de prova, folha 2630).

(nos termos do artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição brasileira), constituiu outro fator indicativo da falta de devida diligência do Estado em relação ao presente caso.

102. Por último, quanto à conclusão do processo penal, a Corte considera pertinente recordar que, em 8 de maio de 2006, o Tribunal de Justiça do Pará extinguiu a responsabilidade penal do único acusado, M.C.N., em aplicação da prescrição, ao considerar que a mesma teria ocorrido em virtude dos 17 anos transcorridos entre a admissão da denúncia inicial do Ministério Público e a decisão de pronúncia.<sup>175</sup> Desse modo, transcorridos mais de 23 anos da morte de Gabriel Sales Pimenta, o processo foi arquivado sem conseguir esclarecer as circunstâncias de sua morte, nem identificar ou processar todos os responsáveis.

103. Conforme decorre das provas disponíveis nos autos, a atuação lenta e negligente dos funcionários do judiciário contribuiu de forma definitiva para que fosse declarada a prescrição. Com efeito e a título de exemplo, levando em consideração a existência de indícios suficientes de autoria e provas de um crime doloso contra a vida, é injustificável a demora para o proferimento da sentença de pronúncia (um ano e oito meses contados a partir da data de reconhecimento da competência da Corte), a qual não consiste em uma condenação, mas apenas a decisão de continuar com o processo perante o Tribunal do Júri.<sup>176</sup> Como foi considerado pelo perito Dissenha, a demora extrema para proferir a sentença de pronúncia teve um caráter decisivo para gerar a prescrição, pois foi justamente com base no tempo transcorrido entre a decisão de admissibilidade da denúncia inicial do Ministério Público e a sentença de pronúncia (17 anos) que a prescrição pôde ser aplicada a favor do acusado M.C.N. Outro fator que a Corte constata que contribuiu para a aplicação da prescrição foi a falta de medidas concretas e efetivas, por parte das autoridades judiciais, para conseguir obter o comparecimento do único acusado ao processo, o que gerou uma série de atrasos na tramitação do caso.<sup>177</sup>

104. Portanto, a Corte considera que a aplicação da prescrição nesse caso, com o consequente arquivamento definitivo do processo, não foi resultado do trâmite

<sup>175</sup> O perito Dissenha esclareceu que, segundo as regras relativas à prescrição, o delito em questão prescreveria em 10 anos, levando em consideração a idade do acusado M.C.N. à época da sentença de pronúncia e que a admissibilidade da denúncia inicial do Ministério Público e a decisão de pronúncia são duas causas interruptoras da prescrição, segundo o artigo 117 do Código Penal brasileiro. *Cf.* Perícia de Rui Carlo Dissenha durante a audiência pública do presente caso.

<sup>176</sup> Tal como afirmou o perito Dissenha, esse atraso em particular foi determinante para a prescrição e “se a decisão de pronúncia tivesse sido prolatada poucos anos antes, a prescrição teria sido impedida”.

<sup>177</sup> Ademais, como sublinhou o perito Dissenha durante a audiência, até o ano de 1996 o Código de Processo Penal brasileiro determinava que o processo deveria continuar mesmo com a ausência do acusado que, tendo sido inicialmente citado ou convocado a qualquer ato do processo, não comparecer sem justificativa. *Cf.* Artigo 366 do Código de Processo Penal até sua modificação pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996. Isso quer dizer que após os atos processuais aos quais o senhor M.C.N. não compareceu e tampouco justificou sua ausência, o processo deveria ter continuado apesar de seu não comparecimento. Além disso, se adverte que até 1996 não se suspendia a prescrição enquanto um acusado se encontrava foragido.



normal e diligente do processo penal, mas foi fruto de uma série de ações e omissões estatais durante o curso desse processo.<sup>178</sup>

105. Por todo o anterior, o Tribunal conclui que o Estado não cumpriu sua obrigação de atuar com a devida diligência reforçada para investigar seriamente e de maneira completa a morte do defensor de direitos humanos Gabriel Sales Pimenta.

## B.2. Prazo razoável

A Corte indicou que o direito de acesso à justiça em casos de violações de direitos humanos deve assegurar, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido e investigar, julgar e, se for o caso, punir os eventuais responsáveis.<sup>179</sup> Além disso, uma demora prolongada no processo pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação às garantias judiciais.<sup>180</sup>

107. O Tribunal também estabeleceu que a avaliação do prazo razoável deve ser analisada em cada caso concreto, em relação à duração total do processo, o que poderia também incluir a execução da sentença definitiva. Dessa forma, considera quatro elementos para analisar o cumprimento da garantia do prazo razoável, a saber: (i) a complexidade do assunto,<sup>181</sup> (ii) a atividade processual do interessado,<sup>182</sup> (iii) a conduta das autoridades judiciais,<sup>183</sup> e (iv) o impacto causado na situação jurídica

<sup>178</sup> O perito Dissenha declarou que a prescrição no processo penal sob análise foi “construída”, não podendo ser vislumbrada como um ato isolado e único, mas consequência de uma série de graves e flagrantes condutas e omissões por parte de agentes estatais ao longo dos anos. Cf. Perícia prestada em audiência por Rui Carlo Dissenha, em 22 de março de 2022. Na mesma linha, o perito Kalil manifestou que “a prescrição em temas penais determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e, em geral, limita o poder punitivo do Estado para perseguir uma conduta ilícita e punir os seus autores, e é uma garantia que deve ser observada pelo julgador para todo acusado de um delito. Porém, quando essa prescrição ocorre pela ausência de medidas que o Estado, por meio do Poder Judiciário, deveria tomar [...] quando quem tinha o poder de evitar que essa prescrição acontecesse não faz nada, num contexto de violência generalizada e disseminação de uma violência que amedronta os defensores dos direitos das pessoas e também das próprias pessoas que estão reivindicando seus próprios direitos. Eu entendo que a prescrição [...] não serve a isso, e ela não deveria ser admitida como um mecanismo de perpetuar situações de impunidade”. Perícia prestada em audiência por Renan Kalil, em 23 de março de 2022.

<sup>179</sup> Cf. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *supra*, § 114, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 130.

<sup>180</sup> Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, § 145, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 130.

<sup>181</sup> Quanto à análise da complexidade do assunto, a Corte teve em consideração, entre outros critérios, a complexidade da prova, a pluralidade de sujeitos processuais ou a quantidade de vítimas, o tempo transcorrido desde que se teve notícia do fato que deve ser investigado, as características do recurso previsto na legislação interna e o contexto no qual ocorreu a violação. Cf. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. *Exceções Preliminares*. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C Nº 21, §. 78, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 131 e nota de rodapé 206.

<sup>182</sup> A respeito da atividade do interessado em obter justiça, a Corte tomou em consideração se sua conduta processual contribuiu de alguma forma a prolongar indevidamente a duração do processo. Cf. *Caso Cantos vs. Argentina*, *supra*, § 57, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 131 e nota de rodapé 207.

<sup>183</sup> A Corte entendeu que, para alcançar a plena efetividade da sentença, as autoridades judiciais devem atuar com celeridade e sem demora, pois o princípio de tutela judicial efetiva requer que os procedimentos de execução sejam levados a cabo sem obstáculos ou demoras indevidas, a fim alcançar seu objetivo de maneira rápida, simples e integral. Cf. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. *Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C Nº 228, § 106, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 131 e nota de rodapé 208.

da suposta vítima.<sup>184</sup> A Corte recorda que corresponde ao Estado justificar, com fundamento nos critérios indicados, a razão pela qual requereu do tempo transcorrido para processar os casos e, na eventualidade de que este não o demonstre, a Corte possui amplas atribuições para fazer sua própria avaliação a respeito.<sup>185</sup> O Tribunal reitera, ademais, que se deve apreciar a duração total do processo, desde o primeiro ato processual até o proferimento da sentença definitiva, incluindo os recursos a instâncias superiores que poderiam eventualmente ser apresentados.<sup>186</sup>

108. Quanto à complexidade do assunto e a conduta das autoridades, a Corte adverte que se trata de um caso com alguma complexidade, ao demandar, *inter alia*, a coleta de um certo número de provas, a análise cuidadosa e minuciosa da cena do crime, exames periciais complexos, e estar sujeito a um procedimento mais lento por sua própria natureza, segundo as regras do processo penal brasileiro.<sup>187</sup> Apesar disso, verifica-se que havia apenas uma vítima cujo corpo estava à disposição das autoridades policiais, havia testemunhas oculares que se dispuseram a prestar testemunho, o lugar onde ocorreram os fatos era de fácil acesso, e os principais suspeitos eram pessoas conhecidas na região.

109. Além disso, a Corte também considera injustificável a demora excessiva na tramitação do processo penal, atribuível diretamente à conduta das autoridades de administração de justiça,<sup>188</sup> conforme foi analisado no capítulo anterior. Nesse sentido, a Corte constata demoras excessivas em diversas etapas processuais, como, entre outras: (i) quase dois anos entre a data de reconhecimento da competência da Corte (dezembro de 1998), após a apresentação das alegações finais escritas, e a sentença de pronúncia (agosto de 2000); (ii) oito meses entre a sentença de pronúncia (agosto de 2000) e a notificação da mesma ao acusado M.C.N. (maio de 2001); (iii) mais de nove meses entre o pedido do Ministério Público de extinção da pena do acusado J.P.N. em virtude de sua morte (23 de novembro de 1999), e a decisão do Juiz que a decretou (31 de agosto de 2000); (iv) a paralisação do processo por quase quatro anos, entre 2002 e 2006, devido à rebeldia do acusado M.C.N., e (v) um ano e quatro meses entre o traslado do processo para a Vara Agrária (20 de fevereiro de 2004) e sua devolução à Vara Criminal (28 de julho de 2005).

<sup>184</sup> A Corte afirmou que para determinar a razoabilidade do prazo deve-se tomar em consideração o impacto causado pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida, considerando, entre outros elementos, a matéria da controvérsia. Cf. *Caso Associação Nacional de Cessantes e Jubilados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru*, *supra*, § 148, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 131 e nota de rodapé 209.

<sup>185</sup> Cf. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, § 156, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 131.

<sup>186</sup> Cf. *Caso Suárez Rosero vs. Equador. Reparações e Custas*. Sentença de 20 de janeiro de 1999. Série C Nº 44, § 71, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 131.

<sup>187</sup> Cf. versão escrita da perícia de Rui Carlo Dissenha, *supra* (expediente de prova, folha 6641).

<sup>188</sup> A conclusão do perito Dissenha, ao analisar minuciosamente cada ato processual realizado neste caso, vai no mesmo sentido: “demora exagerada do processo se deu [...] pela exclusiva e absoluta responsabilidade” das autoridades judiciais. Versão escrita da perícia de Rui Carlo Dissenha, *supra* (expediente de prova, folha 6643).

110. Igualmente, no tocante ao comportamento das vítimas no processo, o Tribunal verifica que não se observam condutas dilatórias ou obstrutivas por parte dos familiares de Gabriel Sales Pimenta; pelo contrário, o irmão Rafael Sales Pimenta se habilitou como assistente de acusação quando lhe foi possível e suas intervenções se dirigiram apenas a agilizar o desenvolvimento do processo.<sup>189</sup>

111. Por último, no que se refere ao impacto causado na situação jurídica das pessoas envolvidas no processo, este Tribunal estabeleceu que, se o passar do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento avance com maior diligência a fim de que o caso seja resolvido em um tempo breve.<sup>190</sup> No presente caso o Tribunal observa que, ao tratar-se de um defensor de direitos humanos, máxime de um advogado de trabalhadores rurais em um contexto de violência e impunidade, as autoridades judiciais teriam de haver trabalhado com maior diligência e celeridade no âmbito da realização dos atos processuais, uma vez que dessas atuações judiciais dependia a investigação e a determinação sobre a verdade do ocorrido, sendo grande a probabilidade de que o senhor Gabriel Sales Pimenta tivesse sido vítima de uma morte violenta vinculada à sua atividade de defensor de direitos humanos, o que podia ser interpretado como uma mensagem de ataque direto contra o grupo de defensoras e defensores de direitos humanos.

112. No que concerne às alegadas violações ocorridas no âmbito da ação de indenização contra o Estado do Pará iniciada pelos familiares de Gabriel Sales Pimenta, esta ação foi interposta por sua mãe em 2007, com posterioridade à decisão definitiva no processo penal. Não obstante isso, o respectivo processo demorou quase 14 anos até a sua conclusão, culminando com a decisão de improcedência. A demora excessiva se deve, igualmente, às condutas negligentes das autoridades judiciais. A modo de exemplo, entre a interposição da ação e a sentença de primeira instância (5 de outubro de 2011), passaram-se quatro anos, e entre esta e a decisão final proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, quase 10 anos mais.

113. Portanto, em atenção às considerações anteriores, e devido a que transcorreram quase 24 anos desde os fatos do presente caso até a decisão que extinguiu o processo penal, e mais de 7 anos desde a data de reconhecimento da competência da Corte até a referida decisão definitiva no processo penal, bem como o transcurso de quase 14 anos na tramitação do processo cível, o Tribunal conclui que o Brasil violou o prazo razoável na investigação e tramitação do processo penal relacionado ao homicídio do defensor de direitos humanos Gabriel Sales Pimenta.

### B.3. Direito à verdade

114. Esta Corte expressou que “toda pessoa, incluindo os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito a conhecer a verdade [sobre

<sup>189</sup> Cf. versão escrita da perícia de Rui Carlo Dissenha, *supra* (expediente de prova, folha 6642).

<sup>190</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, *supra*, § 155, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 135.

as mesmas]”, o que significa que “devem ser informados sobre todo o ocorrido com relação a estas violações”.<sup>191</sup> O direito à verdade se relaciona, de modo geral, com o direito a que o Estado realize as ações dirigidas a alcançar “o esclarecimento dos fatos violatórios e as responsabilidades correspondentes”.<sup>192</sup> A satisfação desse direito é de interesse não apenas dos familiares das vítimas, mas também da sociedade em seu conjunto, que com isso vê facilitada a prevenção desse tipo de violações no futuro.<sup>193</sup>

115. Também foram estabelecidas na jurisprudência deste Tribunal a autonomia e a ampla natureza do direito à verdade, que não está reconhecido literalmente na Convenção Americana, mas se vincula a diversas disposições do tratado. Em relação a esse ponto, de acordo com as circunstâncias do caso, a violação do direito pode se relacionar a diversos direitos estabelecidos expressamente na Convenção,<sup>194</sup> como os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, reconhecidos nos artigos 8 e 25 do tratado,<sup>195</sup> ou o direito de acesso à informação, protegido em seu artigo 13.<sup>196</sup>

116. No presente caso, a morte violenta do senhor Sales Pimenta se enquadrou em um contexto de um nível exacerbado de homicídios contra trabalhadores rurais e defensores de seus direitos, acompanhado de uma situação generalizada de impunidade em relação a esse tipo de delitos e precedido de várias ameaças dirigidas contra a suposta vítima. Nessa medida, o esclarecimento do homicídio e das correspondentes responsabilidades não apenas revestia importância para a família de Gabriel Sales Pimenta, mas também tinha uma dimensão coletiva, na medida em que a falta de esclarecimento sobre as circunstâncias da morte violenta do senhor Sales Pimenta geraria um efeito amedrontador para as pessoas defensoras de direitos humanos, para os trabalhadores rurais e para a sociedade em seu conjunto.

117. Somado ao anterior, a Corte verifica que o caso se encontra em uma situação de absoluta impunidade até hoje, devido ao não esclarecimento das circunstâncias da morte de Gabriel Sales Pimenta, apesar da identificação de três suspeitos e da existência de duas testemunhas oculares e de outros meios de prova que se encontravam à disposição das autoridades estatais.

118. Portanto, após quase 40 anos desde o homicídio de Gabriel Sales Pimenta, não foi alcançada a determinação da verdade sobre o ocorrido, apesar da abundância de elementos probatórios e do dever de devida diligência reforçada do Estado de

<sup>191</sup> Cf. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C Nº 92, § 100, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai*, *supra*, § 176. Em sentido similar, *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, *supra*, § 134.

<sup>192</sup> Cf. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*, *supra*, § 80; *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, § 206, e *Caso Villaseñor Velarde e outros vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2019. Série C Nº 374, § 110.

<sup>193</sup> *Mutatis mutandis* *Caso Gómez Palomino vs. Peru*, *supra*, § 78.

<sup>194</sup> Cf. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*, *supra*, § 100, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai*, *supra*, § 176.

<sup>195</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*, § 181, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai*, *supra*, § 176.

<sup>196</sup> No presente caso, esta Corte não encontra justificativa para examinar o artigo 13 da Convenção Americana, na medida em que não há elementos dentro do marco fático estabelecido pela Comissão que se relacionam com o acesso à informação.

investigar os fatos desse caso. Assim, a Corte considera que o Brasil violou o direito à verdade em detrimento dos familiares do senhor Sales Pimenta.

#### **B.4. Conclusão**

119. As graves falências do Estado nas investigações sobre a morte de Gabriel Sales Pimenta identificadas neste capítulo representaram o descumprimento do dever de devida diligência reforçada de investigar delitos cometidos contra pessoas defensoras de direitos humanos, bem como a violação flagrante da garantia do prazo razoável. Somado ao anterior, a Corte verifica que o caso se encontra em uma situação de absoluta impunidade até hoje. Isso porque não foram esclarecidas as circunstâncias da morte de Gabriel Sales Pimenta, apesar da identificação de três suspeitos e da existência de duas testemunhas oculares e de outros meios de prova que se encontravam à disposição das autoridades estatais. O Brasil foi incapaz de identificar o autor dos disparos contra o senhor Sales Pimenta e de sancionar todos os responsáveis.

120. Em vista das considerações anteriores, a Corte conclui que o presente caso está inserido no contexto de impunidade estrutural relacionado a ameaças, homicídios e outras violações de direitos humanos contra os trabalhadores rurais e seus defensores no Estado do Pará (§§ 47 a 51, *supra*). Ao mesmo tempo, esta impunidade estrutural se reflete na falta de devida diligência analisada no caso em estudo. Com efeito, conforme decorre dos autos, a grave negligência dos operadores judiciais na tramitação do processo penal, que permitiu a ocorrência da prescrição, foi o fator determinante para que o caso permanecesse em uma situação de absoluta impunidade.

121. Em virtude do exposto ao longo deste capítulo, a Corte considera que o Estado do Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste tratado, em prejuízo da senhora Maria da Glória Sales Pimenta e dos senhores Geraldo Gomes Pimenta, Sérgio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, José Sales Pimenta, Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta. Além disso, o Tribunal conclui que o Estado violou o direito à verdade, em prejuízo dos familiares do senhor Sales Pimenta anteriormente identificados, com base na violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1.

## VIII-2. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO AO DEVER DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS<sup>197</sup>

### A. Argumentos das partes e da Comissão

122. A *Comissão* considerou que a perda de um ser querido em um contexto de violência, somada à impunidade resultante de um processo de longa duração, constitui uma violação à integridade psíquica e moral dos familiares de Gabriel Sales Pimenta.

123. Os *representantes* alegaram que o Estado violou o direito à integridade pessoal dos familiares de Gabriel Sales Pimenta devido ao sofrimento provocado por seu homicídio, falta de uma investigação eficaz, não julgamento dos responsáveis e a impunidade em que se encontrariam os fatos. Enfatizaram que durante os 23 anos de duração do processo penal, os familiares tiveram sentimentos de angústia, frustração, impotência, raiva, insegurança e desesperança. A saber, o pai e a mãe (falecida) do senhor Sales Pimenta, “mudaram completamente seus temperamentos e perderam totalmente a alegria de viver”.

124. O *Estado* argumentou que a alegada violação por motivo do homicídio do senhor Sales Pimenta está fora da competência *ratione temporis* da Corte. Argumentou que, quanto à falta de uma investigação eficaz e a ausência de sanção dos responsáveis, não se pode partir de “simples” pressupostos de que houve uma suposta falta de proteção judicial para que a mesma possa ser enquadrada como uma hipotética violação ao artigo 5 da Convenção Americana. Adicionou que, se a falta de proteção judicial não se encontra prevista no referido artigo, a norma não pode ser aplicada no caso concreto. Por outro lado, reiterou que, ao longo do processo, realizou atos adequados de intimação, de acusação, de instrução e de decisão. Ademais, devido a circunstâncias adversas, a busca dos réus revéis não incorreu em uma demora injustificada no processo penal nem no civil. Além disso, afirmou a necessidade de que os familiares indiretos, indicados como supostas vítimas, provem a violação à sua integridade pessoal, de modo que solicitou que se analise o acervo probatório para esse fim.

### B. Considerações da Corte

125. A Corte considerou, em reiteradas oportunidades, que os familiares das vítimas de violações de direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.<sup>198</sup> Este Tribunal considerou que pode declarar violado o direito à integridade psíquica e moral de “familiares diretos” de vítimas e de outras pessoas com vínculos próximos com essas vítimas, em razão do sofrimento adicional que estes padeceram como

<sup>197</sup> Artigos 1.1 e 5 da Convenção Americana.

<sup>198</sup> Cf. *Caso Castillo Páez vs. Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C Nº 34, ponto resolutivo quarto, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai, supra*, § 185.

produto das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus seres queridos, e em razão das posteriores atuações ou omissões das autoridades estatais frente a estes fatos,<sup>199</sup> tomando em consideração, entre outros, as gestões realizadas para obter justiça e a existência de um vínculo familiar próximo.<sup>200</sup>

126. Levando em consideração o anterior, conforme se observa do exame do acervo probatório deste caso, os familiares de Gabriel Sales Pimenta acompanharam e estiveram ativamente envolvidos, como assistentes de acusação<sup>201</sup>, no processo penal iniciado para apurar o seu homicídio desde o princípio, e envidaram esforços para o seu avanço e conclusão. Apesar disso, esse processo, conforme já referido previamente, foi concluído após quase 24 anos dos fatos, unicamente com a declaração da extinção da responsabilidade penal a favor do único acusado sobrevivente, devido à prescrição. Adicionalmente, constata-se que a duração das investigações e do processo penal sem que tenha havido a sanção de nenhum responsável pela morte violenta e a falta de devida diligência provocaram sofrimento e angústia nos referidos familiares, em detrimento de sua integridade psíquica e moral. Isto é, a absoluta impunidade em que se encontra o homicídio de Gabriel Sales Pimenta constitui um fator chave na violação da integridade pessoal de cada membro da família de Gabriel Sales Pimenta.

127. A esse respeito, Rafael Sales Pimenta, irmão do senhor Sales Pimenta que esteve especialmente envolvido no acompanhamento das investigações, destacou os laços estreitos de afeto e “confiança solidária” que permeavam a relação familiar existente entre ele, seus seis irmãos, sua mãe e seu pai.<sup>202</sup> Sublinhou que ele e seus irmãos tiveram “uma juventude muito linda, maravilhosa” e que sua relação com Gabriel Sales Pimenta era excelente e que este último era um exemplo para ele, e acreditava que para todos os irmãos também.<sup>203</sup> Sobre os danos causados pelas falências do Estado no processo penal e cível iniciados neste caso em relação a ele e sua família, bem como pela situação de impunidade em que o caso se encontra, Rafael Sales Pimenta afirmou que:

Nos afeto de forma profunda [...], inclusive até o dia de hoje, a todos, sem nenhuma exceção. Meu pai e minha mãe mudaram sua forma de ver a vida; já não viam a possibilidade de punição dos culpados nessa vida através do Judiciário, e os irmãos, cada um com

<sup>199</sup> Cf. *Caso Blake vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C Nº 36, § 114, e *Caso Manuela e outros vs. El Salvador. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de novembro de 2021. Série C Nº 441, § 262.

<sup>200</sup> Cf. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, § 163, e *Caso Manuela e outros vs. El Salvador, supra*, § 262.

<sup>201</sup> O artigo 268 do Código de Processo Penal brasileiro dispõe que a vítima ou seu representante legal, entre outros, pode intervir no processo penal para apoiar o Ministério Público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

<sup>202</sup> Cf. Declaração de Rafael Sales Pimenta durante a audiência pública do presente caso.

<sup>203</sup> Cf. Declaração de Rafael Sales Pimenta durante a audiência pública do presente caso.

sua personalidade, vivemos e experimentamos estas dificuldades pelo resto de nossas vidas<sup>204</sup>.

[...] estamos em busca de justiça faz 40 anos. Em 18 de julho se cumprem 40 anos do seu assassinato e o Estado do Brasil não fez nada a respeito.<sup>205</sup>

128. Igualmente, Sérgio Sales Pimenta,<sup>206</sup> Marcos Sales Pimenta,<sup>207</sup> André Sales Pimenta<sup>208</sup> e Daniel Sales Pimenta<sup>209</sup> descreveram uma relação afetuosa entre eles e seu irmão Gabriel. O Tribunal pode observar o envolvimento de cada um deles com os fatos descritos neste caso e a dor e sofrimento que lhes causaram.

129. Daniel Sales Pimenta, por sua vez, descreveu o sentimento de impotência experimentado ao receber notícias sobre a tramitação do processo penal.<sup>210</sup>

130. Por sua vez, André Sales Pimenta mencionou a criação de um sítio *web* com recortes e outros materiais sobre a vida do senhor Gabriel Sales Pimenta, entretanto, desistiu do mesmo quando notou que o processo penal não avançava. Narrou que se frustrava muito com cada novo resultado negativo no processo penal, que perdia as esperanças e que até hoje sente uma grande frustração. Por outro lado, destacou que seu irmão José Sales Pimenta esteve acompanhando o processo mais de perto em um primeiro momento.<sup>211</sup>

131. No que se refere ao impacto causado aos familiares de Gabriel Sales Pimenta, a perita Cristina Barros Mauer concluiu que seu pai, Geraldo Gomes Pimenta, já falecido, “enclausurou-se para o resto da vida, passando a ser menos sociável e comunicativo”, enquanto sua mãe, Maria da Glória Sales Pimenta, também já falecida, mesmo não conseguindo comparecer ao enterro de seu filho, devido à sua enorme dor, após a “morte de Gabriel, [...] intensificou sua militância, engajando-se por toda a vida na luta pela responsabilização dos culpados pela morte de seu filho e na lutas por direitos humanos”.<sup>212</sup> Tanto a mãe como o pai de Gabriel Sales Pimenta faleceram sem receber uma resposta do Estado quanto ao homicídio de seu filho ou uma reparação pela falência estatal.

132. Quanto à situação de impunidade em que se encontra o caso, Marcos Sales Pimenta afirmou que:

<sup>204</sup> Cf. Declaração de Rafael Sales Pimenta durante a audiência pública do presente caso.

<sup>205</sup> Cf. Declaração de Rafael Sales Pimenta durante a audiência pública do presente caso.

<sup>206</sup> Cf. Declaração de Sérgio Sales Pimenta o (expediente de provas, folhas 6671 a 6672).

<sup>207</sup> Cf. Declaração de Marcos Sales Pimenta (expediente de provas, folha 6682).

<sup>208</sup> Cf. Declaração de André Sales Pimenta (expediente de provas, folha 6697).

<sup>209</sup> Cf. Declaração de Daniel Sales Pimenta (expediente de provas, folhas 6710 a 6711).

<sup>210</sup> Cf. Declaração de Daniel Sales Pimenta, *supra* (expediente de provas, folha 6776).

<sup>211</sup> Cf. Declaração de André Sales Pimenta, *supra* (expediente de provas, folha 6702).

<sup>212</sup> Cf. Perícia de Cristina Mair Barros Mauer de 8 de março de 2022 (expediente de prova, folha 7277).



Cada um tem o seu comportamento particular, mas o sentimento que a gente sempre teve, que era comum, é a revolta. Primeiro por ele ter morrido, segundo por ter morrido dessa forma, terceiro pela impunidade. Então, essa mágoa, esse desconforto que isso causa na gente. Isso é o que a gente sentia e sente até hoje.<sup>213</sup>

133. A perícia prestada pela senhora Barros Mauer corroborou as declarações dos irmãos de Gabriel na medida em que a perita concluiu, *inter alia*, que:

[o]s efeitos do trauma sofrido se perpetuaram na família, alterando o percurso de vida de cada um de seus membros. Por outro lado, no que dependeu de providencias do estado, a família permaneceu na mesma situação em que muitas outras famílias atingidas por violações de direitos humanos se encontram: aguardam há muitas décadas uma resposta das autoridades da justiça de seu país.<sup>214</sup>

134. Em vista das considerações anteriores, a Corte conclui que o Estado violou o direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo da senhora Maria da Glória Sales Pimenta e dos senhores Geraldo Gomes Pimenta, Sérgio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, José Sales Pimenta, Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta.

## IX. REPARAÇÕES

135. De acordo com o disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente, e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado.<sup>215</sup>

136. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja factível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações

<sup>213</sup> Cf. Declaração de Marcos Sales Pimenta na audiência pública de 22 de março de 2022 (expediente de provas, folha 6692).

<sup>214</sup> Cf. Perícia de Cristina Mair Barros Mauer, *supra* (expediente de prova, folha 7280).

<sup>215</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, §§ 24 e 25, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile, supra*, § 161.

produziram.<sup>216</sup> Portanto, a Corte considerou a necessidade de outorgar diversas medidas de reparação a fim de ressarcir os danos de maneira integral de forma que, além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância em função dos danos causados.<sup>217</sup>

137. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, e com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, a Corte deverá observar essa simultaneidade para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.<sup>218</sup>

138. Tomando em consideração as violações à Convenção Americana declaradas nos capítulos anteriores, à luz dos critérios determinados na jurisprudência do Tribunal em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,<sup>219</sup> a Corte analisará as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, bem como os argumentos do Estado a respeito, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar essas violações.

#### A. Parte lesada

139. O Tribunal reitera que se considera parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, a quem tenha sido declarada vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma. Portanto, a Corte considera como “parte lesada” a Geraldo Gomes Pimenta,<sup>220</sup> Maria da Glória Sales Pimenta,<sup>221</sup> Sérgio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, José Sales Pimenta,<sup>222</sup> Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta que, em seu caráter de vítimas das violações declaradas no capítulo VIII, serão beneficiários das reparações ordenadas pela Corte.

#### B. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis

140. A Comissão solicitou que a Corte ordene ao Estado realizar e concluir a investigação de maneira diligente e efetiva, dentro de um prazo razoável, a fim de esclarecer os fatos por completo, indicar todas as possíveis responsabilidades materiais e intelectuais nos distintos níveis de decisão e execução, impor as sanções correspondentes às violações de direitos humanos, e adotar todas as medidas pertinentes para proteger as testemunhas e outros participantes no processo, caso

<sup>216</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, § 26, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, *supra*, § 162.

<sup>217</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, §§ 79 a 81, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, *supra*, § 162.

<sup>218</sup> Cf. *Caso Ticona Estrada vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, § 110, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, *supra*, § 163.

<sup>219</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, *supra*, §§ 25 e 26, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, *supra*, § 164.

<sup>220</sup> Faleceu com anterioridade à submissão do caso à Corte.

<sup>221</sup> Faleceu com anterioridade à submissão do caso à Corte.

<sup>222</sup> Faleceu com anterioridade à submissão do caso à Corte.

seja necessário. A Comissão afirmou que a prescrição dos atos e alegadas omissões do Estado não poderão ser invocadas para justificar o descumprimento dessa medida.

141. Os *representantes* solicitaram que a Corte ordene ao Estado: i) investigar os fatos por meio de instituições imparciais, independentes e competentes dentro de um prazo razoável, e a todas as pessoas envolvidas no caso (autores materiais, intelectuais e cúmplices) que participaram de forma mediata ou imediata nas ameaças e no homicídio de Gabriel Sales Pimenta, identificando, investigando e processando judicialmente os possíveis responsáveis; ii) investigar, e eventualmente sancionar aos que atuaram de forma omissiva, negligente ou complacente diante dos deveres de investigar e sancionar o seu homicídio, promovendo, assim, a impunidade dos responsáveis; iii) adotar todas as medidas para proteger as testemunhas e outros atores do processo, caso seja necessário, e iv) garantir o acesso e a capacidade de atuação dos familiares de Gabriel Sales Pimenta em todas as etapas do processo. Os representantes também solicitaram que a Corte recorde ao Estado que a figura de prescrição não impossibilita o cumprimento desta medida. Por último, solicitaram à Corte ordenar ao Estado a divulgação pública e ampla dos resultados das investigações para que a sociedade brasileira os conheça.

142. O *Estado* manifestou que as alegadas ameaças e morte de Gabriel Sales Pimenta estão fora da competência temporal da Corte. Assinalou que a prescrição foi aplicada conforme a Convenção Americana e o direito interno, de modo que afastar essa declaração seria uma medida inadequada. Acrescentou que não foi comprovada a existência de atos negligentes ou imprudentes por parte dos agentes estatais e que, ao contrário, todas as diligências foram realizadas de maneira rigorosa a fim de identificar os autores e sancioná-los.

143. A *Corte* recorda que no presente caso se está diante da morte violenta de um defensor de direitos humanos que velava pela defesa da terra de trabalhadoras e trabalhadores rurais, em um contexto de impunidade estrutural em casos de mortes violentas de pessoas defensoras de direitos humanos. No presente caso é evidente que a grave negligência dos operadores judiciais ao levar adiante uma investigação séria e efetiva para esclarecer a verdade sobre o ocorrido com o senhor Sales Pimenta conduziu a que o transcurso do tempo se transformasse em um aliado da impunidade, uma vez que permitiu que ocorresse a prescrição (§§ 103, 104 e 120, *supra*).

144. O Tribunal reitera que os Estados têm um dever de devida diligência reforçada diante da morte violenta de pessoas defensoras de direitos humanos em função do papel essencial destas pessoas para a democracia. No presente caso, o processo não se desenvolveu com a devida diligência reforçada, mas todo o contrário; houve uma grave negligência dos operadores judiciais, circunstância que permitiu a configuração de uma situação de impunidade absoluta, de acordo com o contexto da época.

145. A Corte advertiu que existe uma situação de impunidade estrutural relacionada com a violência contra as pessoas defensoras de direitos humanos dos trabalhadores rurais, portanto, considera pertinente ordenar ao Estado que crie um

grupo de trabalho com a finalidade de identificar as causas e circunstâncias geradoras dessa impunidade e elabore linhas de ação que permitam superá-las.

146. O grupo de trabalho será formado por cinco especialistas com capacidade técnica, idoneidade moral e conhecimentos específicos para realizar esse trabalho. Um de seus membros será integrante do Conselho Nacional de Justiça, que exercerá a coordenação do grupo e facilitará o seu funcionamento logístico. Para a seleção dos/as quatro outros integrantes, o Estado e os representantes, respectivamente, no prazo de seis meses, contados a partir da notificação desta Sentença, proporão à Corte uma lista de quatro especialistas independentes, dos quais a Corte selecionará dois integrantes de cada uma das listas. O grupo de trabalho deverá ser financiado pelo Estado. A fim de cumprir seus objetivos, consultará órgãos públicos, instituições acadêmicas e organizações da sociedade civil que possam oferecer elementos de juízo para elaborar o seu relatório. O Estado deverá garantir pleno acesso à informação necessária para que o grupo de trabalho possa realizar sua tarefa. As funções do grupo de trabalho terão caráter consultivo, orientador e complementar às atividades dos organismos estatais, sem prejuízo das funções próprias dos órgãos do Estado.

147. O grupo terá um prazo de dois anos, contados a partir de sua formação, para apresentar um relatório definitivo à Corte. Este relatório será público e deverá ser colocado à disposição dos organismos estatais e da sociedade civil.

### C. Medida de reabilitação

148. A *Comissão* solicitou à Corte que ordene ao Estado oferecer as medidas de atenção de saúde física e mental necessárias para a reabilitação dos familiares de Gabriel Sales Pimenta, se estes assim desejarem, e “com sua aceitação”.

149. Em suas alegações finais escritas, os *representantes* solicitaram ordenar ao Estado garantir o acesso à atenção médica e psicológica especializada no tipo “de trauma vivido pelas vítimas”, caso estas assim o desejem e pelo tempo que seja necessário a partir de uma avaliação individual, além do fornecimento de medicamentos e tratamentos necessários.

150. O *Estado* expôs que as supostas vítimas contam com serviços de saúde gratuitos próximo de suas localidades e em atenção a suas necessidades específicas, como dispõe o direito interno. Enfatizou que os representantes não manifestaram que as supostas vítimas tenham tido algum impedimento ou buscado atenção e que, inclusive, durante o período de cumprimento das recomendações da Comissão, os representantes informaram que as supostas vítimas não tinham necessidades específicas.

151. A *Corte* observa que, em seu escrito de petições e argumentos, os representantes não fizeram referência a nenhum assunto relacionado à necessidade das vítimas de requerer alguma medida de reabilitação. Não obstante isso, considerando que, por um lado, a Comissão solicitou medidas de reabilitação, e que, por outro, os familiares considerados vítimas padeceram ou padecem de um sofrimento adicional como resultado da situação de impunidade em que se encontra o homicídio de

Gabriel Sales Pimenta, em virtude das atuações e omissões estatais frente ao delito (§§ 126 a 133, *supra*), o Tribunal considera conveniente ordenar que o Estado ofereça tratamento psicológico e/ou psiquiátrico gratuito, e de forma imediata, adequada e efetiva através de suas instituições de saúde especializadas aos irmãos do senhor Sales Pimenta identificados na presente Sentença e que assim o requeiram. Além disso, os respectivos tratamentos deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros mais próximos aos seus lugares de residência, pelo tempo que seja necessário, e devem incluir o fornecimento dos medicamentos que eventualmente sejam necessários. Ao prover os tratamentos deverá considerar-se as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, segundo o que seja acordado com cada uma e depois de uma avaliação individual.<sup>223</sup>

152. As pessoas beneficiárias dispõem de um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, para confirmar ao Estado sua intenção de receber tratamento psicológico e/ou psiquiátrico.<sup>224</sup> Em caso contrário, o Estado não terá a obrigação de cumprir a presente medida de reabilitação. Por sua vez, o Estado disporá de um prazo máximo de seis meses, contado a partir da recepção desse pedido, para oferecer de maneira efetiva a atenção solicitada.

#### D. Medidas de satisfação

153. A *Comissão* solicitou ordenar medidas de satisfação que considerem os danos materiais e imateriais causados.

154. Os *representantes* solicitaram que a Corte ordene ao Estado as seguintes medidas: i) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e pedido de desculpas públicas, que inclua a responsabilidade internacional do Estado por ação e omissão, em especial pela denegação de justiça, que seja organizado com a participação das vítimas e inclua a presença de altas autoridades do setor público e da sociedade civil envolvidas no combate à violência, bem como promover sua divulgação em meios de comunicação no âmbito nacional para garantir que aquelas vítimas que não possam se deslocar tenham a oportunidade de participar; ii) publicar os capítulos relativos aos fatos, o mérito e a parte resolutiva da Sentença em dois jornais de circulação nacional, e o texto integral da Sentença no sítio *web* do Ministério Público e do Poder Judiciário; iii) nomear duas praças públicas com o nome de Gabriel Sales Pimenta, nos municípios de Marabá, no Estado do Pará, e em Juiz de Fora, no estado de Minas Gerais, assim como a instalação de bustos de Gabriel Sales Pimenta com uma placa de bronze que explique sua vida, em cada uma delas; iv) o nome da escola municipal M.C.N. para Gabriel Sales Pimenta e instalar uma placa de bronze na fachada da escola, explicando a mudança e a história do senhor Sales Pimenta, bem como abster-se de nomear novos locais públicos com o nome

<sup>223</sup> Cf. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C N° 196, § 209, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai, supra*, § 227.

<sup>224</sup> Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C N° 216, § 253, e *Caso Maidanik e outros vs. Uruguai, supra*, § 229.

de M.C.N., e v) criar um espaço público de memória na cidade de Belo Horizonte, com a anuência dos familiares de Gabriel Sales Pimenta, no qual se valorize, proteja e resguarde o ativismo das pessoas defensoras de direitos humanos no Brasil, entre eles o de Gabriel Sales Pimenta.

155. Posteriormente, em suas alegações finais escritas, os representantes fizeram constar que alguns dos familiares de Gabriel Sales Pimenta solicitaram erigir na cidade de Marabá, no Estado do Pará, um monumento para Gabriel Sales Pimenta “e outros defensores de direitos humanos”, e realizar um filme ou documentário sobre “a vida e luta” de Gabriel Sales Pimenta.

156. O *Estado* afirmou que a execução das medidas solicitadas é “excessivamente invasiva”. Ademais, afirmou que não cometeu nenhuma violação de direitos humanos relacionada com os fatos do presente caso, de maneira que não há razão para que a Corte estabeleça as medidas solicitadas.

#### D.1. Publicação da Sentença

157. Este Tribunal, como fez em outros casos,<sup>225</sup> dispõe que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação desta Decisão, em um tamanho de letra legível e adequado: a) o resumo oficial da Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado do Pará; b) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional, e c) a presente Sentença em sua integridade, disponível por um período de pelo menos um ano, de maneira acessível ao público, mediante um *banner* de destaque localizado na página de início do sítio *web* do Governo Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Pará. O Estado deverá informar de forma imediata a este Tribunal uma vez que proceda a realizar cada uma das publicações dispostas, independentemente do prazo de um ano para apresentar o seu primeiro relatório, conforme indicado no ponto resolutivo 19 desta Sentença.

#### D.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

158. Com o fim de reparar o dano causado às vítimas, e evitar que fatos como os deste caso se repitam, especialmente levando em consideração o *chilling effect* que pode gerar o homicídio de uma pessoa defensora de direitos humanos e a impunidade em que se encontra, a Corte considera necessário ordenar ao Estado que realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, no prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença. Neste ato, deverá ser feita referência às violações de direitos humanos declaradas nos parágrafos 119 e 120 desta Sentença. Além disso, deverá realizar “um

<sup>225</sup> Cf. *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2015. Série C Nº 296, § 152, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile, supra*, § 168.

reconhecimento expresso sobre o trabalho das defensoras e defensores de direitos humanos, bem como uma condenação expressa a qualquer tipo de atentados e delitos cometidos contra elas e eles<sup>226</sup> e a respeito da obrigação de devida diligência reforçada de todas as correspondentes autoridades estatais de prevenir, investigar, processar e sancionar os responsáveis por ameaças, perseguições e homicídios de defensores/as de direitos humanos. O referido ato deverá ser levado a cabo por meio de uma cerimônia pública com a presença das vítimas declaradas nesta decisão, se assim desejarem, e de altos funcionários do Estado do Pará e do Governo Federal. Corresponderá aos Governos local e Federal definir quem será responsável por essa tarefa. Ademais, o Estado deverá convidar organizações da sociedade civil vinculadas à luta contra a violência agrária no Brasil.<sup>227</sup> A determinação da data, do local e das modalidades do ato deverão ser consultadas e acordadas previamente com as vítimas e/ou seus representantes.<sup>228</sup>

159. Além disso, a fim de contribuir a despertar a consciência para prevenir e evitar a repetição de fatos lesivos como os ocorridos no presente caso, a Corte ordena ao Estado difundir este ato através de algum meio televisivo aberto e de alcance nacional, e na rede social de um órgão estatal do Pará.<sup>229</sup>

### D.3. Atos de preservação da memória

160. No presente caso solicitou-se que se ordene ao Estado nomear duas praças públicas com o nome de Gabriel Sales Pimenta e criar um espaço público de memória no qual se valorize, proteja e resguarde o ativismo das pessoas defensoras de direitos humanos no Brasil, entre eles o de Gabriel Sales Pimenta (§ 154, *supra*).

161. A esse respeito, o Tribunal considera que os atos de preservação da memória contribuem para evitar a repetição de fatos lesivos e conservar a memória das vítimas.<sup>230</sup> Ademais, a Corte coincide com o indicado pela perita neste caso,<sup>231</sup> no sentido de que estas medidas servem, por um lado, para “preservar e celebrar” o trabalho das pessoas defensoras de direitos humanos e, por outro, possuem um potencial educativo sobre a importância de seu trabalho. No presente caso, diante do contexto de violência e impunidade relacionado com a luta pela terra no Brasil, os atos de preservação da memória têm, ademais, o papel de sensibilizar a sociedade como um todo a respeito dessa situação.

<sup>226</sup> Cf. *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 170.

<sup>227</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Reparaciones e Custas*, *supra*, § 81, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, *supra*, § 172.

<sup>228</sup> Cf. *Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C Nº 209, § 353, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, *supra*, § 173.

<sup>229</sup> Ver, por exemplo, *Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, § 445, e *Caso Pavez Pavez vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de fevereiro de 2022. Série C Nº 449, § 173.

<sup>230</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, § 273.

<sup>231</sup> Cf. Perícia de Laurel E. Fletcher de 4 de março de 2022 (expediente de prova, folha 7342).

162. Nesse sentido, a Corte ordena ao Estado, no prazo de um ano: 1) nomear, no município de Marabá, no Estado do Pará, uma praça pública com o nome de Gabriel Sales Pimenta. Além disso, em um lugar visível dessa praça, deverá ser instalada uma placa de bronze que indique o nome completo de Gabriel Sales Pimenta e explique brevemente sua vida. A esse respeito, o breve resumo biográfico deverá ser consultado e acordado previamente com as vítimas e/ou seus representantes; e 2) criar um espaço público de memória, na cidade de Belo Horizonte, com a anuência dos familiares de Gabriel Sales Pimenta, no qual se valorize, proteja e resguarde o ativismo das pessoas defensoras de direitos humanos no Brasil, entre eles o de Gabriel Sales Pimenta.

163. Finalmente, no tocante aos resumos biográficos que deverão constar nas placas, na eventualidade de que as partes não cheguem a um consenso sobre o seu conteúdo e extensão, a Corte estabelecerá o referido resumo de acordo com os fatos provados na presente sentença.

#### **D.4. Outras medidas de satisfação solicitadas**

164. A Corte considera que o proferimento da presente Sentença, somada às demais medidas ordenadas, é suficiente e adequado para remediar as violações sofridas pelas vítimas. Desse modo, não considera necessário ordenar as medidas de satisfação adicionais solicitadas pelos representantes.<sup>232</sup>

165. O Tribunal adverte que as medidas de satisfação solicitadas pelos representantes pela primeira vez em suas alegações finais escritas<sup>233</sup> não podem ser admitidas por serem extemporâneas. Em consequência, a Corte não se pronunciará a respeito.

#### **E. Garantias de não repetição**

166. A Comissão solicitou que a Corte ordene ao Estado: i) fortalecer o Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos, enfocando-se na prevenção de atos de violência contra pessoas defensoras dos direitos dos trabalhadores rurais no Brasil; ii) um diagnóstico independente, sério e efetivo da situação dos defensores de direitos humanos no contexto dos conflitos sobre terras com o objetivo de adotar medidas estruturais que permitam detectar e erradicar as fontes de risco que as/os defensores enfrentam. O diagnóstico incluiria, entre outros aspectos, uma análise sobre a distribuição desigual de terras como causa estrutural da violência, e iii) fortalecer a capacidade de investigação de crimes contra pessoas defensoras de direitos humanos.

<sup>232</sup> As demais medidas solicitadas (§ 154, *supra*) foram: i) nomear uma praça pública com o nome de Gabriel Sales Pimenta no município de Juiz de Fora, no estado de Minas Gerais; ii) instalar um busto de Gabriel Sales Pimenta nas duas praças nomeadas com o nome de Gabriel Sales Pimenta, em Juiz de Fora e Marabá; iii) Mudar o nome da escola municipal M.C.N. para Gabriel Sales Pimenta, e abster-se de nomear novos locais públicos com o nome de M.C.N.

<sup>233</sup> Essas medidas foram: i) erigir um monumento para Gabriel Sales Pimenta “e outros defensores de direitos humanos” na cidade de Marabá, e ii) produzir um filme ou documentário sobre “a vida e luta” de Gabriel Sales Pimenta.



167. Os *representantes* solicitaram que a Corte ordene ao Estado: i) criar um protocolo nacional de devida diligência para a investigação de crimes contra as pessoas defensores de direitos humanos, o qual deverá regulamentar, de forma integral, a atuação dos órgãos envolvidos na investigação de crimes contra os/as defensores(as) de direitos humanos, entre eles o Ministério Público, a Polícia e o Poder Judiciário, com o fim de alcançar uma resposta adequada, oportuna e célere. Além disso, que considere a participação da sociedade civil; ii) criar um sistema de informação sobre as violações de direitos de pessoas defensoras de direitos humanos com informações específicas e detalhadas sobre a resposta estatal; iii) criar unidades especializadas dentro dos Ministérios Públicos, em âmbito estadual e federal; iv) criar a “Comissão para enfrentar a Violência contra Defensores e Defensoras de Direitos Humanos”, que tenha uma composição plural e cujos casos e atividades sejam divulgados; v) realizar cursos de capacitação para as autoridades encarregadas de investigar violações contra as pessoas defensoras de direitos humanos sobre como realizar investigações com a devida diligência. Além disso, a fim de possibilitar a devida diligência nessas atuações, promover um curso sobre a proteção de defensores de direitos humanos, incluindo aqueles que atuam na defesa da terra. Por outro lado, os representantes apoiaram a medida de fortalecimento do Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos, solicitada pela Comissão. Em particular, solicitaram a “formalização” do referido programa como política pública, que conte com a participação da sociedade civil, e que tenha designado um “orçamento adequado e amplo para os demais estados” do Brasil.

168. O *Estado* afirmou que já existe um compromisso estatal sólido de proteger as pessoas defensoras de direitos humanos. A esse respeito, afirmou que existe uma estrutura estatal para protegê-los e combater os conflitos e a violência no campo. A saber, informou sobre: i) o Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos, Ambientalistas e Comunicadores Sociais, o qual, segundo manifestou, encontra-se em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil e a Convenção Americana, e tem como base uma política pública de Estado (Decreto nº 6.044); ii) instituições relacionadas ao “combate dos conflitos e violência no campo”, como o Instituto de Investigação Pesquisa Aplicada e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária; iii) no caso do Estado do Pará, esse estado conta com um Ouvidor sobre temas agrários,<sup>234</sup> “comissões especializadas em conflitos agrários”, cinco unidades especializadas da Polícia Civil para atender os conflitos no campo, a Comissão de Mediação de Conflitos de Terra, e o Sistema de Registro de Terras, e iv) projetos como o Sistema Nacional de Análise Balístico. Ademais, em suas alegações finais escritas, informou sobre a existência do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, o nível de execução do orçamento alocado para o Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos, bem como sua composição, a quantidade de pessoas beneficiadas e as formas como a sociedade civil participaria em sua execução.

<sup>234</sup> “Ouvidoria Agrária” em português.

### E.1. Protocolo nacional de devida diligência para a investigação dos delitos contra as pessoas defensoras de direitos humanos

169. No capítulo VIII-1 desta Sentença o Tribunal constatou que o processo penal foi paralisado em vários momentos por inércia das autoridades estatais, de maneira que chegou à conclusão de que o Brasil não empreendeu todos os esforços para permitir, em um tempo razoável, a determinação da verdade, a identificação e sanção de todos os responsáveis, incluindo sua persecução e captura para seu eventual julgamento. Além disso, a Corte observou que o presente caso se insere em um contexto de impunidade (§ 51, *supra*) que se mantém até os dias de hoje,<sup>235</sup> somado à continuidade de um contexto de violência e homicídios contra pessoas defensoras de direitos humanos, particularmente no âmbito dos conflitos rurais. A esse respeito, o perito Carlos Eduardo Gaio afirmou:

Nos últimos 20 anos de dados disponíveis, entre 2001 e 2020, o contexto de violência e assassinatos se manteve constante ou intensificou em alguns períodos. Foram documentados nesse intervalo 269 assassinatos de defensores/as do direito à terra apenas no estado do Pará, do total de 762 ativistas executados no país no mesmo período. Trata-se sem dúvida nenhuma do estado onde a vida de trabalhadores rurais e defensores de direitos humanos se encontra em maior risco.<sup>236</sup>

170. Desse modo, como já fez em outros casos,<sup>237</sup> a Corte considera necessário que, em um prazo não superior a três anos, o Estado crie e implemente, em âmbito nacional, um protocolo unificado e integral de investigação, dirigido especificamente aos crimes cometidos contra pessoas defensoras de direitos humanos, que leve em consideração os riscos inerentes ao seu trabalho. Essa iniciativa contribuirá, em última instância, com o acesso à justiça,<sup>238</sup> considerando o contexto de impunidade em que se encontram os homicídios contra pessoas defensoras de direitos humanos no Brasil (§ 51, *supra*). Para tanto, esse protocolo deverá (i) observar os princípios de devida

<sup>235</sup> Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, “as bases institucionais que dinamizaram a violência no campo no Brasil – assentadas sobre a profunda desigualdade social e econômica existentes entre áreas rurais e urbanas, assim como sobre a alta taxa de concentração fundiária, sobre a ausência de instâncias de mediação e de resolução de conflitos rurais, ou ainda em decorrência dos altos índices de impunidade ligados aos crimes contra povos tradicionais, trabalhadores rurais e pequenos agricultores – persistiram ao longo de toda trajetória do país e se mantêm firmes na contemporaneidade”. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas da Violência no Campo no Brasil: Condicionantes Socioeconômicos e Territoriais. Brasília, 2020, p.10. Disponível em [https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/200717\\_relatorio\\_institucional\\_atlas\\_da\\_violencia.pdf](https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/200717_relatorio_institucional_atlas_da_violencia.pdf) Ver, também, Perícia de Carlos Eduardo Gaio, *supra* (expediente de prova, folhas 7287 e 7295 a 7296).

<sup>236</sup> Cf. Perícia de Carlos Eduardo Gaio, *supra* (expediente de prova, folhas 7293).

<sup>237</sup> Ver, por exemplo: *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de março de 2017. Série C No 334, §§ 223 e 224; *Caso Escaleras Mejía e outros vs. Honduras*, *supra*, § 102, e *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, §§ 178 e 179.

<sup>238</sup> Cf. Perícia de Laurel E. Fletcher, *supra* (expediente de prova, folha 7343).

diligência para identificar a todos os responsáveis, e as diretrizes “que complementam e reforçam a devida diligência na investigação de violações de direitos humanos contra defensores de direitos humanos”, elaboradas pelo Relator Especial sobre a situação dos defensores dos direitos humanos, Michel Forst;<sup>239</sup> (ii) estabelecer critérios claros e uniformes de investigação; (iii) incluir parâmetros para todas as etapas das investigações; (iv) regulamentar de maneira integrada as atribuições e responsabilidades específicas do Ministério Público, da Polícia, do Poder Judiciário, dos institutos de perícia e demais órgãos envolvidos nas investigações de graves violações de direitos humanos e, ademais, deverá considerar:

- 1) O conceito de pessoa defensora de direitos humanos;
- 2) Os padrões sobre o desenvolvimento de instrumentos de investigação com devida diligência, incluindo as melhores práticas e padrões internacionais sobre devida diligência de acordo com o tipo de crime (por exemplo, execuções extrajudiciais, homicídios, tortura, ameaças, *inter alia*);
- 3) Os riscos inerentes ao trabalho de defesa dos direitos humanos no Brasil, com as especificidades regionais existentes;
- 4) O contexto no qual as defensoras e defensores de direitos humanos desenvolvem seu trabalho e os interesses que enfrentam no país e em cada região;
- 5) A existência de padrões de ameaças e todos os tipos de ações utilizadas para amedrontar, ameaçar, intimidar ou agredir defensoras e defensores de direitos humanos no exercício de suas atividades;
- 6) Critérios e técnicas de investigação para determinar se o fato delitivo possui relação com a atividade realizada pela pessoa defensora de direitos humanos;
- 7) Técnicas para investigar a existência e funcionamento de estruturas criminosas complexas na região de trabalho das defensoras e defensores, bem como uma análise de contexto de outros grupos de poder alheios ao poder público;
- 8) Técnicas para investigar autoria material e intelectual;
- 9) Perspectivas de gênero e étnica na investigação dos delitos envolvidos, eliminando estereótipos e estigma.

171. Esse protocolo deverá estar dirigido ao pessoal de administração de justiça que, de alguma maneira, possa intervir na investigação e tramitação de casos de crimes contra pessoas defensoras de direitos humanos. Ademais, deverá ser incorporado ao trabalho dos referidos funcionários através de resoluções e normas internas que obriguem sua aplicação por parte de todos os funcionários estatais.<sup>240</sup>

172. Além disso, o Estado deverá implementar, no Estado do Pará, um plano de capacitação sobre este protocolo destinado aos funcionários que participam na investigação e tramitação de casos de crimes contra pessoas defensoras de

<sup>239</sup> Cf. ONU, Relatório do Relator Especial sobre a situação dos defensores dos direitos humanos, Michel Forst. Doc. A/74/159, 15 de julho de 2019.

<sup>240</sup> Cf. *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, *supra*, § 201.

direitos humanos, bem como criar um sistema de indicadores que permitam medir a efetividade do protocolo e comprovar, de maneira diferenciada e por gênero, a diminuição substantiva da impunidade em relação aos delitos de homicídio de pessoas defensoras de direitos humanos.<sup>241</sup> Para cumprir essa obrigação, o Estado conta com um prazo de dois anos a partir da adoção do referido protocolo. Uma vez adotado, o Estado deverá remeter anualmente um relatório detalhado sobre o plano de capacitação e o sistema de indicadores durante cinco anos a partir da elaboração e remissão à Corte do primeiro relatório.<sup>242</sup>

## E.2. Política pública nacional para a proteção de pessoas defensoras de direitos humanos

173. A Corte valoriza a criação, por parte do Estado, de instituições e mecanismos relativos à proteção das pessoas defensoras de direitos humanos, em particular no Estado do Pará. Não obstante isso, este Tribunal observa com preocupação que, apesar de sua existência, o contexto de violência e vulnerabilidade dos defensores do direito à terra no Brasil permanece extremamente grave, desde a década de 1980 até os dias atuais,<sup>243</sup> e dentro desse contexto, o Estado do Pará é a região com o maior número de pessoas defensoras vítimas de homicídio ao longo dos últimos 40 anos.<sup>244</sup>

174. A esse respeito, vale recordar o manifestado durante a audiência pública pelo irmão do senhor Sales Pimenta, ao indicar que “o que queremos é que não morra mais ninguém”, “que mais nenhum advogado morra por seu trabalho em defesa das minorias”.<sup>245</sup> Além disso, conforme afirmou o perito Carlos Eduardo Gaio, as considerações sobre o contexto de violência nos dias de hoje são similares em relação a outras formas de violência, como ameaças de morte, tentativas de homicídio e agressões físicas.<sup>246</sup> Por exemplo, o referido perito informou que, apenas em 2020, além dos 18 homicídios, foram documentadas 159 ameaças de morte e 35 tentativas de homicídio no país.<sup>247</sup>

175. De outra parte, observa-se que o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos tem como primeiro marco o Decreto nº 6.044 de 2007,<sup>248</sup> que aprova a Política Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos. Posteriormente, com as diretrizes ali fixadas nasceu o referido programa em 2016,

<sup>241</sup> Cf. *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 179.

<sup>242</sup> Cf. *Caso Digna Ochoa e familiares vs. México*, *supra*, § 179.

<sup>243</sup> Cf. Memorial de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia (expediente de prova, folha 8237); memorial de *amicus curiae* apresentado pela ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais (expediente de prova, folhas 7721 e 7725); memorial de *amicus curiae* apresentado pelo Sindicato de Advogados do Brasil do estado de Minas Gerais (expediente de prova, folha 7746).

<sup>244</sup> Perícia de Carlos Eduardo Gaio, *supra* (expediente de prova, folha 7295).

<sup>245</sup> Cf. Declaração de Rafael Sales Pimenta oferecida na audiência pública de 22 de março de 2022.

<sup>246</sup> Perícia de Carlos Eduardo Gaio, *supra* (expediente de prova, folha 7295).

<sup>247</sup> Perícia de Carlos Eduardo Gaio, *supra* (expediente de prova, folha 7295).

<sup>248</sup> Cf. Perícia de Douglas Sampaio Franco durante a audiência pública do presente caso, e Decreto nº 6.044: “Política Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos”, de 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6044.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6044.htm).

através do Decreto nº 8.724.<sup>249</sup> Esse decreto foi derogado pelo Decreto nº 9.937 de 2019,<sup>250</sup> o qual sofreu novas modificações a partir do Decreto nº 10.815<sup>251</sup> de 2021.<sup>252</sup> Nesse sentido, o referido Programa atualmente recebe o nome de “Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas” e conta com um “Conselho Deliberativo do Programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas” no âmbito do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.<sup>253</sup> Esse Conselho é um órgão colegiado no qual sociedade civil conta com três representantes. Ademais, o programa “é executado através de um convênio entre o Governo Federal e os estados federados” com vigência de 36 meses e que podem ser renovados. Além disso, os estados, juntamente com o Governo Federal, aportam recursos para sua execução.<sup>254</sup>

176. Sobre o anterior, resulta preocupante que, de acordo com a informação constante nos autos, a normativa que ampara esse programa não são leis em sentido estrito, mas decretos que podem ser alterados ou revogados a qualquer momento pelo Presidente da República, o que poderia gerar falta de continuidade em sua aplicação.<sup>255</sup> Além disso, o referido Programa ostenta um baixo nível de execução orçamentária;<sup>256</sup> sua implementação não é uniforme nos distintos estados do Brasil;<sup>257</sup> possui requisitos restritivos para que pessoas defensoras de direitos humanos possam ser beneficiárias e há falta de participação paritária da sociedade civil dentro do

<sup>249</sup> Cf. Decreto nº 8.725: “Política Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos”, de 27 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8724.htm).

<sup>250</sup> Cf. Decreto nº 9.937: “Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas e Conselho Deliberativo do programa de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas no âmbito do Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos”, de 24 de julho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9937.htm#art11](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9937.htm#art11).

<sup>251</sup> Cf. Perícia de Douglas Sampaio Franco durante a audiência pública do presente caso.

<sup>252</sup> Desde então, pelo menos uma decisão (nº. 507 de fevereiro 2022) modificou o seu conteúdo. Cf. Perícia prestada por Douglas Sampaio Franco durante a audiência pública do presente caso.

<sup>253</sup> Cf. Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil em 2017*. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2018 (expediente de prova, folha 7147).

<sup>254</sup> Cf. Perícia de Douglas Sampaio Franco durante a audiência pública do presente caso.

<sup>255</sup> Cf. Memorial de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia (expediente de prova, folhas 8234 a 8235).

<sup>256</sup> Cf. Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil em 2017*. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2018 (expediente de prova, folha 7117); Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil*. Período 2018-2020/1. Curitiba: Terra de Direitos, 2020, p. 156. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Dossie-Vidas-em-Luta.pdf>; memorial de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (expediente de prova, folhas 7812 a 7814), memorial de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado de Amazonas (expediente de prova, folha 6730).

<sup>257</sup> Cf. Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil*. Período 2018-2020/1, *supra*, p.153 e 154; memorial de *amicus curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia (expediente de prova, folha 8235).

conselho deliberativo.<sup>258</sup> Sobre as restrições para que pessoas defensoras sejam beneficiárias, cabe ressaltar que o Estado afirmou o seguinte:

A metodologia de atenção do PPDDH pressupõe a remissão da demanda de inclusão da pessoa em situação de ameaça, que deve cumprir certos critérios para ser beneficiário da proteção, tais como: (a) voluntariedade na inclusão; (b) *representação de um coletivo e reconhecimento como representante legítimo desse coletivo*; e (c) relação da ameaça sofrida com as atividades do solicitante como defensor dos direitos humanos (sem ênfase no original).

177. Em função do exposto, o Estado deverá revisar e adequar seus mecanismos existentes, em particular o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas, nos âmbitos federal e estadual, para que seja previsto e regulamentado através de uma lei ordinária e tenha em consideração os riscos inerentes à atividade de defesa dos direitos humanos, levando em conta, pelo menos, os seguintes requisitos:<sup>259</sup>

a) A participação paritária de pessoas defensoras de direitos humanos, organizações da sociedade civil e especialistas na elaboração de normas que possam regulamentar o programa de proteção do grupo em questão;

b) Contar com critérios flexíveis de inclusão de beneficiários, que respondam às considerações já realizadas por este Tribunal a respeito do conceito de pessoa defensora de direitos humanos;

c) A criação de um modelo de análise de risco que permita determinar adequadamente o risco e as necessidades de proteção de cada defensor ou grupo;

d) O desenho de planos de proteção que respondam ao risco particular de cada defensor e defensora e às características de seu trabalho;

e) A promoção de uma cultura de legitimação e proteção do trabalho das defensoras e defensores de direitos humanos e

f) A provisão de recursos humanos e financeiros suficientes para responder às necessidades reais de proteção dos defensores de direitos humanos, bem como a devida execução do orçamento atribuído.

<sup>258</sup> Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil em 2017*, *supra* (expediente de prova, folha 7122).

<sup>259</sup> Cf. *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala*, *supra*, § 263, e *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua*, *supra*, § 222.

### E.3. Coleta de dados e elaboração de estatísticas

178. O Tribunal considera que é necessário coletar informação integral sobre a violência sofrida por pessoas defensoras de direitos humanos no Brasil, de modo a dimensionar a magnitude real deste fenômeno e elaborar estratégias e políticas públicas para prevenir e erradicar novos atos de violência. Nesse sentido, como fez em outros casos,<sup>260</sup> a Corte ordena ao Estado elaborar e implementar, em um prazo de dois anos, através do órgão estatal correspondente, um sistema nacional de coleta de dados e cifras relacionados a casos de violência contra as pessoas defensoras de direitos humanos, com o fim de avaliar com precisão e de maneira uniforme o tipo, a prevalência, as tendências e as pautas da violência contra as pessoas defensoras de direitos humanos, detalhando os dados por estado, origem étnica, militância, gênero e idade. Ademais, deverá especificar a quantidade de casos que foram efetivamente judicializados, identificando o número de acusações, condenações e absolvições. Essa informação deverá ser difundida anualmente pelo Estado através do relatório correspondente, garantindo seu acesso a toda a população, e deverá garantir a reserva de identidade das vítimas. Para tanto, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório anual durante cinco anos a partir da implementação do sistema de coleta de dados, indicando as ações realizadas para esse fim.

### E.4. Mecanismo para reabertura de processos judiciais

179. No caso *sub judice*, assim como em outros casos a respeito do Brasil,<sup>261</sup> a Corte pode notar a persistência de uma situação de impunidade devido à falta de devida diligência das autoridades judiciais na determinação das respectivas responsabilidades penais em um prazo razoável, o que definitivamente contribuiu para a declaração da prescrição nos processos penais. Desse modo, não foram esclarecidas por completo as circunstâncias em que ocorreram os fatos e os responsáveis não foram identificados ou sancionados.

180. Em virtude do anterior, sem prejuízo da obrigação das autoridades estatais de cumprir as sentenças deste Tribunal<sup>262</sup> e de realizar o respectivo controle de convencionalidade no âmbito de sua competência, o Tribunal considera pertinente ordenar ao Estado que crie, à luz das melhores práticas existentes na matéria,<sup>263</sup> no

<sup>260</sup> Cf. *Caso Azul Rojas Marín e outra vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de março de 2020. Série C Nº 402, § 252, e *Caso Vicky Hernández e outras vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de março de 2021. Série C Nº 422, § 179.

<sup>261</sup> Ver, por exemplo, *Caso Herzog e outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de março de 2018. Série C Nº 353, §§ 311 a 312; *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesús e seus familiares vs. Brasil, supra*, §§ 230 a 231, e *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil, supra*, §§ 121 a 123.

<sup>262</sup> Artigo 68 da Convenção Americana.

<sup>263</sup> Alguns países da região contam com certos tipos de mecanismos que permitem reabrir processos judiciais com sentença definitiva, com base em decisões de organismos internacionais. Por exemplo, na Colômbia, o Código de Procedimento Penal (Lei nº 906 de 2004) afirma em seu artigo 192 que a ação de revisão procede "(...) Quando depois da decisão em processos por violações de direitos humanos ou infrações graves ao Direito Internacional Humanitário, se estabeleça mediante decisão de uma instância

prazo de três anos, um mecanismo que permita a reabertura de investigações e processos judiciais, inclusive naqueles em que tenha ocorrido a prescrição, quando, em uma sentença da Corte Interamericana, se determine a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento da obrigação de investigar violações de direitos humanos de forma diligente e imparcial.

### E.5. Outras garantias de não repetição solicitadas

181. A Corte considera que o proferimento da presente Sentença, bem como as demais medidas ordenadas, é suficiente e adequado para remediar as violações sofridas pelas vítimas. Desse modo, não considera necessário ordenar as medidas adicionais em matéria de garantias de não repetição solicitadas pelos representantes.<sup>264</sup>

---

internacional de supervisão e controle de direitos humanos, a respeito da qual o Estado colombiano aceitou formalmente a competência, um descumprimento protuberante das obrigações do Estado de investigar séria e imparcialmente tais violações. Nesse caso não será necessário provar a existência de fato novo ou prova não conhecida no momento dos debates [judiciais]". (disponível em [https://leis.co/codigo\\_de\\_procedimiento\\_penal/192.htm](https://leis.co/codigo_de_procedimiento_penal/192.htm)) No Peru, por sua vez, o artigo 123 do Código Processual Constitucional prevê que as "decisões dos organismos jurisdicionais, a cuja competência o Estado peruano tenha se submetido expressamente, não requerem, para sua validade e eficácia, de reconhecimento, revisão, ou de nenhum exame prévio. Estas decisões são comunicadas pelo Ministério de Relações Exteriores ao Presidente do Poder Judiciário, quem, por sua vez, as remete ao Tribunal onde se esgotou a jurisdição interna e dispõe sua execução por parte do juiz competente, de acordo com o previsto nas leis que regulamentam o procedimento de execução de sentenças proferidas por tribunais supranacionais". (disponível em <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegais/novo-codigo-processual-constitucional-ley-no-31307-1975873-2/>). No continente europeu também se observa que o ordenamento jurídico de alguns países, como Espanha e França, por exemplo, contêm disposições que permitem o reexame de uma sentença penal definitiva em razão de uma sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Nesse sentido, o artigo 5 bis da Lei Orgânica do Poder Judiciário Espanhol dispõe que "[s]e poderá interpor recurso de revisão perante o Tribunal Supremo contra uma Decisão judicial definitiva, em observância das normas processuais de cada ordem jurisdicional, quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarar que esta decisão foi proferida em violação de algum dos direitos reconhecidos no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e seus Protocolos, sempre que a violação, por sua natureza e gravidade, produza efeitos que persistam e não possam cessar de nenhum outro modo que não seja mediante esta revisão" (disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>). Nesse sentido, o artigo 622-1 do Código de Procedimento Penal Francês estabelece a possibilidade de se pedir "o reexame de uma sentença penal definitiva em benefício de qualquer pessoa declarada culpada de um delito quando se desprenda de uma sentença proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]". (disponível em [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006138099/#LEGISCTA000029122011](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006138099/#LEGISCTA000029122011)). Além disso, o Código de Procedimento Alemão estabelece em seu artigo 359 que a "reabertura do processo concluído por sentença definitiva será admissível a favor do condenado", entre outros: "se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou que houve uma violação do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais ou de seus Protocolos e a sentença se baseou nessa violação". Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html).

<sup>264</sup> As demais medidas solicitadas (§ 167, *supra*) foram: i) criar unidades especializadas dentro dos Ministérios Públicos, em âmbito estadual e federal, ii) criar a "Comissão para enfrentar a violência contra Defensores e Defensoras de Direitos Humanos" que tenha uma composição plural e cujos casos e atividades sejam divulgados, e iii) um diagnóstico independente, sério e efetivo da situação dos defensores de direitos humanos no contexto dos conflitos sobre terras.



## F. Indenizações compensatórias

### F.1. Dano material e imaterial

182. Neste capítulo a Corte analisará de forma conjunta os danos materiais e imateriais.

183. A *Comissão* solicitou que a Corte ordene ao Estado do Brasil pagar uma indenização pecuniária que inclua os danos materiais e imateriais causados.

184. Os *representantes* solicitaram à Corte ordenar ao Estado o pagamento às supostas vítimas de uma soma determinada em equidade pelo Tribunal a título de dano material. Indicaram que, ao longo da tramitação dos processos realizaram diversas viagens para poder participar nestes atos e contrataram pessoas advogadas. Ademais, solicitaram que, em virtude do impacto emocional causado, o sofrimento, sensação de impotência e demais consequências emocionais geradas pela falta de justiça, o Estado pague a cada uma das supostas vítimas uma soma a título de dano imaterial determinada em equidade pela Corte.

185. O *Estado* afirmou que carece de responsabilidade internacional pela violação dos artigos da Convenção, de modo que não lhe corresponde reparar as supostas vítimas. Afirmou que, na eventualidade de que seja declarado responsável, o Tribunal analise a medida solicitada com base na prova “efetivamente produzida” e que conste nos autos.

186. Este *Tribunal* desenvolveu em sua jurisprudência que o conceito de dano material supõe a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados em razão dos fatos e as consequências de natureza pecuniária que tenham nexos causal com os fatos do caso.<sup>265</sup> Além disso, estabeleceu em sua jurisprudência que o dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados pela violação, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, bem como qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de existência das vítimas ou de suas famílias.<sup>266</sup> Por outro lado, dado que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, apenas pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, mediante o pagamento de uma quantia de dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos justos.<sup>267</sup>

187. Quanto a dano material, a Corte adverte que, pese a que não foram apresentados comprovantes de gastos, é razoável presumir que os familiares de Gabriel Sales Pimenta, em particular sua mãe, Maria da Glória Sales Pimenta, e seu irmão, Rafael Sales Pimenta, incorreram, respectivamente, em diversos gastos com

<sup>265</sup> Cf. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, § 43, e *Caso Pavez vs. Chile, supra*, § 192.

<sup>266</sup> Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, § 84, e *Caso Pavez vs. Chile, supra*, § 197.

<sup>267</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Reparações e Custas, supra*, § 53, e *Caso Pavez vs. Chile, supra*, § 197.

motivo de sua participação na demanda de indenização por danos morais (§ 70, *supra*), no processo penal (§§ 62 a 68, *supra*) e no procedimento tramitado perante o Conselho Nacional de Justiça (§ 69, *supra*). Portanto, a Corte decide fixar uma compensação em equidade, a título de dano material, correspondente a USD\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Maria da Glória Sales Pimenta, a qual deverá ser entregue a seus herdeiros, nos termos previstos no regime sucessório vigente no Brasil; USD\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Rafael Sales Pimenta, e USD\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada um dos demais irmãos de Gabriel Sales Pimenta.<sup>268</sup>

188. Além disso, em atenção às circunstâncias do presente caso, a importância, natureza e gravidade das violações cometidas, os sofrimentos indicados (§§ 126 a 133, *supra*), e o tempo transcorrido desde o momento dos fatos, a Corte considera adequado ordenar o pagamento de uma indenização a título de dano imaterial a favor dos familiares de Gabriel Sales Pimenta, que incluirá o montante indenizatório em virtude da impossibilidade de reabertura da investigação penal sobre o homicídio do senhor Sales Pimenta. Em consequência, o Tribunal dispõe, em equidade, que o Estado deve conceder, por dano imaterial, uma indenização de USD\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor da senhora Maria da Glória Sales Pimenta, e de USD\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do senhor Geraldo Gomes Pimenta, somas que deverão ser entregues aos seus herdeiros, nos termos previstos no regime sucessório vigente no Brasil, e uma indenização de USD\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada um dos irmãos<sup>269</sup> de Gabriel Sales Pimenta declarados como vítimas na presente Sentença (§ 139, *supra*).

### G. Custas e gastos

189. Os *representantes* solicitaram à Corte que determine ao Estado o pagamento das seguintes quantias incorridas pelas organizações que atuaram na defesa das vítimas, a título de custas e gastos: i) USD\$ 15.698,14 (quinze mil, seiscentos e noventa e oito dólares dos Estados Unidos da América e quatorze centavos) a título de viagens, reuniões, cópias de documentos e honorários, a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, e ii) USD\$ 5.044,80 (cinco mil e quarenta e quatro dólares dos Estados Unidos da América e oitenta centavos) a título de viagens, reuniões e honorários a favor da Comissão Pastoral da Terra. Além disso, indicaram que o Estado deverá cobrir os gastos futuros que serão originados na etapa de cumprimento da Sentença nos âmbitos nacional e internacional. Ademais, solicitaram à Corte poder apresentar posteriormente as cifras e comprovantes atualizados dos gastos incorridos durante

<sup>268</sup> A soma devida a José Sales Pimenta deverá ser entregue aos seus herdeiros, nos termos previstos pelo regime jurídico de sucessões vigente no Brasil.

<sup>269</sup> A soma devida a José Sales Pimenta deverá ser entregue aos seus herdeiros, nos termos previstos pelo regime jurídico de sucessões vigente no Brasil.

o trâmite perante a Corte, e que a Sentença se preveja uma quantia para os gastos da etapa de supervisão de cumprimento da Sentença.

190. Com posterioridade à apresentação do escrito de petições e argumentos, os representantes informaram sobre os gastos incorridos pelas organizações que atuaram na defesa das vítimas, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional e a Comissão Pastoral da Terra, entre abril de 2021 e abril de 2022. A este respeito, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional indicaram haver incorrido em um gasto total de USD\$ 12.595,42 (doze mil quinhentos e noventa e cinco dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e dois centavos) relacionados à apresentação do escrito de petições e argumentos e escritos posteriores, como as observações às exceções preliminares apresentadas pelo Estado; a preparação das audiências celebradas no presente caso; a coleta de declarações; a apresentação de perícias e as correspondentes traduções, e honorários. Sobre este último aspecto, destacaram que o “trabalho de defesa” incluiu uma estratégia de comunicação consistente em divulgar à sociedade civil informação relativa ao caso, resgatando a memória de Gabriel Sales Pimenta e seu importante trabalho de defesa na luta pela terra, e dar publicidade à audiência pública celebrada no presente caso. Quanto à Comissão Pastoral da Terra, afirmaram haver incorrido em um gasto total de USD\$ 2.616,65 (dois mil seiscentos e dezesseis dólares dos Estados Unidos da América e sessenta e cinco centavos) relativos a viagens, reuniões e honorários de dois advogados contratados em janeiro e abril de 2022.

191. Em suma, os representantes solicitaram o pagamento de USD\$ 28.293,56 (vinte e oito mil duzentos e noventa e três dólares dos Estados Unidos da América e cinquenta e seis centavos) a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, e de USD\$ 7.661,45 (sete mil seiscentos sessenta e um dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e cinco centavos) a favor da Comissão Pastoral da Terra.

192. O *Estado* solicitou à Corte que apenas leve em consideração os montantes solicitados, a documentação que os comprova e a relação direta entre o pedido e as circunstâncias do caso. Requereu, ademais, que o Tribunal “verifique objetivamente o trabalho que foi realizado em conjunto pelas petionárias e pelo qual se pretende reembolso de custas – elaboração do EPAP e das alegações finais escritas, para que não haja sobreposição de ressarcimentos com ônus desproporcional sobre o erário brasileiro”. Por outro lado, o Brasil afirmou que, quanto aos gastos com honorários e viagens, não existiria uma vinculação exclusiva ou específica entre o trabalho dos colaboradores do Centro pela Justiça e o Direito Internacional e o presente caso, de modo que essa organização teria estabelecido unilateralmente percentuais aproximados de atividade para atribuí-los ao caso, e os gastos de viagem elencados, cujo reembolso se solicita, não pareceriam estar relacionados exclusivamente ao trabalho do Centro pela Justiça e o Direito Internacional no presente caso. Por último, aduziu que os gastos relacionados a “comunicação” não deveriam ser trasladados ao Estado, uma vez que não são essenciais para o trâmite do caso.

193. A Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência, as custas e gastos formam parte do conceito de reparação, uma vez que as atividades realizadas pelas

vítimas com o fim de obter justiça, tanto no âmbito nacional como internacional, implicam gastos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória. Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente o seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como aqueles gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.<sup>270</sup>

194. Este Tribunal indicou que “as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de solicitações e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões se atualizem, em momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte”.<sup>271</sup> Além disso, a Corte reitera que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas é necessário que as partes formulem uma argumentação que relacione a prova ao fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados desembolsos econômicos, sejam estabelecidos com clareza os objetos de despesa e sua justificação.<sup>272</sup>

195. Da análise dos montantes solicitados pelos representantes e os comprovantes de gastos apresentados, a Corte dispõe fixar em equidade os seguintes pagamentos a título de custas e gastos: USD\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, e USD\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a favor da Comissão Pastoral da Terra. Estas quantias devem ser pagas diretamente ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional e à Comissão Pastoral da Terra, respectivamente.

196. Finalmente, no que tange ao alegado pelos representantes de que o Estado deverá cobrir os gastos futuros relativos à etapa de cumprimento da Sentença nos âmbitos nacional e internacional, e o pedido de que esta Corte preveja uma quantia para os gastos na etapa de supervisão de cumprimento da Sentença, como já decidiu em outros casos,<sup>273</sup> este Tribunal determina que, na etapa de supervisão do cumprimento da presente Sentença, poderá dispor que o Estado reembolse às vítimas ou seus representantes os gastos razoáveis que venham a incorrer nessa etapa processual.

<sup>270</sup> Cf. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, §§ 82, e 244, e *Caso Pavez vs. Chile*, supra, § 200.

<sup>271</sup> Cf. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*, supra, § 79, e *Caso Pavez vs. Chile*, supra, § 201.

<sup>272</sup> Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiguez vs. Equador. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, § 277, e *Caso Pavez vs. Chile*, supra, § 201.

<sup>273</sup> Cf. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C Nº 217, § 29, e *Caso Pavez vs. Chile*, supra, § 202.

## H. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

197. O Estado deverá realizar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas e organizações indicadas na mesma, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, sem prejuízo de que possa adiantar o pagamento completo em um prazo menor, nos termos dos parágrafos seguintes. No tocante às indenizações fixadas a favor do senhor Geraldo Gomes Pimenta, da senhora Maria da Glória Sales Pimenta, e do senhor José Sales Pimenta, o Estado deverá pagá-las a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Decisão.

198. Caso outros beneficiários venham a falecer antes de que lhes seja entregue as respectivas indenizações, estas serão pagas diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.

199. O Estado deverá cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio de mercado publicado ou calculado por uma autoridade bancária ou financeira pertinente, na data mais próxima ao dia do pagamento.

200. Caso, por motivos atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus sucessores não seja possível o pagamento da quantia determinada dentro do prazo indicado, o Estado consignará esses montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira brasileira solvente, em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, e nas condições financeiras mais favoráveis permitidas pela legislação e prática bancárias. Caso esse montante não seja reclamado depois de transcorridos dez anos, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros auferidos.

201. As quantias atribuídas na presente Sentença como medidas de reparação ao dano e como reembolso de custas e gastos deverão ser entregues de forma integral, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.

202. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre o montante devido, correspondente ao juro bancário moratório na República Federativa do Brasil.

## X.

### PONTOS RESOLUTIVOS

Portanto,

**A CORTE**

## DECIDE:

Por unanimidade,

1. Rejeitar a exceção preliminar *ratione temporis*, de acordo com os parágrafos 20 a 22 da presente Sentença.

2. Rejeitar a exceção preliminar sobre falta de esgotamento dos recursos internos, de acordo com os parágrafos 26 a 28 da presente Sentença.

3. Rejeitar a exceção preliminar relativa à “quarta instância”, de acordo com os parágrafos 32 e 33 da presente Sentença.

## DECLARA:

Por unanimidade, que:

4. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação à obrigação de respeito e garantia dos direitos, estabelecida no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Geraldo Gomes Pimenta, Maria da Glória Sales Pimenta, Sérgio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, José Sales Pimenta, Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta. Ademais, o Estado violou o direito à verdade em detrimento dos referidos familiares de Gabriel Sales Pimenta. Todo o anterior, nos termos dos parágrafos 82 a 121 da presente Sentença.

5. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Geraldo Gomes Pimenta, Maria da Glória Sales Pimenta, Sérgio Sales Pimenta, Marcos Sales Pimenta, José Sales Pimenta, Rafael Sales Pimenta, André Sales Pimenta e Daniel Sales Pimenta, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 125 a 134 da presente Sentença.

## E DISPÕE:

Por unanimidade, que:

6. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

7. O Estado criará um grupo de trabalho nos termos dos parágrafos 145 a 147 desta Sentença.

8. O Estado oferecerá tratamento psicológico e/ou psiquiátrico aos irmãos do senhor Sales Pimenta, nos termos dos parágrafos 151 e 152 da presente Sentença.

9. O Estado realizará as publicações indicadas no parágrafo 157 desta Sentença, no prazo de seis meses contados a partir da notificação da mesma.

10. O Estado realizará um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos deste caso, nos termos dos parágrafos 158 e 159 desta Sentença.

11. O Estado nomeará uma praça pública no município de Marabá, no Estado do Pará, com o nome de Gabriel Sales Pimenta, nos termos os parágrafos 162 e 163 da presente Sentença.

12. O Estado criará um espaço público de memória na cidade de Belo Horizonte, no estado de Minas Gerais, nos termos do parágrafo 162 da presente Sentença.

13. O Estado criará e implementará um protocolo para a investigação dos crimes cometidos contra pessoas defensoras de direitos humanos e um sistema de indicadores que permita medir a efetividade do protocolo, nos termos dos parágrafos 170 a 172 da presente Sentença.

14. O Estado realizará um plano de capacitação sobre o referido protocolo de investigação destinado aos funcionários que possam vir a participar na investigação e tramitação de casos de crimes contra pessoas defensoras de direitos humanos, nos termos do parágrafo 172 da presente Sentença.

15. O Estado revisará e adequará seus mecanismos existentes, em particular o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos, Comunicadores e Ambientalistas, nos termos do parágrafo 177 da presente Sentença.

16. O Estado elaborará e implementará um sistema nacional de coleta de dados e cifras relacionados a casos de violência contra pessoas defensoras de direitos humanos, nos termos do parágrafo 178 da presente Sentença.

17. O Estado criará um mecanismo que permita a reabertura de processos judiciais, nos termos do parágrafo 180 da presente Sentença.

18. O Estado pagará as quantias fixadas nos parágrafos 187, 188 e 195 da presente Sentença a título de indenização por dano material e dano imaterial, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 197 a 202 da presente Decisão.

18. O Estado deve, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para cumprir a mesma.

20. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

Redigida em espanhol, em San José, Costa Rica, em 30 de junho 2022.

Corte IDH. *Caso Sales Pimenta vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2022. Sentença proferida em San José, Costa Rica.

RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE  
Presidente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

NANCY HERNÁNDEZ LÓPEZ

VERÓNICA GÓMEZ

PATRICIA PÉREZ GOLDBERG

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI  
Secretario

Comunique-se e execute-se,

Ricardo C. Pérez Manrique  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario







Detalhe da imagem da capa

# Noticiário







## PGJ recebe a visita da Consultora Jurídica do Prêmio Innovare

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, recebeu, na manhã do dia 27/04, a visita da consultora jurídica do Prêmio Innovare, Viviane de Farias Machado.

Durante o encontro, o PGJ ressaltou a importância do Prêmio Innovare e lembrou que o MPRJ teve duas práticas premiadas e uma homenageada. Em 2011, com o “Prohomen - Programa de Resolução Operacional de Homicídios para a Meta Enasp (Estratégia Nacional de Segurança Pública)” e outra em 2008, com o “Módulo Criança e Adolescente: contribuindo para remover a pedra do meio do caminho”. Em 2010, o “PIV - Programa de Identificação de Vítimas” foi homenageado na categoria Ministério Público e transformou-se em referência nacional.

Criado por meio da Resolução GPGJ nº 1.716/2012 (alterada pela Resolução GPGJ nº 2.202/2018), o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID/MPRJ) integra o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos

(Sinalid) e tem por objetivo localizar pessoas vítimas de circunstâncias que importem na perda permanente ou transitória de contato familiar (desaparecidas), bem como identificar pessoas localizadas em situações indicativas de desaparecimento e tráfico de seres humanos, entre outras.



## MPRJ participa de Encontro Internacional de Cibercrimes realizado na Argentina

No dia 12/05, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou do Encontro Internacional de Cibercrimes, realizado na Universidade de Buenos Aires, na Argentina. Promovido pelo Ministério Público Fiscal de Buenos Aires, o evento reuniu especialistas em crimes cibernéticos de vários países para compartilhar experiências e discutir tecnologias inovadoras nas investigações em ambientes digitais. A oficina das Nações Unidas contra a Droga e o Delito (ONU) e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos também participaram da organização.

Luciano Mattos fez uma exposição no painel de abertura do evento, que reuniu Procuradores-Gerais da República e de Justiça de quatro países da América do Sul em torno da cooperação internacional em investigações de crimes cibernéticos. O PGJ compôs a mesa com o Procurador-Geral de Buenos Aires, Juan Bautista Mahiques; o Procurador-Geral da Colômbia, Francisco Barbosa Delgado; o Procurador-Geral do Chile, Ángel Valencia Vásquez e o Procurador-Geral de Justiça do Ceará, Manuel Pinheiro. O painel foi moderado pela coordenadora regional de cibercrimes da ONU, Mariana Kiefer.

Entre os temas abordados nas exposições dos Procuradores neste primeiro painel estão os desafios de investigações complexas no ciberespaço, técnicas especiais de investigação, mudanças nas legislações, mecanismos de cooperação entre estados e com o setor privado. Luciano Mattos focou nos dispositivos existentes de cooperação internacional e na importância de aperfeiçoar a legislação para que se adapte ao cenário atual, onde condutas no espaço cibernético cada vez mais provocam danos individuais e à sociedade. Nessa perspectiva, lembrou que o MPRJ e o MPF de Buenos Aires firmaram, no dia 17/04, um convênio para a cooperação em atividades relacionadas ao combate à cibercriminalidade.

O Procurador-Geral de Buenos Aires, Juan Bautista Mahiques, lembrou que a perseguição de crimes cibernéticos desafia as fronteiras físicas dos Estados e demanda soluções inovadoras do sistema de Justiça. Segundo ele, “é indispensável a cooperação internacional entre as jurisdições e dotar as instituições com as mesmas ferramentas que a criminalidade organizada digital detém”. Juan Mahiques também pontuou: “É preciso debater, flexionar, compartilhar experiências. E é motivo de grande orgulho fazer isso com Procuradores-Gerais da Colômbia, Chile, Brasil, e com participação de colegas de todo o país”.

O segundo painel do evento tratou de apresentar tendências nas investigações de crimes digitais e a utilização de ferramentas modernas. Nessa esteira, falaram sobre a coleta e o tratamento da evidência digital no sistema penal acusatório e seus limites. Por fim, discutiram casos reais de investigações internacionais, em especial o “caso Encrochat”. O terceiro e último painel foi dividido em duas partes e trouxe seis especialistas de áreas diversas para exposições sobre todas as formas de crimes cibernéticos. Na primeira parte, trataram de ciberataques de informática, fraudes e o uso de criptomoedas em crimes, avançaram sobre as questões práticas de segurança em aplicativos, especialmente o WhatsApp e concluíram sobre crimes sexuais no ambiente virtual. A segunda parte tratou da chamada “cibercriminalidade social”, que abrange a difusão de imagens íntimas sem autorização, o *stalking* e o uso não autorizado de dados pessoais.

O Procurador-Geral de Justiça e o Chefe de Gabinete do MPRJ, David Francisco de Faria, haviam sido recebidos, no dia 11/05, na sede do Ministério Público Fiscal, localizado em Buenos Aires. Na ocasião, Luciano Mattos agradeceu “a retribuição da recepção pelo fiscal general Juan Mahiques nesse importante intercâmbio de ações e iniciativas que auxiliarão no combate ao crime nos dois países”. Além do PGJ e do Chefe de Gabinete, entre os participantes da reunião, na sede em Buenos Aires estavam: o presidente da Associação Internacional de Procuradores-Gerais e Procurador-Geral de Buenos Aires, Juan Bautista Mahiques; o Juiz do Tribunal Superior de Justiça de Buenos Aires, Santiago Otamendi; o Procurador-Geral da Província de San Luis, Luis Martínez; a Secretária-Geral de Relações Institucionais do MP de Buenos Aires, María Sol Purita, entre outros integrantes do gabinete de Relações Internacionais do MP local.





## **MPRJ participa da assinatura do Plano Estadual de Reordenamento do Serviço de Acolhimento Institucional para Jovens e Adultos com Deficiência**

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou, no dia 18/05, da solenidade de assinatura do Plano Estadual de Reordenamento do Serviço de Acolhimento Institucional para Jovens e Adultos com Deficiência, no Palácio Guanabara, em Laranjeiras, junto com o Governador Cláudio Castro e a Secretária de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos do Estado, Rosângela Gomes. O plano tem por base a implementação de Residências Inclusivas, unidades que ofertam Serviço de Acolhimento Institucional, no âmbito da Proteção Social Especial de Alta Complexidade do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), para jovens e adultos com deficiência, em situação de dependência, que não disponham de condições de autossustentabilidade ou de retaguarda familiar.

Serão abertas 17 novas Residências Inclusivas, cada uma com capacidade para 10 pessoas. O objetivo é a promoção dos direitos e liberdade das pessoas com deficiência, garantindo a elas inclusão social, cidadania, bem como espaço que ofereça proteção e cuidado adequado.

“Estamos realizando esse plano, e isso só foi possível pelo trabalho conjunto do Governo, do MPRJ e da PGE. Esse é um tema de extrema importância tanto que foi criada uma força-tarefa voltada para o assunto no MPRJ. Retorno aqui hoje para acompanhar esse belíssimo trabalho e gostaria de agradecer o apoio da minha equipe

do MPRJ, das procuradorias e de toda a estrutura do estado”, pontuou Luciano Mattos. O Governador, por sua vez, afirmou que tem a pauta da pessoa com deficiência como uma das prioridades. “Nós temos a obrigação de possibilitar uma vida mais digna e acessível a essas pessoas. Temos que dar a oportunidade de autonomia e proporcionar a elas uma maior acessibilidade”, ressaltou Castro.

Pelo MPRJ, também participaram da reunião as Promotoras de Justiça Bárbara Pereira Visentin e Carolina Maria Gurgel Senra, Coordenadora da Força-Tarefa criada pela Resolução GPGJ nº 2.464, de 31 de março de 2022, para atuar no processo de desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos e adultos com deficiência (FT-DESINST). “A Força-Tarefa expediu a Recomendação nº 001/22 no sentido da regularização do serviço de acolhimento institucional nos abrigos estaduais, em cumprimento à Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/15), a qual vem sendo acolhida pelo Estado, sendo a assinatura do Plano um importante avanço rumo ao resguardo dos direitos humanos de pessoas com deficiência institucionalizadas por longo período e apartadas do convívio social”, declarou a Promotora de Justiça Carolina Senra.

Entre outros presentes, estavam o Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rafael Rolim; a Presidente da Fundação para a Infância e Adolescência (FIA), Fernanda Lessa Rodrigues; o Subsecretário de Gestão do SUAS, Pedro Jarbas Merlo Junior; a Superintendente de Assistência Social Especial, Leticia Guimaraes da Silva, a Diretora do Abrigo Oswaldo Aranha, Maria das Dores Oliveira e a Diretora do Abrigo Almir Madeira, Patrícia Saad Fernandes de Oliveira.

“Nós fizemos um trabalho conjunto, estruturamos um programa de reorganização e abrigo para os milhares de jovens assistidos que foram, infelizmente, abandonados pelos seus familiares. São jovens que vieram desde a fase introdutória da vida, muitos deles abusados sexualmente. Hoje nós lembramos o Dia Internacional de Combate à Violência Sexual, o que nos recorda das inúmeras dificuldades que ainda temos que enfrentar nesses abrigos a fim de que possamos melhor atender esse público, a exemplo da reestruturação do Sistema Único de Assistência Social por meio de ações conjuntas com toda a mesa aqui presente”, disse a Secretária Rosângela Gomes.



## **Luciano Mattos é reempossado como vice-presidente do CNPG na Região Sudeste**

Em sua 4ª Reunião Ordinária, realizada em 31/05 na sede do Ministério Público Militar, em Brasília, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (CNPG) deu posse aos vice-presidentes e presidentes das Comissões/Grupos Temáticos do Conselho. Na ocasião, o CNPG reempossou o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Luciano Mattos, como vice-presidente do CNPG para a Região Sudeste e o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Marfan Martins Vieira, como presidente do Grupo Nacional de Acompanhamento Legislativo do Conselho.

Luciano Mattos declarou estar honrado com o reconhecimento do colegiado e acrescentou: “Com a confiança do presidente César Mattar Jr., darei prosseguimento ao trabalho já desenvolvido na Região Sudeste, contando com a parceria dos Procuradores-Gerais de Justiça da região”. Também tomaram posse como vice-presidentes: do Ministério Público da União, o PGJ do Distrito Federal, Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur; do Norte, o PGJ do Tocantins, Luciano Cesar Casarotti;

do Nordeste, o PGJ do Sergipe, Manoel Cabral Machado Neto; do Centro-Oeste, o PGJ do Mato Grosso, Deosdete Cruz Junior e do Sul, o PGJ de Santa Catarina, Fabio de Souza Trajano.

Além de Marfan Martins Vieira, como presidentes de Comissões e Grupos Temáticos também tomaram posse o PGJ de São Paulo, Mario Luiz Sarrubo, como presidente do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCO); o PGJ do Amazonas, Alberto Rodrigues Nascimento Júnior, assumindo o Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH); o PGJ do Mato Grosso do Sul, Alexandre Magno Benites, como presidente do Grupo Nacional de Defesa do Patrimônio Público e do Grupo Nacional da Temática Eleitoral; o PGJ do Acre, Danilo Lovisaro, na gestão do Grupo de Apoio Criminal; o PGJ do Distrito Federal, George Carlos Fredderico Moreira Seigneur, assumindo o Grupo Nacional de Tecnologia da Informação; o ex-PGJ de Santa Catarina e futuro conselheiro do CNMP Fernando Comin para o Grupo Nacional de Acompanhamento Processual (GNP); o PGJ do Piauí, Cleandro Alves de Moura, permanecendo no Grupo Nacional de Defesa do Consumidor; a PGJ do Espírito Santo, Luciana Andrade, como presidente do Grupo Nacional de Execução Penal.

### **Temas abordados no encontro**

Figuram entre os assuntos administrativos tratados no encontro a aprovação da Ata da Reunião Ordinária do último 11 de maio em Teresina; a Reunião Extraordinária que acontecerá no próximo dia 28 de junho em Fortaleza, com a presença dos Procuradores-Gerais do Panamá, de Minnesota e de Buenos Aires; a Reunião Extraordinária do dia 3 de agosto, que ocorrerá em Ouro Preto e o calendário de reuniões ordinárias, entre diversas outras questões.

No que tocam os demais assuntos abordados, destacam-se o debate do projeto voltado para investigações criminais envolvendo o uso de combustíveis, a proposta da Comissão de Cibersegurança, com o objetivo de estabelecer uma Política Nacional de Segurança Cibernética para o MP brasileiro e, também, a aplicação de ferramentas de Inteligência Artificial no ambiente institucional. Também se tratou da Lei que institui a Política Antimanicomial no Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

A abertura do encontro foi realizada pelo presidente do CNPG, Procurador-Geral de Justiça do Pará, César Mattar Jr., que agradeceu as presenças. A mesa de abertura também foi composta pelo Procurador-Geral da República, Augusto Aras, e a Procuradora de Justiça Eunice Carvalhido, chefe de gabinete da PGR. Também esteve presente o PGJ do Ministério Público Militar, Antônio Duarte. O PGR parabenizou o presidente do CNPG por sua gestão e ressaltou o papel do Conselho. “O CNPG aglutina para além do CNMP todos os MPs, buscando uma legitimidade substancial e material para a Instituição.”



## MPRJ inaugura Núcleo de Apoio às Vítimas

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, inaugurou, no dia 05/06, a estrutura que abrigará o Núcleo de Apoio às Vítimas (NAV/MPRJ), inserida no âmbito da Coordenadoria de Promoção dos Direitos das Vítimas (CPDV/MPRJ). O espaço, que funcionará no 3º andar do edifício-sede do MPRJ, foi idealizado para proteger e garantir apoio humanizado às vítimas de infrações penais, atos infracionais, desastres naturais, calamidades públicas e graves violações de Direitos Humanos, e de seus familiares.

Por ocasião do evento, Luciano Mattos ressaltou que a intenção é expandir o atendimento do NAV para todo o Estado do Rio de Janeiro. “Desde o início de 2021, o MPRJ tem a preocupação com a promoção dos direitos das vítimas. Por isso, criamos o NAV com o objetivo de acolher essas pessoas para que elas possam receber informações adequadas e encaminhamento aos atendimentos necessários”, pontuou o PGJ.

No decorrer da apresentação do NAV, a Coordenadora do Núcleo, a Procuradora de Justiça Patrícia Glioche, falou sobre a estrutura e a importância do atendimento. “O

MPRJ, seguindo uma tendência internacional, se abre com o olhar diferenciado para as vítimas, para evitarmos a revitimização e mais sofrimento pela situação. Queremos estender a mão à vítima e possibilitar que ela exerça todos os seus direitos. O NAV vai contribuir não só para que a vítima tenha esse conhecimento e esse direito zelado, mas também na capacitação da rede pública para conhecer e reconhecer uma vítima quando é encaminhada por nós”, afirmou Patrícia Glioche.

Na sequência, a Procuradora de Justiça Patrícia Carvão, Coordenadora de Direitos Humanos do MPRJ, ressaltou que os atendimentos que têm sido feitos revelam o quanto as vítimas que procuram o MPRJ, sejam elas vítimas diretas ou indiretas, precisam de uma escuta qualificada e de informações. “O apoio oferecido pela estrutura do NAV, através de sua equipe, permite que as pessoas recebam orientação sobre os seus direitos, seja com relação à área da assistência social, seja com relação à eventual atendimento psicológico que se faça necessário. Além desses aspectos, são também explicados os encaminhamentos que serão feitos aos colegas com atribuição junto à área criminal e seus desdobramentos”, pontuou Patrícia Carvão.

Formado por uma equipe multidisciplinar capacitada, o NAV proporcionará às vítimas um espaço específico de apoio e escuta especializada. A nova estrutura contará com um ícone próprio no portal do MPRJ, por onde a população poderá tirar suas dúvidas, conhecer seu funcionamento através de cartilhas e obter informações sobre como acessar o atendimento. Além disso, haverá a capacitação gradual de membros e servidores da Instituição, e de integrantes das redes parceiras, para prestar atendimento, de forma especializada e humanizada, às vítimas que se encontram no interior do estado.

A cerimônia de inauguração contou com a presença de diversas autoridades, como a Defensora Pública-Geral, Patrícia Cardoso; o Secretário de Saúde do Estado, Luiz Antônio Texeira Jr.; além de membros do Judiciário, da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, da Polícia Civil e de Comissões voltadas a Defesa dos Direitos Humanos do Estado.

# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

**ADVOGADO DO SINDICATO DOS  
TRABALHADORES RURAIS DE MARABÁ**  
493, 510;

**AGÊNCIA REGULADORA**  
173-175, 182, 240, 243-245;

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL FEDERATIVA**  
104;

**APREENSÃO E RETENÇÃO DOS  
PASSAPORTES**  
472, 482;

**ATIVISMO JUDICIAL**  
79, 91, 193-197, 199-206;

**ATIVOS VIRTUAIS**  
267-277, 279-287, 289-293, 295-299;

**AUTO-ORGANIZAÇÃO**  
128, 165-166, 169-170, 179, 188-189;

**AUTORRESPONSABILIDADE**  
121-122, 127-131, 134-136, 148, 150;

**BENS DIGITAIS HÍBRIDOS**  
19-20, 33, 35;

**BENS DIGITAIS**  
19-20, 31-35, 37, 47, 52;

**BUSCA DE SENTIDO**  
311-312, 316;

**CAMPO DE CONCENTRAÇÃO**  
311-312, 314-315;

**CAVALOS**  
80, 82-85, 92, 94-95, 97-98;

**CHARRETES**  
79-80, 82-83, 85-86, 95;

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**  
24, 166, 172, 177, 180-181, 246, 261, 263,  
328, 332, 335, 474-475, 480;

**COMBUSTÍVEL**  
104, 114, 118, 257;

**COMPLIANCE CRIMINAL**  
121-124, 130;

**CONVENÇÃO DE NOVA YORK**  
397, 405;

**CRIMES DE RESPONSABILIDADE**  
53-64, 67, 69-73, 75, 77;

**CRIMES FINANCEIROS**  
268, 285, 294;

**CRISE POLÍTICA**  
53-55, 68, 70, 74;

**CULPA CONSCIENTE**  
208, 221, 224-225, 228-229, 234-235,  
238;

**DEFEITO DE ORGANIZAÇÃO**  
121-123, 129-131, 134, 136-141, 146-150,  
152-154, 156-157;

**DIREITO À PRIVACIDADE**  
19-20, 35-36, 42;

**DIREITO SUCESSÓRIO**  
19-21, 24-25, 29, 32, 35, 43, 45;

**DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE**  
397, 404;

**DOLO EVENTUAL**  
207-209, 221-222, 225-226, 228, 231-232,  
234-235, 238;

**EFEITO *BACKLASH***  
80, 92, 99;

**ESTUDO A DISTÂNCIA**  
383-387, 390-391, 393-395;

**EXECUÇÃO PENAL**  
383, 387-388, 392, 394;

**FUNÇÃO INSTITUCIONAL**  
305;

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS**  
240;

**HERANÇA DIGITAL**

19-20, 30-33, 35, 37, 40-45, 48, 50, 52;

**HETERORRESPONSABILIDADE**

121-122, 127-131, 134-136, 146-148;

**HOMICÍDIO**

208, 217, 225-231, 233-234, 238, 509, 512-513, 516-517, 519-521, 524, 526, 531-532, 534-536, 539-540, 542, 548, 554;

**ICMS**

103-105, 107-110, 112-115, 117-118;

**ILHA DE PAQUETÁ**

79-86, 90, 92-93, 95, 97-99, 102;

**IMPEACHMENT**

53-77;

**INVASÃO DE IMÓVEL SEM MANDADO****JUDICIAL**

451, 454;

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

91, 173, 188, 193-194, 196-197, 200-202, 204;

**LAVAGEM DE DINHEIRO**

267-269, 275, 279-282, 287, 297-298;

**PESSOAS JURÍDICAS**

121-135, 140, 145-146, 148-152, 154-160, 162, 216-218, 235, 246, 277-278, 280, 478;

**POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

193-194, 196-197, 200-202, 204-205;

**POSSE IRREGULAR DE MUNICÍPIO**

451, 454;

**PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO**

53-55, 65-70, 74-75, 77;

**PRINCÍPIO DO RESULTADO NA****EXECUÇÃO**

469;

**PROCESSO ESTRUTURANTE**

79-80, 92-93, 96, 99;

**PROPÓSITO**

84, 86, 96-97, 130-131, 134, 143, 146, 151, 154, 156, 163, 166, 175, 184, 230, 272, 286, 311-314, 427, 441, 446, 461, 476, 478;

**PROTEÇÃO ANIMAL**

79-81, 83-86, 89, 92, 95, 97, 99;

**REFORMA AGRÁRIA**

494-496, 504, 506, 545;

**REMIÇÃO DA PENA**

388, 392, 395;

**RESERVA DE VAGAS EM ESCOLA**

415, 418, 420-421;

**RESOLUÇÃO DE CONFLITO**

85, 170, 172, 185, 239-240, 246, 249, 264, 546;

**RESPONSABILIDADE PENAL**

121-135, 137-140, 142-152, 155-164, 207, 214-215, 217-219, 225, 234, 514, 516-517, 519, 528, 535;

**REVISÃO JUDICIAL**

53-55, 69-70, 73, 502;

**ROMPIMENTO DE BARRAGENS**

207-208, 221, 225, 234;

**SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS**

166, 169, 176-179, 181, 184-185;

**TRAÇÃO ANIMAL**

79-81, 83-86, 89-92, 95-96, 98-100, 102;

**TRÁFICO DE DROGAS**

431, 435, 447, 449, 462;

**TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO AMBIENTAL**

207-208, 212, 238;

**VIKTOR FRANKL**

311-312, 316.



# Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Luiza Helena Torezani**

Coordenação-Geral

**Agnaldo Alves**

Controle Administrativo

**Rebeca Aismini**

Coordenação de Editoração

**Rodrigo Silva França**

Estagiário

**Cristina Siqueira**

Coordenação de Revisão  
Coordenação de Produção

**Anderson da Rocha**

Revisão

**Ana Carla Pereira**

**Vitória Barboza**

**Daniela Farias**

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*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@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](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)